

# MittBayNot

Begründet 1864

## 1|2018

Januar/Februar 2018

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

### Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden  
Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Veronika Burghardt,  
Notarassessorin  
Claudius Eschwey,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Messner:** Vorbehaltsnießbrauch an Unternehmen – zugleich Anmerkung zu BFH. .... 1
- **Sakka:** Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis ..... 4
- **Weber:** Gestaltungsfragen bei Grundstückskaufverträgen mit Betreuern ..... 10

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Gerono** zu **OLG Hamm:** Keine Eintragungsfähigkeit offenkundig unzulässiger Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung ..... 25
- **Ruhwinkel** zu **KG:** Verwalterzustimmung bei Übertragung von Wohnungseigentum im Rahmen der Auseinandersetzung einer Ehegatten-GbR. .... 29
- **Falkner** zu **BGH:** Kein dingliches Vorkaufsrecht für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger i. S. v. § 428 BGB ..... 33
- **Ott** zu **OLG Hamm:** Personenidentität zwischen Ergänzungspfleger und Testamentsvollstrecker ..... 48
- **Volmer** zu **OLG München:** Zur Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung einer anderweitigen Verfügung des Vorerben. .... 52
- **Andrissek** zu **OLG Hamm:** Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts ..... 57
- **Gladenbeck** zu **BGH:** Zustimmung des Sicherungsgebers zur Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers ..... 67
- **Selbherr** zu **BFH:** Besteuerung eines durch Erbanfall erworbenen Pflichtteilsanspruchs ..... 84
- **Wobst/Zintl** zu **BFH:** Verhältnis der verdeckten Einlage eines Gesellschaftsanteils zur Schenkungsteuer ..... 88

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München  
Telefon: (089) 551660  
Telefax: (089) 55166234  
E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de)  
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessorin Veronika Burghardt,  
Notarassessor Claudius Eschwey

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2018

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>1</b>
<b>Messner:</b> Vorbehaltsnießbrauch an Unternehmen – zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 25.1.2017, X R 59/14 (nachstehende Entscheidung Nr. 25)	1	
<b>Sakka:</b> Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis	4	
<b>Weber:</b> Gestaltungsfragen bei Grundstückskaufverträgen mit Betreuern	10	
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>17</b>
<b>Eckhardt/Hermanns:</b> Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht ( <b>Kilian</b> )	17	
<b>Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt:</b> Kommentar zum GmbHG ( <b>Wicke</b> )	19	
<b>Münch:</b> Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis ( <b>Najdecki</b> )	20	
<b>Owusu:</b> Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB ( <b>Grziwotz</b> )	21	
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>22</b>
<b>Bürgerliches Recht</b>		
ALLGEMEINES		
1. Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Unterwerfungserklärung über Wohnraummiete (BGH, Urteil vom 14.6.2017, VIII ZR 76/16 – Ls.)	22	
2. Keine dingliche Wirkung bewilligter aber nicht zur Eintragung beantragter Sondernutzungsrechte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.6.2017, I-3 Wx 46/17 – Ls.)	22	
3. Keine Eintragungsfähigkeit offenkundig unzulässiger Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung (OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2016, 15 W 590/15)	22	
mit Anmerkung <b>Gerono</b>	25	
4. Keine Schenkung in Gestalt des Verzichts auf ein Rückforderungsrecht im Grundstücksübergabevertrag (OLG München, Urteil vom 23.11.2016, 20 U 2998/16)	26	
5. Verwalterzustimmung bei Übertragung von Wohnungseigentum im Rahmen der Auseinandersetzung einer Ehegatten-GbR (KG, Beschluss vom 14.6.2016, 1 W 166/16)	28	
mit Anmerkung <b>Ruhwinkel</b>	29	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
6. Kein dingliches Vorkaufsrecht für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger i. S. v. § 428 BGB (BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15)	30	
mit Anmerkung <b>Falkner</b>	33	
7. Erlöschen eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts (OLG Hamm, Beschluss vom 5.1.2017, I-15 W 246/16 – Ls.)	36	
8. Nachweis einer Vollmacht im Grundbuchverfahren (OLG Hamm, Beschluss vom 9.12.2016, 15 W 407/16 – Ls.)	36	
9. Satzungsformige Gestaltung der Organisation einer Miteigentümergeinschaft nicht eintragungsfähig (OLG Hamm, Beschluss vom 12.10.2016, I-15 W 182/16)	37	
FAMILIENRECHT		
10. Gerichtliche Genehmigung einer Abschichtungsvereinbarung (OLG Hamm, Beschluss vom 2.8.2017, 15 W 263/16)	39	
11. Grundstücksschenkung mit Übernahme eines Pachtvertrages bedarf keiner familiengerichtlichen Genehmigung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.3.2017, I-3 Wx 65/16)	40	
12. Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs (KG, Beschluss vom 16.1.2017, 25 UF 30/16)	42	
13. Abschließende vertragliche Regelung zum Unterhaltsausschluss bei verfestigter Lebensgemeinschaft (OLG Hamburg, Beschluss vom 10.1.2017, 2 UF 96/16 – Ls.)	46	

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2018

## ERBRECHT

14. Personenidentität zwischen Ergänzungspfleger und Testamentsvollstrecker (OLG Hamm, Beschluss vom 15.5.2017, 7 WF 240/16) 46  
mit Anmerkung **Ott** 48
15. Zur Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung einer anderweitigen Verfügung des Vorerben (OLG München, Beschluss vom 5.1.2017, 34 Wx 324/16) 50  
mit Anmerkung **Volmer** 52
16. Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts (OLG Hamm, Urteil vom 8.11.2016, 10 U 36/15) 54  
mit Anmerkung **Andrissek** 57

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. Einstellung des Verfahrens auf Löschung im Vereinsregister (BGH, Urteil vom 16.5.2017, II ZB 9/16 – Ls.) 58
18. Registeranmeldung der Gesellschaftsauflösung und Liquidatorenbestellung vor dem Wirksamkeitszeitpunkt (OLG Jena, Beschluss vom 15.3.2017, 2 W 26/17) 58
19. Gesellschafterliste: Befugnis des Geschäftsführers zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste trotz Mitwirkung eines Notars an den Veränderungen (OLG Rostock, Beschluss vom 25.1.2017, 1 W 55/16) 59

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

20. Zur unentgeltlichen Zahlung einer Kommanditgesellschaft an ihren Kommanditisten (BGH, Urteil vom 20.4.2017, IX ZR 189/16) 62
21. Zustimmung des Sicherungsgebers zur Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers (BGH, Urteil vom 29.1.2016, V ZR 285/14) 64  
mit Anmerkung **Gladenbeck** 67

## Beurkundungs- und Notarrecht

22. Beurkundungszwang für Reservierungsvereinbarung (AG München, Urteil vom 1.7.2016, 191 C 28518/15) 68

## Öffentliches Recht

23. Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes hinsichtlich Verfügungsbeschränkungen nach dem GrdstVG (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.4.2017, 20 W 359/16) 70

## Steuerrecht

24. Nutzung zu eigenen Wohnzwecken – Begünstigung von Zweit- und Ferienwohnungen (BFH, Urteil vom 27.6.2017, IX R 37/16) 73
25. Vorbehaltsnießbrauch hindert steuerneutrale unentgeltliche Übertragung eines Gewerbebetriebs (BFH, Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14) 75
26. Besteuerung eines durch Erbanfall erworbenen Pflichtteilsanspruchs (BFH, Urteil vom 7.12.2016, II R 21/14) 81  
mit Anmerkung **Selbherr** 84
27. Verhältnis der verdeckten Einlage eines Gesellschaftsanteils zur Schenkungsteuer (BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 40/14) 85  
mit Anmerkung **Wobst/Zintl** 88

## **SONSTIGES 90**

**Veranstaltungshinweise** 90

**Veranstaltungen des DAI** 92

**Neuerscheinungen** 93

## **STANDESNACHRICHTEN 95**

## AUFSÄTZE

# Vorbehaltsnießbrauch an Unternehmen

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 25.1.2017, X R 59/14<sup>1</sup>

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. **Michael Messner**, Fachanwalt für Steuerrecht und für Erbrecht, Hannover

Die Vermögensübergabe unter Nießbrauchsvorbehalt, der sog. Vorbehaltsnießbrauch, ist einer der Klassiker der vorweggenommenen Erbfolge. Der Vorbehaltsnießbrauch wird in nahezu idealer Weise den Wünschen vieler Übergeber gerecht, den Übertragungsgegenstand „wie bisher“ zu verwalten und seine Erträge zu generieren, gleichzeitig jedoch die Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer durch den Abzug des kapitalisierten Nießbrauchs erheblich zu reduzieren.

## I. Der Vorbehaltsnießbrauch in der Praxis

Zivilrechtlich überträgt beim Vorbehaltsnießbrauch der Zuwendende einen Gegenstand mit dinglicher Wirkung, behält sich hierbei jedoch das Recht vor, dessen Nutzungen zu ziehen. Im Gegensatz hierzu wird beim Zuwendungsnießbrauch dem Empfänger der Nießbrauch unmittelbar dinglich zugewandt. Der Nießbrauch ist nicht nur an Sachen und Sachgesamtheiten, sondern auch an Rechten wie Anteilen an Personengesellschaften zulässig.<sup>2</sup>

In steuerlicher Hinsicht erfreut sich der Vorbehaltsnießbrauch im Bereich der Übertragung steuerlichen Privatvermögens besonderer Beliebtheit, seit der Gesetzgeber das Institut der unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen zum 1.1.2008 auf die in § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG abschließend aufgeführten betrieblichen Einheiten beschränkt hat.<sup>3</sup>

Auch bei Unternehmensübergaben wird der Nießbrauch aufgrund der gegenüber Versorgungsleistungen zusätzlich gegebenen Verwaltungsbefugnisse in der Praxis sehr geschätzt. Gerade diese Mitbestimmungsrechte haben allerdings dazu geführt, dass der Vorbehaltsnießbrauch im Bereich der Schenkungsteuer und den dort für die Übertragung von unternehmerischen Vermögen vorgesehenen Begünstigungen der §§ 13a ff. ErbStG in den letzten Jahren häufig im Fokus der

Rechtsprechung stand.<sup>4</sup> Im Kern geht es dabei stets um die Frage, ob bei dem Schenker und/oder dem Beschenkten die Mitunternehmerinitiative im Sinne des Ertragsteuerrechts vorliegt.<sup>5</sup>

Ertragsteuerlich war es demgegenüber in der Rechtsprechung lange ruhig um den Vorbehaltsnießbrauch an Einzelunternehmen und Personengesellschaftsanteilen (Mitunternehmeranteilen). Regelmäßig wurde davon ausgegangen, es handele sich um eine nach § 6 Abs. 3 EStG unentgeltliche Übertragung, die – zwingend – ohne Aufdeckung der stillen Reserven zu Buchwerten erfolgt. Insoweit hatte das FG Münster allerdings mit zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2014 für erhebliche Verunsicherung in der Gestaltungspraxis gesorgt: Zur Übertragung von Mitunternehmeranteilen hatte der 3. Senat des FG Münster in seiner Entscheidung vom 24.6.2014<sup>6</sup> die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG bei Vorbehalt eines Nießbrauchs am Sonderbetriebsvermögen zwar in Frage gestellt, im Ergebnis jedoch zugelassen. Für die Übertragung eines verpachteten Einzelunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt hatte demgegenüber der 13. Senat des FG Münster in seinem Urteil vom 18.9.2014<sup>7</sup> die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG versagt.

## II. Die Entscheidung des BFH

In dem nunmehr vom X. Senat für den Vorbehaltsnießbrauch an einem Einzelunternehmen entschiedenen Fall hatte die Klägerin ein Grundstück mit einer von ihr verpachteten Gaststätte unter Nießbrauchsvorbehalt ihrem Sohn übertragen. Das FG Münster hatte in seinem Urteil vom 18.9.2014 die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG abgelehnt und die Übertragung als gewinnrealisierende Entnahme mit der Folge der Aufdeckung der im Gebäudegrundstück ruhenden stillen Reserven qualifiziert.

Der BFH hat die hiergegen gerichtete Revision als unbegründet zurückgewiesen. Der Begriff des Betriebs nach § 6 Abs. 3 S. 1 EStG sei tätigkeitsbezogen zu verstehen. Wie bei der Betriebs-

1 MittBayNot 2018, 75 (in diesem Heft).

2 Vgl. zuletzt OLG München, Urteil vom 8.8.2016, 31 Wx 204/16, MittBayNot 2016, 538 m. w. N.

3 Vgl. dazu BMF vom 11.3.2010, IV C 3 – S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, S. 227, geändert durch BMF-Schreiben vom 6.5.2016, BStBl. I 2016, S. 476; vgl. dazu auch Geck, ZEV 2010, 161.

4 Vgl. dazu etwa BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13, BStBl. II 2015, S. 821; BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, BB 2013, 2022.

5 Vgl. dazu etwa Kleinert/Bahn Müller, BB 2017, 1687.

6 FG Münster, Urteil vom 24.6.2014, 13 K 3886/12 F, ZEV 2014, 687; Az. BFH IV R 38/14.

7 FG Münster, Urteil vom 18.9.2014, 13 K 724/11 E, ZEV 2015, 303; Az. BFH X R 59/14.

aufgabe nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG müsse der Gewerbetreibende die im Rahmen des übergebenen Betriebs ausgeübte gewerbliche Tätigkeit aufgeben. Durch § 6 Abs. 3 EStG sei die Regelung des § 7 Abs. 1 EStDV 1997 übernommen worden, sodass die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung entsprechend gelte. Die ausschließlich objektbezogene Auslegung des § 6 Abs. 3 EStG durch den IV. Senat, die für land- und forstwirtschaftliche Betriebe die steuerneutrale Übertragung auch ohne Tätigkeitseinstellung zulasse, sei auf die Übertragung eines Gewerbebetriebs unter Nießbrauchsvorbehalt nicht übertragbar. Schließlich sei es auch unerheblich, ob der übertragene Betrieb aktiv oder verpachtet geführt worden sei.

### III. Kritik

Erste Anmerkungen attestieren dem Urteil, es schaffe Rechtsklarheit.<sup>8</sup> So eindeutig die Entscheidung im Ergebnis ist, lässt sie jedoch eine Vielzahl von Fragen offen und begründet nicht unerhebliche Zweifel.

#### 1. Wortlaut des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG

Der Wortlaut des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG beinhaltet weder die Tätigkeit als solche noch setzt er ihre Einstellung voraus. Gleichwohl wird nicht nur von dem erkennenden Senat, sondern ganz überwiegend aus § 16 EStG abgeleitet, auch im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG müsse der Übergeber seine bisher in dem übertragenen Betrieb entfaltete Tätigkeit im Wesentlichen beenden.<sup>9</sup> Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es für die Annahme einer Betriebsaufgabe unschädlich ist, wenn der Veräußerer im Unternehmen als freier Mitarbeiter<sup>10</sup> oder anderweitig gewerblich tätig wird<sup>11</sup>. Entscheidend ist insoweit, dass die unternehmerische Tätigkeit in dem betreffenden Objekt vollständig aufgegeben wird. Nach insoweit übereinstimmender Rechtsauffassung sowohl des IV. als auch des X. Senats ist Maßstab für die Beurteilung einer Tätigkeit objektiv stets ein bestimmtes Betriebsvermögen und subjektiv ein bestimmtes Steuerrechtssubjekt.<sup>12</sup> Anders als eine Betriebsaufgabe, die bereits terminologisch einen einzigen finalen Abschlussakt voraussetzt, kann jedoch eine Vermögensübertragung auch ein fließender Vorgang sein. Die sogenannte „gleitende Vermögensübergabe“<sup>13</sup>, bei der ein zunächst vorbehaltenes Nießbrauchsrecht gegen Rentenleistungen abgelöst wird, belegt dies anschaulich.

#### 2. Historische Auslegung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG

Auch der historische Begründungsansatz des X. Senats überzeugt nicht vollständig. § 6 Abs. 3 EStG ist zwar der Vorschrift des § 7 Abs. 1 EStDV nachgebildet worden. Die gesetzliche Regelung wurde jedoch im Jahre 2001 nachträglich dahin

gehend erweitert, dass auch die unentgeltliche Aufnahme natürlicher Personen in Einzelunternehmen und die unentgeltliche Übertragung von Teilen eines Mitunternehmeranteils zu Buchwerten möglich ist. Die Aufnahme in ein Einzelunternehmen beinhaltet zugleich die Fortführung der Tätigkeit des vormaligen Einzelunternehmers, der auch weiterhin Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Von der Übertragung eines Einzelunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt unterscheidet sich diese Konstellation zwar insoweit, als sich das Steuerrechtssubjekt durch Umwandlung des vormaligen Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft wandelt. Eine derart formale Betrachtung mit der Anknüpfung an ein bloßes Gewinnermittlungssubjekt wird jedoch dem im Ertragsteuerrecht geltenden Transparenzprinzip nicht gerecht. Zudem setzt § 6 Abs. 3 EStG weitergehend sogar die Durchbrechung des Subjektsteuerprinzips voraus.<sup>14</sup>

### 3. Systematik

Systematisch lässt die Entscheidung eine tiefergehende Auseinandersetzung vermissen. Zwar wird die Rechtsprechung des IV. Senats, der für land- und forstwirtschaftliche Betriebe erst jüngst die steuerneutrale Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG bestätigt hat,<sup>15</sup> erwähnt. Der X. Senat begründet die unterschiedliche Behandlung allein damit, dass für land- und forstwirtschaftliche Betriebe die Einstellung der Tätigkeit auch im Fall der Betriebsveräußerung keine Tatbestandsvoraussetzung sei. Wie vorstehend aufgeführt, erscheint die Ableitung des Übertragungsbegriffs aus dem Aufgabebegriff nicht zwingend. Vor allem aber entspricht § 14 EStG nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen, sondern auch der erfassten Veräußerungs- und Aufgabevorgänge der Vorschrift des § 16 EStG.<sup>16</sup> Versteht man § 14 EStG damit im Ergebnis als Rechtsgrundverweisung, bleibt an sich für eine differierende Behandlung gewerblicher und land- und forstwirtschaftlicher Betriebe kein Raum, sondern ist vielmehr eine einheitliche Beurteilung geboten.<sup>17</sup>

In die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen ist ferner die neuere Rechtsprechung zur Betriebsaufgabe und Realteilung. Eine zwangsweise Betriebsaufgabe wird nur unter sehr engen Voraussetzungen angenommen.<sup>18</sup> Die aktuelle Rechtsprechung zur Realteilung hat sich vom Kriterium der Aufgabe der Mitunternehmerschaft gelöst, obwohl die Realteilung sogar in der Betriebsaufgabevorschrift des § 16 EStG, nämlich dessen Abs. 3, geregelt ist.<sup>19</sup> Selbst das Ausscheiden eines Gesellschafters unter Übernahme einzelner Sachwerte in ein anderes Betriebsvermögen wird als steuerneutrale Realteilung gewertet.<sup>20</sup> Auch wenn damit einerseits die Realteilung gegen

8 Kubik, BB 2017, 1586; Gräfe/Kraft, ZEV 2017, 476, 477.

9 Vgl. statt aller Schmidt/Kulosa, EStG, 36. Aufl. 2017, § 6 Rdnr. 646 m. w. N.

10 BFH, Urteil vom 17.7.2008, X R 40/07, BStBl. II 2009, S. 43.

11 BFH, Urteil vom 18.12.1996, XI R 63/96, BStBl. II 1997, S. 573.

12 BFH, Urteil vom 16.3.2017, IV R 31/14, DStR 2017, 1381; BFH, Urteil vom 22.10.2014, X R 28/11, BFH/NV 2015, 479.

13 Vgl. BFH, Urteil vom 12.5.2015, IX R 32/14, BFH/NV 2015, 1470.

14 Vgl. BFH, Beschluss vom 17.12.2017, GrS 2/04, BStBl. II 2008, S. 608; BFH, Urteil vom 6.5.2010, X R 52/08, BStBl. II 2011, S. 261.

15 BFH, Urteil vom 12.5.2015, IX R 32/14, BFH/NV 2015, 1470.

16 Schmidt/Kulosa, EStG, § 14 Rdnr. 1.

17 Zum Gleichbehandlungsaspekt vgl. auch Wendt, FR 2009, 429; Kanzler, FR 1996, 678.

18 Vgl. BFH, Urteil vom 19.3.2009, IV R 45/06, BStBl. II 2009, S. 902.

19 Grundlegend BFH, Urteil vom 17.9.2015, III R 49/13, FR 2016, 569 m. Anm. Kanzler.

20 BFH, Urteil vom 30.3.2017, IV R 11/15, BB 2017, 1647.

Sachwertabfindung als Aufgabe eines Mitunternehmeranteils nach § 16 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 EStG gewertet<sup>21</sup> und damit an die Gesellschaft als formelles Steuerrechtssubjekt angeknüpft wird, wird diese Anknüpfung andererseits im Bereich der Betriebsaufgabe insoweit durchbrochen, als der ausscheidende Mitunternehmer seine Tätigkeit mit den als Sachwertabfindung zu Buchwerten übernommenen Wirtschaftsgütern fortführen kann.

#### 4. Teleologische Auslegung

Schwer zu vereinbaren ist die Entscheidung vor allem aber mit Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 EStG. Ziel der Vorschrift ist die Fortführung und der Erhalt betrieblicher Einheiten. Der Gesetzgeber gewährt der betrieblichen Kontinuität der Sachgesamtheit insoweit den Vorrang gegenüber dem Subjektsteuerprinzip.<sup>22</sup> Diesem Ziel läuft die Entscheidung des X. Senats direkt zuwider, ohne sich zu den weiteren Konsequenzen zu äußern. Die Übertragung eines Einzelunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt führt zur Entstehung von zwei Betrieben – einem ruhenden des Übernehmers und einem aktiven des früheren Eigentümers und nunmehrigen Nießbrauchers.<sup>23</sup> Hat die Vereinbarung des Nießbrauchsvorbehalts eine Zwangsentnahme zur Folge, hat nach Auffassung des X. Senats der Übergeber die Auflösung der stillen Reserven zu versteuern. Der Senat äußerte sich jedoch nicht, ob und inwieweit der Übergeber hieran anschließend im Rahmen des von ihm geführten Nießbrauchsbetriebs Absetzungen für Abnutzung geltend machen kann.<sup>24</sup> Letztlich scheint der X. Senat jedenfalls eine Abschreibung des Übergebers und Nießbrauchers auf den von ihm selbst im Rahmen der Entnahme versteuerten Teilwert nicht für zulässig zu halten. Der X. Senat lässt es unter Hinweis auf das Verböserungsverbot im Finanzrechtszug ausdrücklich dahinstehen, ob die im Streitfall auf Basis der Buchwerte ermittelte AfA zutreffend ist.

#### IV. Übertragung von Mitunternehmeranteilen

Im Zeitpunkt der Entscheidung des X. Senats war beim IV. Senat noch die Revision des FA gegen die Entscheidung des FG Münster vom 24.6.2014 zur Buchwertfortführung bei Nießbrauch an Mitunternehmeranteilen anhängig.<sup>25</sup> Insofern erstaunt, dass sich der X. Senat nicht mit der Frage der Übertragung von Mitunternehmeranteilen unter Nießbrauchsvorbehalt im Rahmen des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG auseinandersetzt. Ob diesbezüglich eine interne Abstimmung zwischen dem X. und dem IV. Senat stattgefunden hat, ist nicht bekannt. Der Grundsatz der Gleichstellung von Einzelunternehmen und Mitunternehmern<sup>26</sup> lässt auf den ersten Blick befürchten, dass

der Praxis auch insoweit ein Gestaltungsinstrument entzogen werden könnte.

Selbst auf dem Boden der restriktiven Auffassung des X. Senats erscheint dies allerdings keinesfalls zwingend. Der X. Senat vertritt ersichtlich ein sehr formelles Verständnis des Steuerrechtssubjekts. So soll die im Rahmen des § 16 EStG unstrittig erforderliche Tätigkeitsbeendigung selbst bei Übertragung eines Teilbetriebs an eine Personengesellschaft vorliegen, an der der Übertragende selbst beteiligt ist. Im Rahmen dieser formellen Sichtweise wird die Tätigkeit nach der Einbringung nicht mehr von dem Einbringenden, sondern der Personengesellschaft ausgeübt. Ist Maßstab für die Tätigkeit somit das formelle Rechtssubjekt der Gewinnermittlung, ist dieses Kriterium bei der Übertragung eines Mitunternehmeranteils unter Nießbrauchsvorbehalt bereits im Ansatz nicht als Ausschlusskriterium geeignet. Selbst bei einer Übernahme des formellen Ansatzes des X. Senats wäre deshalb die Buchwertfortführung bei Übertragung von Mitunternehmeranteilen unter Nießbrauchsvorbehalt nicht zwingend zu versagen.

Eine eindeutige Klärung seitens des IV. Senats ist allerdings kurzfristig nicht zu erwarten. Das FA hat die Revision in dem Verfahren IV R 38/14 zurückgenommen.

Angemerkt sei, dass es auch im Rahmen der Rechtsprechung des II. Senats zu den schenkungsteuerlichen Begünstigungen bei der Übertragung von Betriebsvermögen nach § 13a ff. ErbStG niemals für erforderlich erachtet wurde, dass der Übertragende seine Mitunternehmerstellung aus dem übertragenen Anteil vollständig aufgibt. Obwohl gerade die Begünstigungsvorschriften für Betriebsvermögen auf die ertragsteuerliche Betrachtung rekurren, reicht es aus, wenn der Übernehmer jedenfalls auch Mitunternehmer wird.<sup>27</sup>

#### V. Fazit und Gestaltungshinweise

Die vorstehend erörterte Übertragung eines Einzelunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt dürfte in der Gestaltungspraxis bereits deshalb die große Ausnahme sein und bleiben, da der Vermögensübernehmer als zivilrechtlicher Betriebsinhaber das volle wirtschaftliche Risiko und die Haftung trägt, ohne einen Nutzen zu haben. Insofern ist die unmittelbare Wirkung der Besprechungsentscheidung für die Gestaltungspraxis noch als überschaubar einzustufen.

Verfügt der Vermögensübergeber über – bekanntlich nicht vererbare – Verlustvorträge, ist in geeigneten Konstellationen zu erwägen, das Besprechungsurteil bewusst einzusetzen, um die Verlustvorträge durch Aufdeckung der stillen Reserven zu nutzen, ohne die ansonsten bei entgeltlichen Übertragungsvorgängen häufig eintretende Liquiditätsbelastung beim Übernehmer durch Kaufpreiszahlung oder dessen Finanzierung zu erzeugen.

Wird jedoch wie üblich von den Beteiligten eine unentgeltliche Übertragung gewünscht, sind Ausweigungsgestaltungen in Betracht zu ziehen, die alternativ oder kumulativ einzusetzen sind. An erster Stelle zu nennen ist die Übertragung gegen Versorgungsleistung nach § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG oder auch

21 *Wendt*, FR 2016, 536, 539.

22 Vgl. etwa BFH, Beschluss vom 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl. II 2008, 608; BFH, Urteil vom 2.8.2012, IV R 41/11, ZEV 2012, 685; BFH, Urteil vom 6.5.2010, X R 52/08, BStBl. II 2011, S. 261.

23 BFH, Urteil vom 7.4.2016, IV R 38/13, BStBl. II 2016, S. 765, 768.

24 Zur Abschreibungsfähigkeit eines Nutzungsrechts vgl. Schmidt/*Heinecke*, EStG, § 4 Rdnr. 306 m. w. N.; BFH, Beschluss vom 26.10.1987, GrS 2/1986, BStBl. II 1988, S. 348.

25 Az. IV R 38/14.

26 Vgl. etwa BFH, Urteil vom 20.11.2014, IV R 1/11, BStBl. II 2017, S. 34; BMF-Schreiben vom 19.12.2016, DStR 2017, 39; Schmidt/*Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 161.

27 Vgl. etwa BFH, Urteil vom 1.10.2014, II R 40/12, DStZ 2015, 238.

ein Ertragsnießbrauch, bei dem der Übergeber lediglich noch Einkünfte nach § 22 Nr. 1a EStG erzielt und somit keine gewerbliche Tätigkeit mehr ausübt.<sup>28</sup> In Betracht kommt auch ein Verzicht auf eine vollständige Übertragung. Die Aufnahme eines Beschenkten in ein Einzelunternehmen stellt die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG ebenso wenig in Frage wie beispielsweise die Vereinbarung eines Entgelts bis zur Höhe des steuerlichen Kapitalkontos.<sup>29</sup>

28 Vgl. dazu *El Mourabit*, ZEV 2016, 14.

29 Vgl. zur Einheitstheorie etwa BFH, Urteil vom 18.9.2013, X R 42/10, NZG 2013, 1356.

Geht es dem Schenker vorrangig um den Erhalt seiner Einflussmöglichkeiten, sind – mit Zurückhaltung<sup>30</sup> – etwa Zustimmungsvorbehalte im Übertragungsvertrag ebenso wie Stimmrechtsvereinbarungen oder die Einrichtung eines Beirats im Unternehmen unter Einbeziehung des Schenkers in Erwägung zu ziehen.

30 Eine Mitunternehmerstellung des Erwerbers darf dadurch nicht beeinträchtigt werden.

## Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis

Von Akademischer Rat a. Z./Rechtsassessor **Samy Sakka**, München<sup>1</sup>

Im deutschen Recht tritt die Zugewinnsgemeinschaft gemäß § 1363 Abs. 1 BGB von Gesetzes wegen ein und stellt damit den Regelfall des Güterstandes zwischen Eheleuten dar. Dies hat zur Folge, dass sich bei Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gemäß Art. 62 ff. EU ErbVO für das Nachlassgericht regelmäßig die Frage der Behandlung des pauschalierten Zugewinnausgleichs gemäß § 1371 Abs. 1 BGB stellt. Denn Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO schafft eine Bereichsausnahme für Fragen des ehelichen Güterrechts. Bei einer güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB wäre somit der Anwendungsbereich der Verordnung wohl nicht eröffnet und der pauschalierte Zugewinnausgleich möglicherweise nicht im Europäischen Nachlasszeugnis ausweisbar. Während im deutschen internationalen Privatrecht nach Auffassung des BGH<sup>2</sup> § 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich zu qualifizieren sei, fehlt es bislang an einer höchstrichterlichen Entscheidung in Bezug auf das europäische internationale Privatrecht. Aufgrund der autonomen Auslegung des Unionsrechts<sup>3</sup> ist die deutsche Einordnung auf europäischer Ebene keinesfalls verbindlich. So ist auch eine erbrechtliche Qualifikation der Norm denkbar.<sup>4</sup> Das KG hat als Beschwerdeinstanz im Oktober 2016 die Frage der Qualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens zur Klärung vorgelegt<sup>5</sup> und dabei ebenso eine güterrechtliche Qualifikation favorisiert.<sup>6</sup>

Derartige Qualifikationsprobleme stellen sich allerdings nicht nur in Deutschland, sondern sind auch in anderen Mitgliedstaaten von großer Relevanz: Ob das katalanische Witwen-

viertel oder der güterrechtliche Ausgleich in Frankreich, der im Übrigen im deutschen Recht als erbrechtlich und im französischen als güterrechtlich qualifiziert wird, im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden können, ist offen.<sup>7</sup>

- 1 Der Autor ist Rechtsassessor und akademischer Rat auf Zeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Dr. h. c. *Peter Kindler* an der Ludwig-Maximilians-Universität München.
- 2 BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. *Süß*.
- 3 MünchKomm-BGB/*Dutta*, IPR I, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 11; BeckOGK/*Kindler*, Stand: 1.4.2017, Art. 1 Rom I-VO Rdnr. 5; *Paulus/Peiffer/Peiffer*, EUGWO, 2017, Einl. Rdnr. 112.
- 4 Dies befürwortend *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 30; *jurisPK-BGB/Kleinschmidt*, 8. Aufl. 2017, Art. 67 EU ErbVO Rdnr. 14; *Süß*, ZEuP 2013, 725, 742 f.; *Kleinschmidt*, RabelsZ 77 (2013), 723, 757 f.; a. A. *Weber*, DNotZ 2016, 424, 434; *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84; *Dutta/Weber/Schmidt*, Internationales Erbrecht, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 44; wohl auch *Mankowski*, ZEV 2014, 121, 127.
- 5 KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 m. Anm. *Dörner/Margonski* = MittBayNot 2017, 626 m. Anm. *Odersky*; EuGH, C-558/16 (Mahnkopf), EU ABl. 2017 C 30, S. 20.
- 6 KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 24.
- 7 *Kleinschmidt*, RabelsZ 77 (2012), 723, 759 f.

Im Folgenden wird einleitend die Qualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs nach § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen internationalen Privatrecht diskutiert (siehe unten I.) und sodann die Aufnahme in das Europäische Nachlasszeugnis sowie die Qualifikation des Rechtsinstituts im europäischen internationalen Privatrecht untersucht (siehe unten II.), bevor abschließend ein kurzes Fazit gezogen wird und die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst werden (siehe unten III.).

## I. Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen internationalen Privatrecht

Im deutschen Kollisionsrecht war lange umstritten, ob § 1371 Abs. 1 BGB güter- oder erbrechtlich zu qualifizieren sei.<sup>8</sup> Zwar ist die Norm im BGB im 4. Buch „Familienrecht“ sowie im Titel 6 zum ehelichen Güterrecht verortet, allerdings ist sie ebenfalls durch den Verweis des § 1931 Abs. 3 BGB eng mit dem deutschen materiellen Erbrecht verzahnt und erhöht die Erbquote des überlebenden Ehegatten, während die der Miterben sich verringert. Der BGH hat 2015<sup>9</sup> eine erbrechtliche Einordnung der Vorschrift abgelehnt und die Norm güterrechtlich qualifiziert. Dieser Auffassung folgt die ganz überwiegende Meinung.<sup>10</sup> § 1371 Abs. 1 BGB dient dazu, den ehelichen Zugewinn im Falle der Beendigung des Güterstands durch den Tod eines der Ehegatten auszugleichen.<sup>11</sup> Die Ansicht rechtfertigt sich materiell durch den der Zugewinnsgemeinschaft zugrunde liegenden Gedanken der wirtschaftlichen Zusammenarbeit der Eheleute.<sup>12</sup> Die Norm verfolgt nicht den Zweck, das Ehegattenerbrecht als solches zu stärken.<sup>13</sup> Sie ersetzt den aufwendigeren rechnerischen Zugewinnausgleich gemäß §§ 1373 ff. BGB durch eine Ausgleichspauschale. Der überlebende Ehegatte soll sich nicht als Nachlassgläubiger oder -schuldner mit den Miterben auseinandersetzen müssen. Dies könnte zu innerfamiliären Streitigkeiten mit den anderen Erben führen, die häufig die gemeinsamen Kinder sind.<sup>14</sup> Der Normzweck<sup>15</sup> wird zwar mit Mitteln des Erbrechts verwirklicht; dies macht den pauschalierten Zugewinnausgleich allerdings nicht automatisch zu einem Rechtsinstitut des Erbrechts. Vielmehr wird die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten nur für den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft verbessert, und zwar ausschließlich aus güterrechtlichen Erwägungen heraus.<sup>16</sup> Damit ist im deutschen Kollisionsrecht § 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich zu qualifizieren.

8 Dörner, IPRax 2017, 81; MünchKomm-BGB/Siehr, Art. 15 EGBGB Rdnr. 104 m. w. N.; Süß, MittBayNot 2015, 510.

9 BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. Süß.

10 Vgl. BeckOK-BGB/Mörsdorf-Schulte, Stand: 1.2.2017, Art. 15 EGBGB Rdnr. 45; Süß, MittBayNot 2015, 510; Röhl, notar 2017, 141; Dörner, IPRax 2017, 81; Lorenz, NJW 2015, 2157, 2168.

11 MünchKomm-BGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1371 Rdnr. 1; Lorenz, NJW 2015, 2157, 2158.

12 Lorenz, NJW 2015, 2157, 2158.

13 MünchKomm-BGB/Koch, § 1371 Rdnr. 1.

14 MünchKomm-BGB/Koch, § 1363 Rdnr. 1.

15 Dazu BeckOK-BGB/Siede, § 1371 Rdnr. 1; BeckOGK-BGB/Kuhn, § 1371 Rdnr. 22.

16 MünchKomm-BGB/Koch, § 1371 Rdnr. 1.

## II. Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis – Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im europäischen internationalen Privatrecht

Die Aufnahme des pauschalierten Zugewinnausgleichs gemäß § 1371 Abs. 1 BGB in das Europäische Nachlasszeugnis hängt von der Qualifikation der Vorschrift ab. Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO schafft eine Bereichsausnahme für Fragen des ehelichen Güterrechts. Bei einer güterrechtlichen Qualifikation wäre daher möglicherweise der Anwendungsbereich der Verordnung nicht eröffnet. Diskutiert wird ebenfalls eine erbrechtliche Qualifikation oder gar eine Doppelqualifikation als erb- und güterrechtlich. Im Folgenden werden zunächst die Folgen der jeweiligen Qualifikationsalternativen für die Aufnahme des pauschalierten Zugewinnausgleichs in das Europäische Nachlasszeugnis untersucht (siehe unten 1.-3.), bevor die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung des Meinungsstandes in Literatur und Rechtsprechung qualifiziert wird (siehe unten 4.).

### 1. Güterrechtliche Qualifikation

Unterstellt, § 1371 Abs. 1 BGB sei güterrechtlich zu qualifizieren, stellt sich die Frage, ob die um ein Viertel erhöhte Erbquote aufgrund des pauschalierten Zugewinnausgleichs überhaupt in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden kann. Schließlich sind von der das Europäische Nachlasszeugnis regelnden EU ErbVO gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO Fragen des ehelichen Güterrechts ausgenommen. Insoweit werden insbesondere drei Vorschläge diskutiert,<sup>17</sup> wie die erhöhte Erbquote dennoch in das Nachlasszeugnis aufgenommen werden kann: Entweder erstreckt sich der Anwendungsbereich der EU ErbVO auch auf güterrechtliche Regelungen mit erbrechtlichen Folgen (siehe unten a) oder zumindest bei einem Gleichlauf von Güter-<sup>18</sup> und Erbstatut kann der pauschalierte erhöhte Erbteil aufgenommen werden (siehe unten b) oder es erfolgt eine lediglich informatorische Ausweitung (siehe unten c).

#### a) Anwendungsbereich der EU ErbVO erstreckt sich auf güterrechtliche Regelungen mit erbrechtlichen Folgen

Es wäre denkbar, dass sich der Anwendungsbereich der EU ErbVO – trotz des Wortlauts des Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO – auch auf Vorschriften erstreckt, die wie § 1371 Abs. 1 BGB die Folgen der Auflösung des Güterstands durch den Tod eines Ehegatten durch eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten regeln.<sup>19</sup> Dann wäre eine Aufnahme des pauschalen Zugewinnausgleichs in das Europäische Nachlasszeugnis möglich.

17 Vgl. KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 25 ff.

18 Das Güterstatut bestimmt sich nach Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB, ab 29.1.2019 nach Art. 20 ff. EUGüVO.

19 KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 25.

Für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs spricht zunächst Erwägungsgrund Nr. 12 Satz 2 EU ErbVO:<sup>20</sup>

„Die Behörden, die mit einer bestimmten Erbsache nach dieser Verordnung befasst sind, sollten (...) je nach den Umständen des Einzelfalls die Beendigung des ehelichen (...) Güterstandes des Erblassers bei der Bestimmung des Nachlasses und der jeweiligen Anteile der Berechtigten berücksichtigen.“

Auch heißt es in Art. 23 Abs. 2 lit. b EU ErbVO hinsichtlich der Reichweite des Erbstatuts, dass ihm insbesondere die „Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten“ unterliegen.<sup>21</sup> Vorteil dieser Auffassung ist, dass eine Ausweisung unterschiedlich großer Erbteile im deutschen Erbschein und Europäischen Nachlasszeugnis vermieden wird.<sup>22</sup> Denn andernfalls würde nur der deutsche Erbschein die um ein Viertel erhöhte Erbquote des überlebenden Ehegatten ausweisen.

Gegen diese Ansicht und die Erweiterung des Anwendungsbereichs spricht allerdings der klare Wortlaut der Bereichsausnahme der EU ErbVO, der die Fragen des ehelichen Güterrechts umfassend ausschließt.<sup>23</sup> Außerdem heißt es in Erwägungsgrund 11:

„Diese Verordnung soll nicht für Bereiche des Zivilrechts gelten, die nicht die Rechtsnachfolge von Todes wegen betreffen. Aus Gründen der Klarheit sollte eine Reihe von Fragen, die als mit Erbsachen zusammenhängend betrachtet werden könnten, ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden.“

Ferner stellt sich das Problem, dass bis zum Inkrafttreten der europäischen Güterrechtsverordnungen Anfang 2019 jeder Mitgliedstaat das anwendbare Güterrecht nach seinem eigenen Kollisionsrecht prüft, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnte.<sup>24</sup> Damit wäre kein Entscheidungseinklang mehr gewährleistet. Dies wäre aufgrund der Vermutungswirkung und dem Gutglaubensschutz der Eintragungen im Europäischen Nachlasszeugnis gemäß Art. 69 Abs. 2 und 3 EU ErbVO problematisch. Daher ist eine Erweiterung des Anwendungsbereichs abzulehnen.<sup>25</sup>

#### b) Aufnahme des pauschaliert erhöhten Erbteils bei Gleichlauf von Güter- und Erbstatut

Auch ist es denkbar, in das Europäische Nachlasszeugnis nur dann den pauschaliert erhöhten Erbteil aufzunehmen, wenn Güter- und Erbstatut dem Recht desselben Mitgliedstaats un-

terfallen.<sup>26</sup> Dafür spricht, dass Art. 67 Abs. 1 und Art. 69 Abs. 2 EU ErbVO formulieren, dass das Zeugnis Sachverhalte ausweist, die nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht oder einem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht feststehen oder festgestellt wurden. Außerdem wird so die Vereinfachung und Beschleunigung der Durchsetzung von Erbrechten mit grenzüberschreitendem Bezug erreicht, was dem Sinn und Zweck des Nachlasszeugnisses entspricht.<sup>27</sup>

Dies ist allerdings bereits aus rein praktischen Erwägungen abzulehnen.<sup>28</sup> Das Europäische Nachlasszeugnis soll ein EU-weit geltendes Zeugnis darstellen, das unbeschränkt in allen Mitgliedstaaten Vertrauensschutz genießt und anzuerkennen ist.<sup>29</sup> Daher kann der Inhalt des Zeugnisses nicht davon abhängen, ob Nachlassgegenstände nur in bestimmten Mitgliedstaaten vorhanden sind oder nicht. Es kann bei Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nicht davon ausgegangen werden, dass zum Nachlass gehörende Vermögenswerte nicht noch in weiteren Mitgliedstaaten vorhanden sind.<sup>30</sup> Den Gleichlauf von Güter- und Erbstatut kann das Nachlassgericht mangels einheitlicher Kollisionsnormen im Güterrecht aber nicht in Bezug auf alle Mitgliedstaaten prüfen. Die Geltung des Nachlasszeugnisses kann außerdem nicht auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt werden.<sup>31</sup> Somit ist dieser Lösungsvorschlag nicht vertretbar.

#### c) Informatorische Aufnahme des erhöhten Erbteils

Außerdem wird eine informatorische Aufnahme des erhöhten Erbteils gemäß Art. 65 Abs. 3 lit. m, Art. 68 lit. h EU ErbVO unter Hinweis auf dessen güterrechtliche Rechtsgrundlage in das Europäische Nachlasszeugnis diskutiert. So ist es durchaus denkbar, die Ausgleichspauschale von einem Viertel in einer separaten Rubrik auszuweisen.<sup>32</sup>

Problematisch ist insoweit, dass diese informatorische Bescheinigung des güterrechtlichen Viertels nicht den Vertrauensschutz und die Vermutungswirkung gemäß Art. 69 Abs. 2

<sup>20</sup> KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 31; MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 8.

<sup>21</sup> KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 32.

<sup>22</sup> MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 18, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 8.

<sup>23</sup> KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 28.

<sup>24</sup> KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 34.

<sup>25</sup> KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 34 m. w. N.; Dörner, ZEV 2017, 211, 212.

<sup>26</sup> Dies befürwortet das KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 35, da im dortigen Verfahren das Nachlasszeugnis gemäß Vortrag der Antragstellerin nur in Deutschland und Schweden eingesetzt werden sollte und sowohl nach schwedischem als auch nach deutschem Kollisionsrecht deutsches Güterstatut sowie nach der EU ErbVO deutsches Erbstatut gilt; ebenso Becker, jurisPR-FamR 3/2017 Anm. 1.

<sup>27</sup> KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 35.

<sup>28</sup> Dörner, ZEV 2017, 211, 212.

<sup>29</sup> Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 1.

<sup>30</sup> Dörner, ZEV 2017, 211, 212.

<sup>31</sup> Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 13; Dörner, ZEV 2017, 211, 212; Margonski, ZEV 2017, 212, 213.

<sup>32</sup> Dies befürwortet Dörner, ZEV 2017, 211, 212; vgl. auch Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 28 f.; a. A. KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, Rdnr. 40, da dies dem Bestreben, mit dem Nachlasszeugnis ein Instrument mit einem formalisierten Inhalt zu schaffen, zuwider liefe.

und 3 EU ErbVO genießt.<sup>33</sup> Erwägungsgrund Nr. 71 Satz 3 EU ErbVO führt dazu aus:

„Die Beweiskraft des Zeugnisses sollte sich nicht auf Elemente beziehen, die nicht durch diese Verordnung geregelt werden (...).“

Da Fragen des Güterrechts gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen sind, erstreckt sich die Beweiskraft mithin nicht auf die im Güterrecht wurzelnde erhöhte Erbquote.<sup>34</sup> Gegen eine Erstreckung der Beweiswirkung auf den erhöhten Erbteil spricht außerdem, dass – wie dargestellt – mangels einheitlicher Kollisionsregeln im Güterrecht bisher kein internationaler Entscheidungseinklang in güterrechtlichen Fragen besteht. So könnte die Vermutungswirkung in anderen Mitgliedstaaten widerlegt werden.<sup>35</sup>

Die informatorische Aufnahme des güterrechtlichen Viertels ohne Beweiswirkung ist damit grundsätzlich möglich, schafft für den Verwender des Europäischen Nachlasszeugnisses aber kaum Vorteile.

#### d) Zwischenergebnis

Die güterrechtliche Qualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs gemäß § 1371 Abs. 1 BGB mindert die Effektivität des Zeugnisses empfindlich.<sup>36</sup> Denkbar ist nur eine rein informatorische Aufnahme des güterrechtlichen Viertels, dem dann aber keine Vermutungswirkung beizumessen ist. Der deutsche Nachlassrichter müsste damit zwar kein Zeugnis mit aus deutscher Sicht falschen Quoten ausstellen,<sup>37</sup> allerdings ist zu bezweifeln, dass der ausländische Rechtsverkehr das Zeugnis als Erbnachweis auch in Bezug auf den pauschalierten Zugewinnausgleich akzeptiert.<sup>38</sup> Damit wäre das Europäische Nachlasszeugnis für den überlebenden Ehegatten, der mit dem Verstorbenen in einer Zugewinnngemeinschaft gelebt hat, ungeeignet.

## 2. Erbrechtliche Qualifikation

Die erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB hätte zur Folge, dass die Vorschrift in den Anwendungsbereich der EU ErbVO fällt und die Erbquote des überlebenden Ehegatten unproblematisch und einheitlich unter Berücksichtigung der Ausgleichspauschale in Höhe von einem Viertel ausgewiesen werden kann.<sup>39</sup> Dies gilt natürlich nur, sofern gemäß Art. 20 ff.

EU ErbVO deutsches Erbstatut Anwendung findet und auf sachrechtlicher Ebene die Eheleute bis zum Tod des Erblassers im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten.

Diese Vorfrage nach dem Güterstand ist – wie Vorfragen in der EU ErbVO grundsätzlich –<sup>40</sup> unselbstständig anzuknüpfen,<sup>41</sup> um den europäischen Entscheidungseinklang besonders im Lichte der bis 2019 nicht unionsrechtlich harmonisierten Kollisionsnormen im Ehegüterrecht nicht zu gefährden.<sup>42</sup> Andernfalls ist die Funktionsfähigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses bedroht,<sup>43</sup> da nicht sichergestellt wäre, dass das Nachlasszeugnis die Rechtslage in allen Mitgliedstaaten richtig wiedergibt.<sup>44</sup>

Kommt man im Wege der unselbstständigen Anknüpfung zur Anwendung ausländischen Güterstatuts, so ist zu prüfen, ob der ausländische Güterstand im Wege der Substitution<sup>45</sup> unter die Tatbestandsvoraussetzung des § 1371 Abs. 1 BGB, dass die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht lebten, subsumiert werden kann.<sup>46</sup> Insofern kommt es auf die Gleichwertigkeit des ausländischen Rechtsinstituts an.<sup>47</sup> In Bezug auf die Errungenschaftsgemeinschaft ausländischen Rechts, wie etwa der *comunione legale* nach italienischem Recht gemäß Art. 159, 177 ff. italienisches Zivilgesetzbuch,<sup>48</sup> dürfte dies wohl zu behaupten sein.<sup>49</sup>

Sollte dagegen ausländisches Erbstatut einschlägig sein, so ist es meines Erachtens nur folgerichtig, dass § 1371 Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung kommt und zwar selbst dann nicht, wenn deutsches Güterstatut einschlägig ist. Durch die Qualifikation des Zugewinnausgleichs im Todesfall als erbrechtlich im europäischen internationalen Privatrecht sind nur die Vorschriften des Ehegattenerbrechts der Rechtsordnung des ausländischen Erbstatuts wie auch erbrechtlich zu qualifizierende Normen mit Bezug zum Güterrecht entsprechend § 1371 Abs. 1 BGB anzuwenden. Ein rechnerischer Zugewinnausgleich bei ausländischem Erb- und deutschem Güterstatut gemäß §§ 1373 ff. BGB kommt nicht in Frage. Der über-

33 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 28 f.; Dörner, ZEV 2017, 211, 212; Mankowski, ZEV 2014, 121, 126; Röhl, notar 2017, 139, 142.

34 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 28.

35 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 29.

36 So auch Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 29.

37 Röhl, notar 2017, 139, 142.

38 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 29.

39 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 30 f.; jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 67 EU ErbVO Rdnr. 15.

40 MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 20 EU ErbVO Rdnr. 28, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 7; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 24.

41 So auch Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 32.

42 Ebenso MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 20 EU ErbVO Rdnr. 28, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 7; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 24.

43 Dörner, ZEV 2010, 221, 224; MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 20 EU ErbVO Rdnr. 28 m. w. N., Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 8.

44 MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 8.

45 Dazu allgemein MünchKomm-BGB/von Hein, Einl. IPR Rdnr. 227 ff., insb. Rdnr. 240.

46 Ebenso Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 32.

47 MünchKomm-BGB/von Hein, Einl. IPR Rdnr. 235 ff.

48 Dazu ausführlich Kindler, Einführung in das italienische Recht, 2. Aufl. 2008, § 12 Rdnr. 17 ff.

49 Ebenso Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 32; wohl auch MünchKomm-BGB/von Hein, Einl. IPR Rdnr. 240.

lebende Ehegatte könnte somit schlechter aber auch besser stehen als bei deutschem Erbstatut. Aufgrund der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gemäß Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO kann es relativ einfach zu einem Statutenwechsel kommen, sodass sich eine Rechtswahl nach Art. 22 EU ErbVO empfiehlt, um einen angemessenen Zugewinnausgleich im Todesfall sicherzustellen.<sup>50</sup> Zwar ist es bedenklich, dass der Erblasser durch den Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts einseitig den Zugewinnausgleich für den überlebenden Ehegatten beeinflussen und deutlich verringern oder diesem sogar vollständig entziehen kann, wenn das Erbstatut eine Rechtsordnung ohne Pflichtteilserbrecht ist, allerdings können besonders krasse Einzelfälle durch den Ordre-Public-Vorbehalt gemäß Art. 35 EU ErbVO sowie durch die Anwendung von Eingriffsnormen gemäß Art. 30 EU ErbVO abgemildert werden.

### 3. Doppelqualifikation als erb- und güterrechtlich

Ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>51</sup> und Literatur<sup>52</sup> befürwortete – allerdings in Bezug auf das deutsche internationale Privatrecht<sup>53</sup> – eine Doppelqualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB, sodass die Regelung nur anzuwenden wäre, wenn deutsches Erb- und Ehegüterstatut einschlägig ist.<sup>54</sup> Bei einer Doppelqualifikation wäre es zwar möglich, die Ausgleichspauschale in die im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesene Erbquote mit einzubeziehen; allerdings würde sich wiederum das Problem stellen, dass die Kollisionsregeln zum Ehegüterrecht nicht unionsweit harmonisiert sind, sodass in einzelnen Mitgliedstaaten ein anderes Güterstatut zur Anwendung berufen sein könnte<sup>55</sup> und das Nachlasszeugnis möglicherweise nicht die Rechtslage in allen Mitgliedstaaten zutreffend wiedergibt.<sup>56</sup>

### 4. Streitentscheid: Die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im europäischen internationalen Privatrecht

Die güterrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen internationalen Privatrecht ist auf europäischer Ebene aufgrund des Grundsatzes der autonomen Auslegung

des Unionsrechts<sup>57</sup> zwar nicht verbindlich, allerdings können die Zielsetzung und der Systemzusammenhang des nationalen Rechtsinstituts bei der Subsumtion unter europäische Kollisionsnormen und damit für die Qualifikation des Instituts relevant werden.<sup>58</sup>

Die zeitlich erst ab dem 29.1.2019 anwendbaren Europäischen Güterrechtsverordnungen geben keine Anhaltspunkte für eine Abgrenzung von güter- und erbrechtlicher Qualifikation.<sup>59</sup> Erwägungsgrund Nr. 18 Satz 1 EUGüVO stellt lediglich klar, dass sie auch eine güterrechtliche Auseinandersetzung infolge des Todes eines Ehegatten erfassen will.

Allerdings hat sich der EuGH in älteren Entscheidungen zur Abgrenzung von Ehegüter- und Unterhaltsstatut bereits zum Begriff der ehelichen Güterstände geäußert.<sup>60</sup> Dieser umfasst nach Auffassung des Gerichtshofs alle vermögensrechtlichen Beziehungen, die sich unmittelbar aus der Ehe oder ihrer Auflösung ergeben.<sup>61</sup> Dazu könnte ebenso der Anspruch auf Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe gehören.<sup>62</sup> Ob eine bestimmte Regelung güterrechtlichen Charakter hat, entscheidet, so der EuGH, der Zweck der Regelung und nicht die Art und Weise der Realisierung dieses Zwecks.<sup>63</sup> Da die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB – wie dargestellt<sup>64</sup> – den Zweck verfolgt, im Rahmen eines ganz bestimmten Güterstandes einen güterrechtlich motivierten Ausgleich zu realisieren, spricht einiges für eine güterrechtliche Qualifikation der Vorschrift.<sup>65</sup> Sie soll – so die eigene Ansicht<sup>66</sup> – immer dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Ehwirkungen und die Fragen des ehelichen Güterrechts nach deutschem Recht richten. Würde man die Norm dem Erbstatut zuordnen, sei dies nicht mehr gewährleistet. Schließlich erfolge ein pauschaler Zugewinnausgleich dann nur in den Fällen, in denen sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen gemäß der EU ErbVO nach deutschem Recht richtet.<sup>67</sup>

50 Ebenso *Rauscher* in FS Geimer, 2017, S. 529, 532 f.

51 *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 25 mit Verweis auf OLG Köln, Beschluss vom 5.8.2011, I-2 Wx 115/11, FGPrax 2011, 302, 303, und OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.6.1989, 11 W 86/89, NJW 1990, 1420; einer Doppelqualifikation in Bezug auf das deutsche internationale Privatrecht hat der BGH allerdings eine klare Absage erteilt, vgl. BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. *Süß*.

52 *MünchKomm-BGB/Birk*, 5. Aufl. 2010, Art. 25 EGBGB Rdnr. 158; a. A. *MünchKomm-BGB/Dutta*, 6. Aufl. 2015, Art. 25 EGBGB Rdnr. 157 m. w. N.

53 Dort Art. 25 EGBGB a. F. sowie Art. 15 EGBGB.

54 *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 25.

55 *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 25.

56 Vgl. dazu *MünchKomm-BGB/Dutta*, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 8.

57 *MünchKomm-BGB/Dutta*, Vor Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 11; *BeckOGK/Kindler*, Art. 1 Rom I-VO Rdnr. 5.

58 *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84.

59 *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84; vgl. aber *Rauscher* in FS Geimer, S. 529, 538 ff.

60 EuGH, Urteil vom 12.12.1996, C-220/95 (*Van den Boogard/Laumen*) = BeckEuRS 1997, 221841; EuGH, Urteil vom 27.3.1979, 143/78 (*De Cavel/De Cavel*) = BeckRS 2004, 71654.

61 EuGH, Urteil vom 27.3.1979, 143/78 (*De Cavel/De Cavel*) = BeckRS 2004, 71654 Rdnr. 10.

62 *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84.

63 *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 12.12.1996, C-220/95 (*Van den Boogard/Laumen*) = BeckEuRS 1997, 221841 Rdnr. 21 ff.

64 Siehe oben II.

65 So *Weber*, DNotZ 2016, 424, 434; *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84; KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 24; a. A. *Margonski*, ZEV 2017, 212; *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 30; *jurisPK-BGB/Kleinschmidt*, Art. 67 EU ErbVO Rdnr. 14; *Süß*, ZEuP 2013, 725, 742 f.; *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 77 (2013), 723, 757 f.

66 KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 24.

67 Vgl. KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, ZEV 2017, 209 Rdnr. 24.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass sich das Ehegattenviertel gemäß § 1371 Abs. 1 BGB bezüglich der Rechtsstellung des Erwerbers (des überlebenden Ehegatten) nicht von dem nach gesetzlicher Erbfolge gemäß § 1931 BGB erworbenen Erbteil unterscheidet.<sup>68</sup> Außerdem knüpft die Vorschrift nicht allein an güterrechtliche (Zugewinnsgemeinschaft zwischen den Ehegatten), sondern auch an erbrechtliche (überlebender Ehegatte ist gesetzlicher Erbe) Voraussetzungen an.<sup>69</sup> Die Rechtsfolge der Norm betrifft die Erbquote, welche sich pauschal erhöht. Kaum eine Materie ist eindeutiger dem Erbrecht zuzuordnen als der Erbteil.<sup>70</sup> Ferner weist Art. 23 Abs. 2 lit. b EU ErbVO die Bestimmung der Erbquote dem Geltungsbereich des Erbstatuts zu. Weiter wird als Argument gegen eine rein güterrechtliche Qualifikation vorgebracht, dass sich die Erbquote des überlebenden Ehegatten selbst dann um ein Viertel erhöht, wenn bei Berechnung des rechnerischen Zugewinns kein Zugewinnausgleich zu leisten wäre oder sogar eine Ausgleichspflicht besteht.<sup>71</sup> § 1371 Abs. 1 BGB führt lediglich zu einer güterrechtlich motivierten Erhöhung der Erbquote.<sup>72</sup>

Entscheidendes Argument für die rein erbrechtliche Qualifikation ist allerdings die Effektivität des Nachlasszeugnisses.<sup>73</sup> Wie dargestellt<sup>74</sup> führt eine güterrechtliche oder doppelte Qualifikation zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Verwendung des Europäischen Nachlasszeugnisses. Es wäre für deutsche Erbfälle ungeeignet, da es entweder nicht die Erbquote einschließlich des pauschalierten Zugewinnausgleichs ausweisen würde oder Unsicherheiten bei der grenzüberschreitenden Verwendung bestünden. Das Ziel der EU ErbVO, mit dem Nachlasszeugnis einen effizienten Mechanismus zur Erleichterung der Abwicklung internationaler Erbfälle zu schaffen,<sup>75</sup> wäre verfehlt. Dieser Sinn und Zweck der Art. 62 ff. EU ErbVO ist aber im Rahmen der Auslegung der EU ErbVO zu berücksichtigen.<sup>76</sup>

Gegen eine Doppelqualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs als erb- und güterrechtlich spricht darüber hinaus, dass der Anwendungsbereich des § 1371 Abs. 1 BGB zu sehr

eingeschränkt wäre und daher ein Normenmangel auftreten könnte.<sup>77</sup>

Damit überzeugt allein die erbrechtliche Qualifikation des Zugewinnausgleichs im Todesfall gemäß § 1371 Abs. 1 BGB.

### III. Fazit

§ 1371 Abs. 1 BGB ist infolge der eindeutigen Positionierung des BGH im Jahre 2015<sup>78</sup> im deutschen internationalen Privatrecht güterrechtlich zu qualifizieren.

Die güterrechtliche Qualifikation im europäischen internationalen Privatrecht ist abzulehnen. Sie würde dazu führen, dass der Anwendungsbereich der EU ErbVO aufgrund der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO nicht eröffnet wäre. Der pauschalierte Zugewinnausgleich könnte nur informativ und ohne Vermutungswirkung gemäß Art. 69 Abs. 2 und 3 EU ErbVO in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden, was dem Verwender aber keine Vorteile bringen würde.

Im europäischen internationalen Privatrecht ist vielmehr eine erbrechtliche Qualifikation des Zugewinnausgleichs nach dem Tod eines Ehegatten geboten. Dies stellt die Effektivität des Europäischen Nachlasszeugnisses sicher, da es so bei deutschem Erbstatut und Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1371 Abs. 1 BGB die Erbquoten einschließlich der pauschalen Erhöhung um ein Viertel ausweisen kann.

Die Frage nach dem Güterstand als Voraussetzung des § 1371 Abs. 1 BGB ist bei deutschem Erbstatut als Vorfrage unselbstständig anzuknüpfen, um den europäischen Entscheidungseinklang nicht zu gefährden.

Bei ausländischem Erbstatut kommt unabhängig davon, ob deutsches Güterstatut einschlägig ist, die Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB nicht in Frage. Die Erbquote des überlebenden Ehegatten richtet sich ausschließlich nach der ausländischen Rechtsordnung einschließlich der den Zugewinnausgleich im Todesfall regelnden Normen. Zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse kann lediglich auf den Ordre-Public-Vorbehalt gemäß Art. 35 EU ErbVO sowie auf die Anwendung von Eingriffsnormen gemäß Art. 30 EU ErbVO zurückgegriffen werden.

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt gemäß Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO führt dazu, dass sich das Erbstatut relativ einfach ändern kann. Daher ist in der Praxis eine ausführliche Beratung erforderlich und eine Rechtswahl gemäß Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO angeraten.

<sup>77</sup> Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 44; ebenso ablehnend Mankowski, ZEV 2014, 121, 127.

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. Süß.

<sup>68</sup> Margonski, ZEV 2017, 212.

<sup>69</sup> Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 31.

<sup>70</sup> Margonski, ZEV 2017, 212.

<sup>71</sup> Süß, ZEuP 2013, 725, 742; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 31.

<sup>72</sup> Süß, ZEuP 2013, 725, 742.

<sup>73</sup> So Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2012), 723, 757 f.; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 31.

<sup>74</sup> Siehe oben III. 1. bis III. 3.

<sup>75</sup> Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 14 ff., Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 31.

<sup>76</sup> Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 23.

# Gestaltungsfragen bei Grundstückskaufverträgen mit Betreuern

Von Notarassessor Dr. **Johannes Weber**, LL.M. (Cambridge), Würzburg\*

Verkauft eine betreute Person ein Grundstück, wird sie durch ihren Betreuer vertreten (§ 1902 BGB). Der Grundstückskaufvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB i. V. m. § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB). Das betreuungsgerichtliche Verfahren stellt die Praxis immer wieder vor Schwierigkeiten und Risiken. Dies belegt auch die jüngere höchstrichterliche Rechtsprechung.<sup>1</sup> Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, verdienen aus Sicht der Gestaltungspraxis mehrere Gesichtspunkte Beachtung.

## I. Verbrauchereigenschaft

Bei Verbraucherverträgen ist die 14-tägige Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG zu beachten. Der Betreuer ist gesetzlicher Vertreter des Betreuten. Im Zusammenhang mit dem Begriff des Verbrauchervertrags stellt sich die Frage, von welcher Person die Eigenschaft als Verbraucher oder Unternehmer abhängt. Relevant kann diese Frage bei einem Berufsbetreuer (Unternehmer) werden, der für einen betreuten Verbraucher handelt. Maßgeblich ist die Person des Vertretenen, mithin also die Person des Betreuten. Auf die Eigenschaft des Vertreters kommt es insoweit nicht an. Dies hat der BGH für den Begriff des Verbrauchervertrags im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB entschieden.<sup>2</sup> Nach dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB ist die Person des Vertretenen maßgeblich. Für den Verbrauchervertrag im Sinne von § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG kann nichts anderes gelten.<sup>3</sup>

## II. Wirksamkeit der Genehmigung

### 1. Doppelvollmacht

Der Vertrag wird erst wirksam, wenn der Betreuer die Genehmigung entgegennimmt und dem anderen Vertragsteil mitteilt (§ 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB). Zur Vereinfachung der Mitteilung behilft sich die Praxis mit einer Doppelvollmacht: Der Notar

nimmt die Genehmigung für den Betreuer entgegen,<sup>4</sup> teilt diese dem anderen Vertragsteil mit und nimmt sie zugleich wiederum für diesen entgegen. Diese Lösung hat mittlerweile auch die Billigung des BGH erfahren.<sup>5</sup> Die Doppelvollmacht muss widerruflich sein. Eine unwiderrufliche Vollmacht des Betreuers an den Notar ist unzulässig, weil sie das Recht des Betreuers unterwandert, über die Mitteilung der Genehmigung frei zu entscheiden.<sup>6</sup>

Die Mitteilung nimmt der Betreuer dabei nicht im Namen des Betreuten, sondern im eigenen Namen in seiner Eigenschaft als Betreuer vor. Der Notar vertritt daher den Betreuer, wenn er dem anderen Vertragsteil die Genehmigung mitteilt. Es ist daher richtig, wenn es im Urkundeneingang heißt, dass der Betreuer nicht nur im Namen des Betreuten, sondern auch im eigenen Namen handelt.<sup>7</sup>

### 2. Zeitpunkt der Mitteilung

Die Mitteilung der Genehmigung setzt nach mittlerweile ganz herrschender Meinung<sup>8</sup> voraus, dass die Genehmigung wirksam ist. Der gerichtliche Genehmigungsbeschluss genügt hierfür nicht. Die Genehmigung wird erst wirksam, wenn der Genehmigungsbeschluss formell rechtskräftig ist (§ 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Die formelle Rechtskraft tritt ein, wenn die zweiwöchige Frist für die Beschwerde (§ 58 Abs. 1, § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) und die Sprungrechtsbeschwerde (§ 75 Abs. 1, 2 Satz 1 FamFG) abgelaufen ist (§ 45 Satz 1 FamFG).

\* Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts (DNotI). Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Vgl. insbesondere BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565.  
2 BGH, Beschluss vom 25.3.2015, VIII ZR 243/13, DNotZ 2016, 32 Rdnr. 15.  
3 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 17 BeurkG Rdnr. 194; *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 17 Rdnr. 82, 93a.

4 MünchKomm-BGB/*Kroll-Ludwigs*, 7. Aufl. 2017, § 1828 Rdnr. 38; *Staudinger/Veit*, Neub. 2014, § 1828 Rdnr. 25. Nicht erforderlich ist, dass der Notar den Genehmigungsbeschluss auch für den anderen Vertragsteil entgegennimmt. Denn dieser ist nicht Beteiligter i. S. v. § 7 Abs. 2 FamFG. Der andere Vertragsteil ist nicht „unmittelbar betroffen“, vgl. BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565 Rdnr. 12. Eine andere Lösung könnte darin bestehen, dass sich der Notar nur vom Erwerber bevollmächtigen lässt und der Betreuer nach der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses vor dem Notar erscheint, um die Mitteilung selbst vorzunehmen. Diese Lösung entspricht zwar an sich dem gesetzlichen Leitbild, hat aber den Nachteil, dass es zu Schwierigkeiten kommt, wenn der Betreute nach dem Eintritt der Rechtskraft verstirbt, bevor der Betreuer die Mitteilung vornimmt. Zur Verhinderung dieses Transaktionsrisikos bietet sich eine möglichst rasche Mitteilung der Genehmigung an. Regelmäßig hat der Betreuer auch kein Interesse daran, den geschlossenen Vertrag noch einmal zu bestätigen.  
5 BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565, 567 Rdnr. 36.  
6 *Sonnenfeld/Zorn*, Rpfleger 2004, 533, 534; vgl. auch BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565, 567 Rdnr. 36.  
7 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 605.  
8 KG, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 381/14, RNotZ 2016, 105, 106 m. w. N.; BT-Drucks. 16/6308, S. 34.

Der Notar sollte daher von der Doppelvollmacht unbedingt erst Gebrauch machen, wenn ihm das Rechtskraftzeugnis (§ 46 Satz 1 FamFG) des Gerichts vorliegt.<sup>9</sup> Nimmt der Notar die Mitteilung vor dem Eintritt der Rechtskraft vor, wird der Vertrag nicht wirksam – auch nicht durch den späteren Eintritt der Rechtskraft. Meines Erachtens spricht zwar viel für die Zulässigkeit einer Vertragsklausel, der zufolge eine nach dem Genehmigungsbeschluss erfolgte Mitteilung spätestens mit Eintritt der Rechtskraft wirksam wird.<sup>10</sup> Die Aufnahme einer solchen Klausel ist unschädlich; ob die Rechtsprechung diesen Gestaltungsvorschlag akzeptieren würde, ist aber unsicher. Denn § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB ist grundsätzlich kein dispositives Recht.<sup>11</sup>

Mittlerweile beträgt auch die Frist für die Einlegung der Sprungrechtsbeschwerde nur noch zwei Wochen (§ 75 Abs. 2 Satz 1 FamFG).<sup>12</sup> Deshalb können die Betreuungsgerichte bereits unmittelbar nach dem Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist das Rechtskraftzeugnis erteilen.<sup>13</sup> Es ist daher nicht mehr erforderlich, in den Vertrag Erklärungen aufzunehmen, dass die Beteiligten unwiderruflich ihre Zustimmung zur Einlegung einer Sprungrechtsbeschwerde (§ 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FamFG) verweigern.<sup>14</sup>

### 3. Falsches Rechtskraftzeugnis und Fehler im Genehmigungsverfahren

Das Rechtskraftzeugnis des Betreuungsgerichts ist nur rein deklaratorisch. Ist das Rechtskraftzeugnis falsch, ist die Genehmigung nicht wirksam. Eine Mitteilung des Notars kann dem Vertrag nicht zur Wirksamkeit verhelfen.

Probleme ergeben sich hier immer wieder im Zusammenhang mit den Rechtsmittelfristen:

- Die Rechtsmittelfristen laufen erst mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten (§ 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG). Der Beschluss ist dem Betreuer bekannt zu geben (§ 41 Abs. 1, § 7 Abs. 1 FamFG). Außerdem ist er auch zwingend dem *Betreuten* selbst bekannt zu machen (§ 41 Abs. 3 FamFG) – und zwar auch dann, wenn der Betreute keinen natürlichen Willen mehr bilden kann.<sup>15</sup> Der Betreute ist nämlich stets verfahrensfähig (§§ 275, 9 Abs. 1 Nr. 4 FamFG). Eine Vertretung des Betreuten durch den Betreuer im Rahmen der Bekanntgabe ist nicht möglich.<sup>16</sup> Der Betreute soll eine Möglichkeit haben, von der Genehmigung Kenntnis

zu erlangen und ggf. ein Rechtsmittel einzulegen. Ohne die Bekanntgabe an den Betreuten läuft die Rechtsmittelfrist nicht. Die Genehmigung wird zunächst nicht rechtskräftig.

- Kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden, beginnt die Frist spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses zu laufen (§ 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG). Dies gilt nach der praxisfreundlichen Rechtsprechung des BGH auch, wenn die Bekanntgabe an einen Beteiligten unterbleibt. Auch in diesem Fall tritt die Rechtskraft und damit die Wirksamkeit der Genehmigung fünf Monate und zwei Wochen nach dem Erlass des Beschlusses ein.<sup>17</sup> Entsprechendes ist auch anzunehmen, wenn die Bekanntgabe nicht hinreichend dokumentiert ist. So etwa in einem Fall des BGH: Die Aufgabe zur Post (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 FamFG) wurde nicht ordnungsgemäß in den Akten vermerkt (§ 184 Abs. 2 Satz 4 ZPO analog). Deshalb ließ sich die Bekanntgabe mithilfe der Vermutung des Zugangs (§ 15 Abs. 2 Satz 2 FamFG) nicht nachweisen.<sup>18</sup> Damit stand infrage, ob die Genehmigung und der Vertrag wirksam geworden waren. Ein kleiner Fehler des Betreuungsgerichts bei der Bekanntgabe kann gravierende Konsequenzen haben: Man stelle sich nur vor, dass der Kaufpreis in der Annahme der Rechtswirksamkeit des Vertrags bereits gezahlt wurde, nunmehr aber unklar ist, ob der Vertrag wegen des Zugangs des Genehmigungsbeschlusses tatsächlich wirksam ist.
- Umstritten ist nach wie vor der Fall, in dem der Betreute selbst am Verfahren gar nicht beteiligt wurde. Nach richtiger Auffassung gilt hier § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG nicht.<sup>19</sup> Die Frist für den materiell Betroffenen läuft ab, wenn die Frist für alle am Verfahren formell Beteiligten abgelaufen ist. Der XII. Zivilsenat des BGH ist dieser Auffassung in einer aktuellen Entscheidung jedoch nicht gefolgt und hat für den Fall der unterbliebenen Beteiligung eines Versorgungsträgers entschieden, dass die Beschwerdefrist frühestens mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme der Entscheidung durch Versorgungsträger beginnt.<sup>20</sup> Überträgt man dies auf das betreuungsgerichtliche Genehmigungsverfahren, sind die Konsequenzen für die Wirksamkeit des Vertrags sehr misslich.
- Keine Risiken bestehen, wenn das Gericht für den Betreuten keinen Verfahrenspfleger bestellt hat, obwohl

9 Volmer, MittBayNot 2016, 421, 422.

10 Weber, DNotZ 2015, 498, 517.

11 BayObLG, Beschluss vom 22.6.1989, BReg. 3 Z 40/89, BayObLGZ 1989, 242, 246; OGH f. d. brit. Zone Köln, Beschluss vom 30.9.1948, II ZS 9/48, NJW 1949, 64.

12 BGBl. 2012 I, S. 2418.

13 Bumiller/Harders/Schwamb/Schwamb, FamFG, 11. Aufl. 2015, § 75 Rdnr. 1; BeckOK-FamFG/Obermann, Stand: 1.10.2017, § 75 Rdnr. 13.

14 Vgl. hierzu noch Milzer, MittBayNot 2011, 112, 114.

15 BGH, Beschluss vom 30.10.2013, XII ZB 317/13, DNotZ 2014, 289, 291 Rdnr. 13.

16 BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565, 566 Rdnr. 20.

17 BGH, Beschluss vom 11.3.2015, XII ZB 571/13, NJW 2015, 1529, 1531 Rdnr. 25; BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565, 567 Rdnr. 28.

18 BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565, 567 Rdnr. 28.

19 OLG Hamm, Beschluss vom 7.9.2010, 15 W 111/10, DNotZ 2011, 223, 224; BT-Drucks. 16/9733, S. 289; Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 63 Rdnr. 45d; in diese Richtung auch BGH, Beschluss vom 11.3.2015, XII ZB 571/13, NJW 2015, 1529, 1531 Rdnr. 29; a. A. OLG Köln, Beschluss vom 29.1.2013, 26 UF 109/12, NJW-RR 2013, 903; Böttcher, Rpfleger 2011, 53, 64 (es läuft gar keine Rechtsmittelfrist).

20 BGH, Beschluss vom 15.2.2017, XII ZB 405/16, NJW-RR 2017, 970 Rdnr. 13.

dies rechtlich notwendig gewesen wäre (§ 276 Abs. 1 FamFG). Die Bekanntgabe ist gegenüber dem stets verfahrensfähigen Betreuten wirksam. Eine separate Bekanntgabe gegenüber dem Verfahrenspfleger muss nur erfolgen, wenn dieser auch bestellt wird.<sup>21</sup> Unterlässt das Gericht die Bestellung eines Verfahrenspflegers, führt dies lediglich zur Rechtswidrigkeit und Anfechtbarkeit des Genehmigungsbeschlusses.<sup>22</sup>

#### 4. Konsequenzen für die Gestaltung

Der Notar kann sich auf die Richtigkeit eines Rechtskraftzeugnisses verlassen.<sup>23</sup> Ihn treffen keine weiteren Prüfungs- und auch keine Belehrungspflichten.<sup>24</sup> Es ist nicht die Aufgabe des Notars, sondern des Betreuungsgerichts, die Rechtswirksamkeit der Genehmigung sicherzustellen.

##### a) Entgegennahme der Genehmigung auch für den Betreuten?

Die Risiken eines falschen Rechtskraftzeugnisses könnte man minimieren, wenn der Notar bevollmächtigt würde, nicht nur die Genehmigung für den Betreuer, sondern auch für den Betreuten entgegenzunehmen. Dann könnte der Notar auch die Bekanntgabe an den Betreuten prüfen. Dies scheidet jedoch in aller Regel daran, dass der Betreute an der notariellen Urkunde nicht mitwirkt.<sup>25</sup> Der Betreuer kann den Genehmigungsbeschluss für den Betreuten nicht entgegennehmen.<sup>26</sup> Demzufolge kann er den Notar hierzu auch nicht bevollmächtigen.

##### b) Rechtsmittelverzicht?

Mitunter schlägt die Literatur vor, dass die Beteiligten den Notar bevollmächtigen, im Namen der Beteiligten einen Rechtsmittelverzicht zu erklären, um die Rechtskraft früher eintreten zu lassen (§ 67 Abs. 1 FamFG).<sup>27</sup> Steht auf der Verkäuferseite eine betreute Person, scheidet dies jedoch ebenfalls daran, dass der Betreute an der Urkunde nicht unmittelbar mitwirkt und es dem Betreuer an der Vertretungsmacht für die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts zulasten des Betreuten fehlt.<sup>28</sup> Außerdem ist es mit Blick auf die Unabhängigkeit des Notars zweifelhaft, ob der Notar darauf drängen sollte, mithilfe des Rechtsmittelverzichts einem Betreuten dessen Rechtsschutzmöglichkeiten zu nehmen.<sup>29</sup>

21 Vgl. BGH, Beschluss vom 4.5.2011, XII ZB 632/10, NJW-RR 2011, 1011 Rdnr. 10.

22 Vgl. BeckOK-FamFG/Günter, Stand: 1.10.2017, § 276 Rdnr. 21.

23 Böhlinger, BWNotZ 2010, 2, 11; Kölmel, NotBZ 2010, 2, 11.

24 Kesseler, ZfIR 2017, 269, 271.

25 Theoretisch wäre der Betreute befugt, dem Notar eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zu erteilen, vgl. Keidel/Budde, FamFG, § 275 Rdnr. 3.

26 Vgl. Fn. 16.

27 Vgl. hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 2283 ff. Ein solcher Rechtsmittelverzicht könnte erst nach Bekanntgabe des Beschlusses erklärt werden, vgl. LG Meiningen, Beschluss vom 2.3.2016, 4 T 55/16, NotBZ 2016, 436.

28 LG Meiningen, Beschluss vom 2.3.2016, 4 T 55/16, NotBZ 2016, 436; vgl. auch BGH, Beschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, NJW 2016, 565, 567 Rdnr. 32.

29 LG Meiningen, Beschluss vom 2.3.2016, 4 T 55/16, NotBZ 2016, 436; Weber, DNotZ 2015, 498, 515.

##### c) Weitere Überlegungen

Es ist daher nicht empfehlenswert, dass sich der Notar vom Betreuten selbst zur Entgegennahme der Genehmigung bevollmächtigen lässt. Ebenso wenig erscheint es sinnvoll, sich als Notar zur Erklärung eines Rechtsmittelverzichts bevollmächtigen zu lassen.

Denkbar wäre es, dass der Notar fünf Monate und zwei Wochen nach Erlass des Genehmigungsbeschlusses hilfsweise erneut die Mitteilung vornimmt, um die Wirksamkeit des Vertrags in jedem Falle sicherzustellen. Hiergegen spricht aber, dass sich Probleme ergeben, wenn der Betreuer zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Amt ist oder der Betreute nicht mehr lebt.

Man könnte auch in Erwägung ziehen, eine Erklärung des Betreuers einzuholen, wonach der Genehmigungsbeschluss auch dem Betreuten an einem bestimmten Datum bekannt gegeben worden ist. Der Betreuer ist in aller Regel selbst in der Lage, die beim Betreuten eingehende Post zu prüfen, oder er steht in ständigem Kontakt mit dem Betreuten. Deshalb wird es dem Betreuer häufig de facto möglich sein, diese Erklärung abzugeben. Da es aber nicht zwingend ist, dass der Betreuer Zugriff auf die Post des Betreuten hat, scheint hier Zurückhaltung geboten. Damit bleibt es dabei: Der Notar kann sich auf das Rechtskraftzeugnis verlassen. Weitere Schritte sind daher in aller Regel nicht angezeigt.

Um Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Nachweis der Bekanntgabe und damit mit der Wirksamkeit der Genehmigung zu vermeiden, kann es sich jedoch anbieten, beim Betreuungsgericht eine förmliche Zustellung der Genehmigung an den Betreuten und sonstige Beteiligte (mit Ausnahme des Notars) anzuregen (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 FamFG). Die förmliche Zustellung bietet zur Absicherung der Wirksamkeit der Genehmigung einen erheblichen Mehrwert im Vergleich zur bloßen Aufgabe zur Post. Denn die Vermutung der Bekanntgabe bei der Aufgabe zur Post kann der Betroffene bereits dadurch erschüttern, dass er glaubhaft macht, ihm sei das Schriftstück nicht zugegangen (§ 15 Abs. 2 Satz 2 FamFG). Über die Form der Bekanntgabe hat das Betreuungsgericht nach Ermessen zu entscheiden.<sup>30</sup> Zwingend ist eine förmliche Zustellung nur, wenn der Beschluss dem Willen eines Beteiligten widerspricht (§ 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG).

Im Übrigen mag man daran denken, die Beteiligten in der Urkunde darauf hinzuweisen, dass der Notar die Richtigkeit des Rechtskraftzeugnisses nicht überprüfen kann.

#### 5. Schwebezustand für den Käufer

Für den Käufer kommt es mit dem Abschluss des Kaufvertrags zu einem unangenehmen Schwebezustand: Erstens ist es nicht zwangsläufig, dass das Gericht die Genehmigung erteilt. Zweitens hat der Betreuer ein unverzichtbares Wahlrecht,

30 Keidel/Sternal, FamFG, § 15 Rdnr. 8; Keidel/Mayer-Holz, FamFG, § 41 Rdnr. 6.

ob er von der Genehmigung Gebrauch macht.<sup>31</sup> Der Betreuer kann daher noch vom Vertrag Abstand nehmen.<sup>32</sup>

Vor diesem Hintergrund schützt § 1829 Abs. 2 BGB den anderen Vertragsteil davor, dass er einem Schwebezustand ausgesetzt ist: Fordert der andere Teil den Betreuer zur Mitteilung darüber auf, ob die Genehmigung erteilt sei, so kann die Mitteilung der Genehmigung nur bis zum Ablauf von vier Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erfolgen; erfolgt sie nicht, so gilt die Genehmigung als verweigert. Diese Frist wird häufig für zu kurz erachtet. Deswegen schlagen Teile der Literatur vor, dass eine Aufforderung bis zur Beendigung des gerichtlichen Genehmigungsverfahrens ausgeschlossen ist<sup>33</sup> und kombinieren diesen Ausschlussbestand in der Regel mit einer Höchstfrist von zum Beispiel sechs Monaten nach Vertragsschluss.<sup>34</sup> Es erscheint jedoch nicht zwingend, dem anderen Vertragsteil das Recht abzuschneiden, den Betreuer zur Genehmigung aufzufordern. Denn wenn der Betreuer noch über die Mitteilung entscheiden kann, kann es aus Gründen der Waffengleichheit geboten sein, auch dem Käufer mit der Aufforderung ein vergleichbares Instrument in die Hand zu geben.<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund ist es meines Erachtens nicht veranlasst, von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmungen zu treffen.

## 6. Einzureichende Unterlagen beim Grundbuchamt

Gegenüber dem Grundbuchamt ist für den Vollzug der Auflassung erforderlich, den Genehmigungsbeschluss mit Rechtskraftvermerk einzureichen (§§ 20, 29 Abs. 1 GBO). Nach der Neufassung des § 317 ZPO zum 1.7.2014 genügt grundsätzlich auch die Übersendung einer beglaubigten Abschrift der gerichtlichen Entscheidung.<sup>36</sup> Dies gilt auch für sämtliche Beschlüsse nach dem FamFG.<sup>37</sup> Außerdem sind dem Grundbuchamt die Mitteilung der Genehmigung und ihre Entgegennahme durch den anderen Vertragsteil in notarieller Eigenurkunde nachzuweisen.<sup>38</sup> Ob es als Nachweis für die Mitteilung ausreicht, wenn der Notar den Genehmigungsbeschluss nebst Rechtskraftzeugnis beim Grundbuchamt einreicht, wird

31 OLG Hamm, Beschluss vom 31.8.2016, 15 W 308/16, FGPrax 2017, 11.

32 Sehr bedenklich daher OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.2.2016, I-24 U 102/15, NJOZ 2017, 56, wonach der Betreuer eine schuldhaftige Pflichtverletzung begeht, wenn er das Genehmigungsverfahren verzögert.

33 Ähnlich *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 178.

34 Kersten/Bühling/*Kordel*, Formularbuch Freiwillige Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2017, § 97 Rdnr. 37 M; ähnlich *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 178.

35 So auch Kölner Formularbuch Immobilienrecht/*Heinemann*, 2. Aufl. 2015, Kap. 5 Rdnr. 660.

36 Vgl. BGH, Beschluss vom 27.1.2016, XII ZB 684/14, NJW 2016, 1180.

37 Keidel/*Sternal*, FamFG, § 63 Rdnr. 15c.

38 OLG Hamm, Beschluss vom 31.8.2016, 15 W 308/16, FGPrax 2017, 11. Zu einer möglichen Ausnahme, wenn für das Grundbuchamt feststeht, dass es sich bei der vom anderen Vertragsteil eingereichten Ausfertigung gerade um die dem Betreuer übersandte Ausfertigung handelt, vgl. OLG Jena, Beschluss vom 22.12.2014, 3 W 450/14, Rpfleger 2015, 400.

unterschiedlich gesehen.<sup>39</sup> Um Schwierigkeiten zu vermeiden, wird der Notar stets eine notarielle Eigenurkunde errichten.

## 7. Verhältnis zur Finanzierungsgrundschuld

Nach herrschender Meinung bedarf auch die Finanzierungsgrundschuld der gerichtlichen Genehmigung (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Dies gilt sogar dann, wenn sich die Verpflichtung zur Finanzierungsmitwirkung sowie die Finanzierungsvollmacht aus dem betreuungsgerichtlich genehmigten Kaufvertrag ergeben.<sup>40</sup> Die Finanzierungsgrundschuld ist in aller Regel genehmigungsfähig, wenn sie die üblichen Sicherungsmechanismen enthält.<sup>41</sup> Dass die Grundschuld den Kaufpreis übersteigt, steht ihrer Genehmigungsfähigkeit nicht entgegen.<sup>42</sup>

Die Beteiligten können den Notar auch insoweit bevollmächtigen, die Genehmigung zu beantragen, die Genehmigung für den Betreuer entgegenzunehmen sowie dem Kreditinstitut mitzuteilen. Die Mitteilung und deren Empfang durch das Kreditinstitut sind dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen. Denn insoweit ist nur der Nachweis der Bewilligungsbefugnis zu erbringen (§ 19 GBO).<sup>43</sup> Dennoch kann es sich empfehlen, zumindest einen Zugangsnachweis über die Mitteilung der Genehmigung bei der Bank einzuholen (zum Beispiel durch Einschreiben mit Rückschein).

## 8. Kosten

Die Kosten des Genehmigungsverfahrens trägt üblicherweise der Betreute. Verweigert das Betreuungsgericht die Genehmigung, fragt sich, wer die Kosten für das Beurkundungsverfahren übernehmen muss. Kostenschuldner im Verhältnis zum Notar ist nach § 29 Nr. 1 GNotKG (auch) der Betreute, für den der Betreuer den Antrag gestellt hat. Für die Stellung des Antrags ist keine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich.<sup>44</sup> Da das Risiko der Verweigerung der Genehmigung in die Sphäre des Betreuten fällt, bietet es sich an, dem Betreuten und nicht dem Vertragspartner die Kosten für die Beurkundung aufzubürden, wenn die Genehmigung versagt wird.

39 Hiergegen OLG Hamm, Beschluss vom 31.8.2016, 15 W 308/16, FGPrax 2017, 11; *Volmer*, MittBayNot 2016, 421, 422; hierfür *Kesseler*, ZfIR 2017, 269, 271; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3740.

40 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.2004, 3 W 130/04, DNotZ 2005, 634; LG Berlin, Urteil vom 12.4.1994, 85 T 78/94, Rpfleger 1994, 355; BeckOGK-BGB/*Rebhan*, Stand: 1.7.2017, § 1191 Rdnr. 39; DNotI-Report 2003, 129.

41 LG Duisburg, Beschluss vom 22.4.2002, 7 T 61/02, BeckRS 2002, 16687.

42 *Fahl*, MittBayNot 2007, 220, 221. Vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 28.6.2006, 13 T 5282/06, MittBayNot 2007, 218, 219 (allerdings hatte sich der Notar für die Grundbuchkosten für die Eintragung der Grundschuld stark gesagt).

43 *Kesseler*, ZfIR 2017, 269, 272; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 615.

44 *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG, Stand: 115. Aktualisierung 12/2016, § 29 Rdnr. 43, 44.

## 9. Formulierungsbeispiel für den Passus zur betreuungsgerichtlichen Genehmigung im Grundstückskaufvertrag

Eine Formulierung für den Passus zur betreuungsgerichtlichen Genehmigung im Grundstückskaufvertrag könnte wie folgt lauten:

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass zu diesem Vertrag die Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich ist. Die Genehmigung wird wirksam, wenn die Fristen für die Einlegung von Rechtsmitteln gegen den Genehmigungsbeschluss abgelaufen sind. Hierüber erstellt das Gericht ein Rechtskraftzeugnis. Die Richtigkeit dieses Zeugnisses kann der Notar nicht überprüfen. Ist das Zeugnis unrichtig, besteht die Gefahr, dass der Vertrag nicht wirksam wird. Die Parteien vereinbaren, dass nach Möglichkeit – soweit zulässig – sämtliche Erklärungen und Mitteilungen zumindest nach dem tatsächlichen Eintritt der Rechtskraft wirksam werden sollen. Zur Wirksamkeit des Vertrags ist erforderlich, dass der Betreuer dem anderen Vertragsteil die Genehmigung mitteilt.

Der Betreuer beauftragt und bevollmächtigt den Notar wider ruflich,

- die Genehmigung beim Betreuungsgericht nebst einem Rechtskraftzeugnis zu beantragen,
- den Genehmigungsbeschluss samt Rechtskraftzeugnis sowie die Genehmigung für ihn entgegenzunehmen,
- nach Vorliegen des Rechtskraftzeugnisses die Genehmigung dem anderen Vertragsteil mitzuteilen und
- jederzeit beim Betreuungsgericht um Auskünfte und Akteneinsicht zu ersuchen.

Klargestellt wird, dass die Vollmacht nicht zur Entgegennahme eines ablehnenden Beschlusses oder eines Beschlusses unter Auflagen berechtigt.

Der Erwerber beauftragt und bevollmächtigt den Notar wider ruflich, die Mitteilung der Genehmigung für ihn entgegenzunehmen.

Die Beteiligten erteilen dem Notar entsprechende Vollmachten für die Beantragung und Entgegennahme einer gemäß Ziffer ... zu bestellenden Finanzierungsgrundschuld sowie deren Mitteilung an den Finanzierungsgrundschuldgläubiger.

Der Betreuer erklärt, dass ihm keine Umstände bekannt sind, wonach der Kaufpreis nicht dem Wert des Grundstücks entsprechen würde. Es liegt auf seiner Seite auch keine Interessenkollision vor.

Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, regen die Beteiligten beim Betreuungsgericht an, die Bekanntgabe des Beschlusses an den Betreuten und sonstige formell Beteiligte im Wege der förmlichen Zustellung vorzunehmen. Für die Bekanntgabe gegenüber dem Notar als Bevollmächtigtem des Betreuers halten die Parteien die Aufgabe zur Post für ausreichend.

Die Kosten für die Einholung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung sowie etwaige Mehrkosten für den Notar trägt

der Veräußerer. Sollte die betreuungsgerichtliche Genehmigung verweigert werden, trägt die Kosten dieser Urkunde der Veräußerer. Die Kosten für die Finanzierungsgrundschuld trägt jedoch auch in diesem Fall der Erwerber.

## IV. Kaufpreisfälligkeit

Die Vertragsgestaltung muss ein besonderes Augenmerk auf die Kaufpreisfälligkeitsvoraussetzungen legen.

### 1. Genehmigung und Mitteilung

Dass der Genehmigungsbeschluss samt Rechtskraftzeugnis vorliegt und der Notar die Mitteilung der Genehmigung vorgenommen haben muss, damit der Kaufpreis fällig werden kann, liegt auf der Hand.<sup>45</sup>

### 2. Bestätigungen

Viele Muster sehen keine weiteren Sicherungsmechanismen vor. Dies ist nicht unproblematisch. Denn es besteht das Risiko, dass die Genehmigung zwar erteilt wird, eine Mitteilung durch den Notar aber unwirksam ist:

- Wenn es vor der Mitteilung der Genehmigung zu einem Betreuerwechsel kommt, geht die vom früheren Betreuer erteilte Vollmacht ins Leere.<sup>46</sup> Entsprechendes gilt, wenn das Amt des Betreuers wegen dessen Tod endet.<sup>47</sup> Dauert die Betreuung fort, muss der neue Betreuer die Mitteilung selbst vornehmen oder den Notar hierzu bevollmächtigen.<sup>48</sup> Denkbar ist auch, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein weiterer Betreuer mit demselben Aufgabenkreis bestellt wird und beide Betreuer nur noch gemeinsam handeln können (vgl. § 1899 Abs. 3 BGB).
- Die Doppelvollmacht geht ebenso ins Leere, wenn der Betreute vor Mitteilung der Genehmigung verstirbt. Denn mit dem Tod des Betreuten endet auch die Betreuung. Eine etwaige Doppelvollmacht erlischt, weil der Betreuer dem Notar die Vollmacht im eigenen Namen erteilt und eine Mitteilung nur durch den Betreuer erfolgen kann. Nach § 1829 Abs. 3 BGB analog hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung der Erben ab.<sup>49</sup> Eine Mitteilung der Genehmigung durch den Betreuer kommt nur bei nicht fahrlässiger Unkenntnis des Betreuers und des Vertragspartners vom Tod des Betreuten in Betracht (§ 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1893 Abs. 1, § 1698a Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>50</sup>

Es besteht somit ein nicht unerhebliches Risiko, dass zwar der gerichtliche Genehmigungsbeschluss samt Rechtskraftzeugnis vorliegt, wegen des zwischenzeitlichen Versterbens von Betreuer oder Betreutem oder wegen des Verlusts der Betreu-

45 Vgl. nur *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 178.

46 *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 177; DNotI-Report 2009, 145, 151.

47 Vgl. Kersten/Bühling/*Kordel*, Formularbuch Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 97 Rdnr. 33.

48 Vgl. näher hierzu *Weber*, DNotZ 2015, 498, 518 f.

49 *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 400; *Schaal*, notar 2010, 268, 275.

50 *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 400; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 619.

erstellung bzw. Bestellung eines weiteren Betreuers die dem Notar erteilte Doppelvollmacht erloschen ist bzw. nicht mehr ausreicht und damit eine wirksame Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB gar nicht in Betracht kommt.<sup>51</sup> Möglicherweise wissen der Käufer und der Notar im Zeitpunkt der Absendung der Fälligkeitsmitteilung hiervon nichts.

Es bietet sich daher an, eine Bestätigung des Betreuers einzuholen, dass der Betreute noch am Leben ist.<sup>52</sup> Außerdem sollte man sich vergewissern, dass das Betreuungsverfahren fort dauert und der Betreuer den Betreuten vertreten kann. Auch insoweit kann der Betreuer eine Bestätigungserklärung abgeben.

Mit Blick auf die Überprüfung der Fortdauer des Betreuungsverfahrens ist es sicherer, wenn der Notar Einsicht in die Bestätigungsakte nimmt (vgl. § 13 Abs. 1 und 4 FamFG)<sup>53</sup> oder eine Bestätigung vom Betreuungsgericht einholt, nach der keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Betreuer im Zeitpunkt der Mitteilung der Genehmigung das Betreueramt nicht mehr innehatte oder das Betreuungsverfahren beendet war. Eine bloße telefonische Rückfrage beim Betreuungsgericht<sup>54</sup> ist mit Blick auf die Rechtssicherheit nicht unproblematisch. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Beteiligten keinen Anspruch gegen das Betreuungsgericht auf Erteilung einer solchen Information haben, sondern nur ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht.<sup>55</sup> Gleichwohl sind viele Betreuungsgerichte zur Abgabe entsprechender Auskünfte bereit. Zumindest dann, wenn das örtliche Betreuungsgericht entsprechende Bestätigungen erteilt, würde es sich empfehlen, eine entsprechende Bestätigung auch zur Fälligkeitsvoraussetzung zu machen. Die Alternative der Akteneinsicht bietet sich insoweit als Notanker an, erscheint aber als Standardlösung als zu schwerfällig, wenn das zuständige Betreuungsgericht grundsätzlich keine entsprechenden Erklärungen abgibt. In diesem Fall könnte man auch die Erklärung des Betreuers für ausreichend erachten.

Demgegenüber dürfte es nicht genügen, ausschließlich eine Erklärung des Betreuungsgerichts einzuholen und auf eine Er-

klärung des Betreuers zu verzichten. Denn möglicherweise erlangt das Betreuungsgericht vom Tod des Betreuten erst später als der Betreuer Kenntnis. Wenn man sowohl eine Erklärung des Betreuers als auch des Betreuungsgerichts einholt, bietet es sich an, dass sich beide Erklärungen sowohl auf die Fortdauer der Rechtsstellung des Betreuers und seiner Vertretungsmacht als auch auf das Betreuungsverfahren beziehen müssen.

Verliert der Betreuer die Stellung als Betreuer, nachdem der Notar die Genehmigung in seinem Namen an den anderen Vertragsteil mitgeteilt hat, ändert dies an der Wirksamkeit des Vertrags nichts.<sup>56</sup> Der nachträgliche Verlust der gesetzlichen Vertretungsmacht lässt die Wirksamkeit eines vom gesetzlichen Vertreter geschlossenen Vertrags unberührt.<sup>57</sup> Die Rechtslage stellt sich insoweit anders dar als bei Parteien kraft Amts (Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, Nachlassverwalter), bei denen nach traditioneller Auffassung nicht einmal eine analoge Anwendung von § 878 BGB in Betracht kommt, die Partei kraft Amts ihre Stellung also bis zur Vollen- dung des Rechtserwerbs (Eintragung im Grundbuch) behalten haben muss.<sup>58</sup> Weitere Sicherungsvorkehrungen im Zusammenhang mit der Löschung der Aufassungsvormerkung wie bei Parteien kraft Amts<sup>59</sup> sind daher nicht angezeigt.

### 3. Finanzierungsgrundschuld

Hat sich der Verkäufer verpflichtet, an der Finanzierung des Käufers mitzuwirken, steht dem Käufer an sich ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zu, wenn die Genehmigung für die Finanzierungsgrundschuld nicht erteilt wird.<sup>60</sup> Die Gestaltungsliteratur schlägt insoweit vor, besondere Vorsorge- maßnahmen im Rahmen der Kaufpreisfälligkeit zu treffen. Der Kaufpreis dürfe nur fällig werden, wenn auch die Genehmigung für die Finanzierungsgrundschuld vorliege.<sup>61</sup> Richtiger- weise wird man diese Voraussetzung allerdings mit einer Frist verknüpfen müssen, innerhalb derer die Finanzierungsgrund- schuld bestellt worden sein muss.<sup>62</sup> Damit lässt sich verhin- dern, dass der Käufer den Eintritt der Kaufpreisfälligkeit durch bloße Untätigkeit verhindert.

Meines Erachtens sollte daher die Erteilung der Grundschuld- genehmigung als Kaufpreisfälligkeitvoraussetzung entfallen, wenn die Grundschuld nicht innerhalb einer bestimmten Frist

51 Vgl. zu den Konsequenzen der *Bestellung eines neuen Betreuers* für den Vollzug DNotI-Abrufgutachten Nr. 142370: Der neue Betreuer müsste dem Notar eine neue Doppelvollmacht erteilen, auf dessen Grundlage der Notar die Genehmigung dem anderen Vertragsteil nunmehr mitteilen kann. Um gegenüber dem Grundbuchamt den erforderlichen Nachweis zu erbringen (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO), sollte die Erteilung der Doppelvollmacht in unterschrittsbeglaubigter Form erfolgen. Zur Unterschrittsbeglaubigung kann eine beglaubigte Abschrift der Bestallungsurkunde des neuen Betreuers mit dem Vermerk genommen werden, dass diese dem Notar in Urschrift vorlag. Ein beurkundeter Nachtrag ist demgegenüber nicht erforderlich. Beim *Versterben des Betreuten* ist eine unterschritts- beglaubigte Genehmigung der Erben nebst grundbuchtaug- lichem Erbnachweis erforderlich.

52 *Sikora*, in DAI-Skript Intensivseminar Grundstückskaufvertrag, 29. und 30.4.2016, S. 160.

53 LG München I, Beschluss vom 3.9.1970, 16 T 34/70, DNotZ 1971, 702 = MittBayNot 1971, 98; zum eigenen Aktenein- sichtsrecht des Notars nach § 13 Abs. 2 FamFG und einer Ermessensreduzierung auf Null vgl. DNotI-Abrufgutachten Nr. 11374 vom 26.10.2004.

54 So der Vorschlag von *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 178.

55 Vgl. *Keidel/Sternal*, FamFG, § 13 Rdnr. 74.

56 *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 177; *Weber*, DNotZ 2015, 498, 517.

57 BayObLG, Beschluss vom 12.4.1983, BReg. 2 Z 16/82, DNotZ 1983, 752.

58 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 20.8.1998, 2 Z BR 45/98, MittBayNot 1999, 82; OLG Celle, Beschluss vom 21.1.1953, 4 Wx 55/52, NJW 1953, 945; a. A. die h. L., vgl. BeckOGK-BGB/*Kesseler*, Stand: 1.1.2017, § 878 Rdnr. 28.

59 Vgl. hierzu *Mensch*, notar 2014, 384, 386 f.

60 *Sikora*, in DAI-Skript Intensivseminar Grundstückskaufvertrag, 29. und 30.4.2016, S. 165 f.

61 Vgl. BeckOGK-BGB/*Rebhan*, § 1191 Rdnr. 40; *Kölme*, NotBZ 2010, 2, 17; *Kersten/Bühling/Kordel*, Formularbuch Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 97 Rdnr. 44 M. Anders *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176, 178, der insoweit lediglich mit einer bloßen Einrede arbeiten möchte.

62 Vgl. BeckOGK-BGB/*Rebhan*, § 1191 Rdnr. 40; *Litzenburger*, RNotZ 2010, 32, 33; *Weber*, DNotZ 2015, 498, 523 f.

bestellt wird. Die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Finanzierungsgrundschuld und die Finanzierungsvollmacht sollten demgegenüber nicht befristet sein; versäumt es der Käufer, die Grundschuld innerhalb der festgesetzten Frist zu bestellen, wird der Kaufpreis fällig. Der Verkäufer könnte in diesem Fall nach den allgemeinen Vorschriften (§ 323 Abs. 1 BGB) vom Vertrag zurücktreten, wenn der Käufer nicht zahlt. Es ist daher nicht erforderlich, dem Käufer die Möglichkeit zur Bestellung einer Grundschuld zu nehmen, wenn er diese erst zu einem späteren Zeitpunkt bestellt.

Darüber hinaus sollte man darüber nachdenken, dem Erwerber ein Rücktrittsrecht für den Fall einzuräumen, dass der Beschluss über die Genehmigung der Finanzierungsgrundschuld verweigert wird. Dies sollte auch gelten, falls die Grundschuld erst nach Ablauf der Frist bestellt wird. Denn die Genehmigung wäre gleichfalls verweigert worden, wenn die Grundschuld vorher bestellt worden wäre.

#### 4. Formulierungsbeispiel für den Passus zur Kaufpreisfälligkeit und zur Finanzierungsgrundschuld

Eine Formulierung für den Passus zur Kaufpreisfälligkeit könnte wie folgt lauten:<sup>63</sup>

Der Kaufpreis muss innerhalb von zwei Wochen auf dem Konto des Empfängers gutgeschrieben sein, nachdem folgende Voraussetzungen vorliegen:

[...]

- Dem Notar liegt der Beschluss des Betreuungsgerichts über die Genehmigung der in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen nebst Rechtskraftzeugnis in grundbuchtauglicher Form vor; der Notar hat nach diesem Zeitpunkt eine notarielle Eigenurkunde darüber errichtet, dass er die Genehmigung entgegengenommen, diese dem anderen Vertragsteil mitgeteilt und für diesen die Mitteilung entgegengenommen hat.

[...]

- Dem Notar liegt ein entsprechender gerichtlicher Genehmigungsbeschluss für die aufgrund der Finanzierungsvollmacht bestellte Finanzierungsgrundschuld vor; der Notar hat eine Eigenurkunde darüber errichtet, dass er die Genehmigung entgegengenommen hat. Bestellt der Erwerber die Finanzierungsgrundschuld nicht innerhalb von zwei Wochen nach dem heutigen Datum, entfällt diese Fälligkeitsvoraussetzung.
- Dem Notar liegt in Urschrift oder per Fax eine Bestätigung des Betreuers vor, dass er nach seiner Kenntnis im Zeitpunkt der Mitteilung der Genehmigung(en) noch das Amt des Betreuers und die alleinige Vertretungsmacht zum Abschluss dieses Vertrags innehatte und das Betreuungsverfahren nicht beendet war; dem Notar liegt eine entsprechende Bestätigung des Betreuungsgerichts in Urschrift oder per Fax vor; anstelle einer gerichtlichen

Bestätigung genügt es, wenn sich der Notar durch Einsichtnahme in die Betreuungsakten vergewissert hat, dass keine Anhaltspunkte für den Verlust der Rechtsstellung des Betreuers, die Einschränkung seiner Vertretungsmacht und die Beendigung des Betreuungsverfahrens im Zeitpunkt der Mitteilung der Genehmigung(en) bestehen.

Bei der Finanzierungsgrundschuld könnte man die übliche Klausel wie folgt ergänzen:

Wird die Genehmigung für die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld durch rechtskräftigen Beschluss verweigert, kann der Erwerber innerhalb von 14 Tagen, nachdem er von der Verweigerung der Genehmigung Kenntnis erlangt hat, durch originalschriftliche Erklärung gegenüber dem Veräußerer von diesem Vertrag zurücktreten. Dies gilt auch dann, wenn die Genehmigung der Finanzierungsgrundschuld keine Kaufpreisfälligkeit voraussetzt.

#### V. Fazit

Ist an einem Grundstückskaufvertrag auf der Seite des Verkäufers ein Betreuer beteiligt, muss die Vertragsgestaltung mehrere Szenarien für die spätere Abwicklung in den Blick nehmen. Den Notar trifft nicht die Pflicht, die Wirksamkeit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung sicherzustellen. Dies ist Aufgabe des Betreuungsgerichts. Der Notar kann grundsätzlich auf die Richtigkeit eines ihm erteilten Rechtskraftzeugnisses vertrauen. Durch Sicherungsmechanismen kann man die Risiken eines falschen Rechtskraftzeugnisses jedoch minimieren, wenn auch nicht ganz ausschließen.

<sup>63</sup> Ähnlich auch *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 667; *Sikora*, in DAI-Skript Intensivseminar Grundstückskaufvertrag, 29. und 30.4.2016, S. 160.

## BUCHBESPRECHUNGEN

Dirk Eckhardt/Marc Hermanns (Hrsg.):

### Kölnener Handbuch Gesellschaftsrecht

3. Aufl., Carl Heymanns, 2017. 1.530 S., 164 €

Von Notar Dr. **Thomas Kilian**, Aichach

Die angenehm lesbare Neuauflage der Querschnittsdarstellung des Gesellschaftsrechts berücksichtigt die inzwischen ergangene obergerichtliche Rechtsprechung und die erschienene Literatur bis einschließlich 1.6.2016. Wie bisher wird neben den Kernmaterien des Gesellschaftsrechts auch das Umwandlungs-, Vertragskonzern-, Insolvenz- und Steuerrecht beleuchtet. In der dritten Auflage wird das Buch durch ein Kapitel zur Europäischen Aktiengesellschaft ergänzt (S. 620-664). Neu hinzugekommen sind auch Abschnitte zu den Themen „Gesellschaftervereinbarungen“ und den Schnittbereichen des Gesellschaftsrechts mit dem Familien- und Erbrecht. Die Lektüre ergibt, dass diese neuen Kapitel auf den praktischen Erfahrungen der Autoren aufbauen und zahlreiche wertvolle Praxistipps in Form von Formulierungsvorschlägen und gut verwendbaren Mustertexten beinhalten. Dem Werk beigelegt ist eine CD-ROM, womit ein leichter Zugriff auf diese Arbeitshilfen gewährleistet ist. Erwähnenswert ist noch, dass die letzte Erbschaftsteuerreform mit ihrem Diskussionsstand vom 1.7.2016 berücksichtigt ist. Die Endfassung des Reformgesetzes ist aber in der aktualisierten Onlineausgabe des Buches, die auf [www.jurion.de](http://www.jurion.de) abrufbar ist, berücksichtigt. Dem Buch liegt ein Gutschein bei, der eine kostenfreie Nutzung dieser juristischen Datenbank für 90 Tage ermöglicht.

Im Bereich der durch die MoMiG-Reform aufgeworfenen neuen Fragestellungen ist die Darstellung an einigen Stellen im Vergleich zur Voraufgabe verbessert worden. Einige praxiswichtige Stolperfallen bleiben jedoch leider immer noch ausgespart. Als Beispiel kann die Rechtsprechung des OLG München (Beschluss vom 6.7.2010, 31 Wx 112/10, DNotZ 2010, 939, 941) betreffend die Änderung einzelner Passagen des zur Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG verwendeten Musterprotokolls genannt werden. Hiernach ist in diesen Fällen eine in sich widerspruchsfreie neue Fassung des Musterprotokolls zu beschließen (siehe dazu nur die perfekte Darstellung bei *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 218-227). An Stelle eines solchen wichtigen Hinweises legt *Tebben* auch acht Jahre nach dem Inkrafttreten der Reform ausführlich dar, dass das Musterprotokoll nachträglich im Wege eines Gesellschafterbeschlusses geändert werden kann. Dabei handelt es sich inzwischen um eine kaum erwähnenswerte Selbstverständlichkeit.

Auch die Einarbeitung der Rechtsprechung des BGH zur Zwangseinziehung von GmbH-Gesellschaftsanteilen ist nicht

vollständig geglückt. Nach Auffassung des BGH (Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, NZG 2012, 259) ist ein Zwangseinziehungsbeschluss hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils unabhängig von der Zahlung der geschuldeten Abfindung sofort wirksam. Diese Rechtsprechung fand Eingang in das Werk. Das Folgeurteil des BGH (Urteil vom 10.5.2016, II ZR 342/14, NZG 2016, 742, 744) wurde allerdings nicht eingearbeitet. In diesem entschied der Bundesgerichtshof, dass der Einziehungsbeschluss auch dann wirksam ist, wenn bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass es nicht möglich ist, die sofort fällige Abfindung aus freien Mitteln der Gesellschaft ohne Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln zu leisten. Dies überrascht, ist die Entscheidung doch vor dem im Vorwort genannten Stichtag für die Berücksichtigung ergangen.

Gut erörtert wird hingegen die obergerichtlich entwickelte Ausfallhaftung der Gesellschafter für die Abfindungszahlung und die Frage der Disponibilität dieser Haftung. In diesem Zusammenhang rät *Eckhardt* völlig zu Recht zur Vorsicht bei der Gestaltung haftungsbegrenzender Satzungsregelungen. Nicht ganz nachvollziehbar ist jedoch die Einarbeitung der „Haftungslösung“ im anschließenden Mustertext für die Einziehungsklausel. Der Autor schlägt eine Klausel vor, wonach die verbleibenden Gesellschafter gegenüber dem ausscheidenden Gesellschafter für das Einziehungsentgelt gesamtschuldnerisch und wie selbstschuldnerisch haftende Bürgen einzustehen haben. Dies wird vor allem in Fällen von Gesellschaften mit großem Gesellschafterkreis den Erwartungen der verbleibenden Gesellschafter kaum gerecht werden. Dies gilt umso mehr, als eine solche Ausgestaltung der Ausfallhaftung vom BGH (Urteil vom 10.5.2016, II ZR 342/14, NZG 2016, 742) jedenfalls nicht ausdrücklich gefordert wird. Aus Beratersicht wäre es wünschenswert, wenn an dieser Stelle zumindest die Frage aufgeworfen werden würde, ob nicht eine Haftung der Gesellschafter pro rata ihrer Beteiligung sachgerecht und zulässigerweise regelbar ist.

Auch die Fragen, welche der Beschluss des BGH vom 17.12.2013 (II ZB 6/13, BB 2014, 462, 465) betreffend die Einreichung einer Gesellschafterliste, durch den eine Geschäftsanteilsabtretung beurkundenden ausländischen Notar aufwirft, werden nicht genügend durchdrungen. So vermerkt *Bischoff* in einer sehr langen, nicht strukturierten und damit unkomfortabel lesbaren Darstellung (Kapitel 9 Rdnr. 151) die Fragen der Wirksamkeit einer solchen Beurkundung im Ausland und der Listeneinreichungskompetenz des Auslands-

notars. Bei der Lektüre des Abschnitts ergibt sich der Eindruck, dass der Beschluss des BGH im Rahmen der Neuaufgabe zwar in den Text eingeflochten, dabei aber übersehen wurde, dass es sich hier um zwei verschiedene Themenkomplexe handelt. So bleibt die Darstellung der Frage, ob der ausländische Notar die Liste einreichen kann, im Vergleich zur Voraufgabe unverändert und damit nunmehr unrichtig zurück. Völlig unberücksichtigt bleibt das Urteil dagegen bei *Herrmanns*. Er verneint in Kapitel 2 Rdnr. 1033 immer noch pauschal und ohne Problembewusstsein erkennen zu lassen die Frage, ob ein ausländischer Notar zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste nach einer von ihm beurkundeten Anteilsabtretung berechtigt ist. Einen Querverweis zwischen beiden Buchstellen vermisst man leider. Dies ist umso verständlicher, als es sich bei *Herrmanns* um den Co-Herausgeber des Werks handelt. Hier und an vielen anderen Stellen wäre mehr Kohärenz in den Erläuterungen wünschenswert. Ebenfalls überdacht werden sollte, ob der Platz, den die Liste der Vertragsstaaten des Haager Abkommens vom 5.10.1961 (Apostillenabkommen) im Buch einnimmt, eingespart werden könnte. So wichtig diese Konvention für die Praxis auch ist, erscheint doch ein Abdruck nicht mehr zeitgemäß. Er könnte durch eine schlichte Verweisung auf die Homepage des DNotI, die eine stets aktualisierte Online-Tabelle vorhält, ersetzt werden. Den Herausgebern sollte zu denken geben, dass sich allein zwischen Drucklegung des Werks und dessen Erscheinen mindestens drei Änderungen ergeben haben (betreffend Albanien, Brasilien und Chile). Einen viel sinnvolleren Hinweis auf die kommende Europäische Apostillenverordnung (Verordnung (EU) 2016/1191 vom 6.7.2016, ABl. EU 2016 L 200/1) und deren voraussichtliche (Nicht-)Auswirkung auf die Praxis des Gesellschaftsrechts sucht man hingegen vergeblich.

Was das neue Kapitel zu Gesellschaftsbeteiligungen im Familien- und Erbrecht angeht, sind zunächst die zahlreichen und praxistauglichen Formulierungsmuster für Ehe- und Gesellschaftsverträge positiv hervorzuheben. Auch hier fehlt aber leider manchmal der aktuelle Bezug. So werden zwar die Zulässigkeit und Grenzen von Vereinbarungen betreffend die Bewertung von Gesellschaftsbeteiligungen in Eheverträgen erörtert, die vorgeschlagene Klausel (Kapitel 6 Rdnr. 46) nimmt aber nur Bezug auf das vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Düsseldorf veröffentlichte Bewertungsverfahren IDW S1. Der in Abstimmung befindliche neue Standard IDW ES 13 wird hingegen nicht erwähnt, obwohl das literarische Echo auf diese Neuentwicklung groß war (siehe dazu die Nachweise bei Hauschild/Kallrath/Wachter/*Münch*, *Notarhandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2017, § 31 Fn. 183). Der neue Standard geht nämlich anders als das IDW-S1-Verfahren auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Unternehmensbewertung in der Scheidungssituation ein und regelt die Bewertung an den familienrechtlich entscheidenden Stichtagen neu. Zudem nimmt das IDW-ES-13-Verfahren die höchstrichterliche

Rechtsprechung auch insoweit auf, als es für die Bewertung einer Gesellschaftsbeteiligung auf die übertragbare Ertragskraft ankommt und nur ein konkret gerechtfertigter Unternehmerlohn sowie die latente Ertragsteuer zu berücksichtigen sind (Hauschild/Kallrath/Wachter/*Münch*, *Notarhandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 31 Rdnr. 83 ff. m. w. N.). Es wäre wünschenswert, wenn sich der Autor vor einer neuerlichen Auflage des Werks mit diesen aktuellen Entwicklungen auseinandersetzen würde.

Das Werk berücksichtigt den Einfluss des reformierten Insolvenzrechts (i. d. F. d. ESUG = Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011, BGBl. I, S. 2582) auf das GmbH-Recht. Zutreffend erkennt *Bous* die Bedeutung der neuen Regelung des sog. *debt to equity swap* in § 225a Abs. 2 InsO, die das sonst strenge Recht der Kapitalaufbringung aufzuweichen droht (Kapitel 11 Rdnr. 233). Nach dieser Norm ist es möglich, Forderungen eines Gesellschaftsgläubigers im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen unter Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter in Geschäftsanteile an der Gesellschaft umzuwandeln. Die Umsetzung solcher Maßnahmen erfolgt im Insolvenzplanwege, d. h. ohne Gesellschafterbeschluss. Der Autor führt hier sehr pauschal aus, dass durch diese Regelung dem Gläubiger das Bewertungsrisiko, das er außerhalb der Insolvenz als Einleger zu tragen hätte, abgenommen werde. Auch die Frage, wie weit die Fiktion der Form gemäß § 254a Abs. 2 InsO im Registerverfahren reicht und insbesondere auch, ob das Registergericht Werthaltigkeitsnachweise hinsichtlich der eingebrachten/umgewandelten Forderungen verlangen kann, wird nur pauschal angerissen. Der lösungsorientierte Leser bleibt diesbezüglich ohne Erkenntnisgewinn zurück, wenn *Bous* in einem Halbsatz ohne nähere Begründung schreibt, dass „Angaben zum Wert der eingebrachten Forderungen [...] nicht zu verlangen“ sind, während er im nächsten Satz formuliert: „Der Anmeldung sind die üblichen Anlagen beizufügen.“ Der mit dem Vollzug von Insolvenzplanmaßnahmen befasste Notar erwartet hier eine praxismgerechte Darstellung und Anwendungshinweise aus der Praxis des Autors. Gleiches gilt für den praxisfernen Hinweis im Buch, dass es an einer Zuständigkeit des Insolvenzverwalters zur Unterzeichnung der nach einer Kapitalmaßnahme erforderlichen neuen Gesellschafterliste fehlt. Das mag rein vom Gesetzeswortlaut her zutreffend sein, lässt aber den Leser, der einen solchen Fall zu lösen hat, ratlos zurück.

Wie sich aus meinen vorstehenden Ausführungen ergibt, erscheint die Anschaffung des Werks derzeit nicht lohnenswert. Ganz im Gegenteil, vor den Herausgebern liegt noch viel Arbeit, wollen sie es zu einem unverzichtbaren Bestandteil der Notarbibliothek machen.

Lutz Michalski (Begr.)/Andreas Heidinger/Stefan Leible/Jessica Schmidt (Hrsg.):

## Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)

3. Aufl., C. H. Beck, 2017. 4.476 Seiten, 449 €

Von Notar Dr. **Hartmut Wicke**, LL.M. (Stellenbosch), München

Nach dem Tode des vormaligen Alleinherausgebers *Michalski* ist der unter dessen Namen bekannt gewordene GmbH-Kommentar nach sieben Jahren in nunmehr dritter Auflage erschienen. Den aktuellen Herausgebern *Andreas Heidinger*, *Stefan Leible* und *Jessica Schmidt* ist es gelungen, eine Reihe neuer Autoren zu gewinnen, deren Namen aufgrund einschlägiger Veröffentlichungen in der notariellen Praxis bestens bekannt sind, wie etwa *Simon Blath*, *Mario Leitzen*, *Jan Lieder* und *Sebastian Mock*. Infolgedessen wurden sowohl konzeptionell als auch inhaltlich manche neue Akzente gesetzt: Die systematischen Darstellungen, eine Besonderheit des Werks, wurden vertieft und viele Kommentierungen, wie etwa die von *Jessica Schmidt* selbst verfasste zu den §§ 1-3, 4a, 5a GmbHG oder die von *Jan Lieder* zu § 13 GmbHG, wurden weitgehend oder vollständig neu geschrieben. Auf dem nicht gerade kleinen Markt der GmbH-Literatur weist der Kommentar das Alleinstellungsmerkmal auf, das einzige zweibändige Werk zu sein. Mit seinen insgesamt 4.476 Seiten handelt es sich um ein sehr ausführliches Nachschlagewerk, das in der Praxis nur wenige Fragen unbeantwortet lassen wird.

Die zahlreichen Neuerungen aufgrund der Gesetzgebung, wie insbesondere das Gesetz über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen (sehr gründlich kommentiert durch *Giedinghagen* in §§ 36, 52 Abs. 2 GmbHG n. F.) oder die Reform des Abschlussprüferrechts (§§ 86-88 GmbHG n. F.) wurden ebenso berücksichtigt wie

die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Nachzutragen wäre die kurz vor Redaktionsschluss im Januar 2017 erschienene Entscheidung des BGH zur Wahrung der Form des Einschreibens durch Einwurf-Einschreiben (BGH, Urteil vom 27.9.2016, II ZR 299/15, NZG 2016, 1417), die weit über die behandelte Norm des § 21 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hinaus Bedeutung haben dürfte (siehe *Lieder/Bialluch*, NZG 2017, 9; *Büßer*, JA 2017, 530, 532). Nicht mehr berücksichtigt werden konnten die Änderungen zur Gesellschafterliste aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie. Die durch § 40 GmbHG n. F. geforderten zusätzlichen Angaben in der Gesellschafterliste (prozentuale Beteiligung, Registernummer bzw. GbR-Gesellschafter) scheinen in der Praxis allerdings nicht zu nennenswerten Anwendungsproblemen zu führen; in einigen (eher seltenen) Fällen wird die Frage noch genauer zu klären sein, wann die Mitteilungspflicht gegenüber dem Transparenzregister ungeachtet der Aufnahme einer aktuellen Gesellschafterliste im Handelsregister nicht als erfüllt gelten kann (§ 20 Abs. 2, § 22 Abs. 1 GwG).

Es ist zu erwarten, dass das Werk seine renommierte Position auf dem Markt in der dritten Auflage ausbauen wird. Für die notarielle Praxis kann der Kommentar aufgrund seiner wissenschaftlich fundierten und praktisch anschaulichen Ausführungen uneingeschränkt empfohlen werden.

**Christof Münch (Hrsg.):**

## **Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis**

2. Aufl., C. H. Beck, 2016. 1.420 S., 199 €

Von Notar Dr. **Damian Wolfgang Najdecki**, Weiden i. d. OPf.

Mit der zweiten Auflage des Werks „Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis“ soll der umfangreichen Rechtsprechung und Gesetzgebung im Bereich des Familienrechts Rechnung getragen werden. Daher wurde sicherlich von vielen im Familienrecht tätigen Rechtsanwälten und Notaren die zweite Auflage des zu besprechenden Werks mit Spannung erwartet. Beim ersten Blick in das im Verlag C. H. Beck erschienene Werk ist erkennbar, dass der Herausgeber und im Bereich des Familienrechts renommierte Notar Dr. *Christof Münch* erneut eine Vielzahl bekannter Autoren aus der juristischen Praxis als Bearbeiter gewinnen konnte.

Auf über 1.400 Seiten gelingt es den erfahrenen Autoren, das familienrechtliche Fundament darzustellen und zugleich mit Hinweisen und Praxistipps aufzubereiten. Neben umfassenden Gesamtmustern aus den zentralen Bereichen des Familienrechts erleichtern insbesondere die deutlich gekennzeichneten Hinweise und kurzen Formulierungsvorschläge im Text die Bearbeitung von Praxisfällen und familienrechtlichen Problemstellungen.

Bei näherer Durchsicht des nunmehr bereits gewachsenen und ausführlichen Werks im Bereich des Familienrechts wird dem Rechtsanwender deutlich, dass die Bearbeiter den Fokus

neben der wissenschaftlichen Darstellung vornehmlich auf eine praxisrelevante Kommentierung gelegt haben, die auch erfahrenen Juristen neue Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigt. Eine große Hilfe für die notarielle Tätigkeit stellen die Hinweise aus dem Bereich des Steuerrechts und die Darstellungen zum Auslandsbezug dar. Notar Dr. *Arne Everts* gelingt es beispielsweise durch eine strukturierte und übersichtliche Darstellung des deutsch-französischen Wahlgüterstands, dem Rechtsanwender die „Angst“ vor der neuen familienrechtlichen Wahlmöglichkeit zu nehmen und deren Vorteile aufzuzeigen. Erfreulich für alle Notare ist nunmehr auch die Einarbeitung der notariellen Kosten nach dem Gerichts- und Notarkostengesetz, die neben der Formulierung auch die Bewertung erleichtern.

Insgesamt lässt sich anmerken, dass die Darstellung in dem zu besprechenden Werk eine Bereicherung für den juristischen Alltag darstellt und durch eine klare und übersichtliche Präsentation überzeugt. Die Nennung sehr vieler Fundstellen ermöglicht ferner eine ausführliche Auseinandersetzung mit einzelnen rechtlichen Fragestellungen sowohl im theoretischen als auch im praxisnahen Bereich. Das Werk „Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis“ ist auf jeden Fall einem familienrechtlichen Rechtsanwender zu empfehlen.

Franziska Owusu:

## Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB

Duncker & Humblot, 2017. 439 S., 99,90 €

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen

Die von Prof. Dr. *Olaf Reidt* betreute und von der Humboldt Universität, Berlin, angenommene Dissertation behandelt ein für die Abwicklungsphase von städtebaulichen Verträgen wichtiges Thema. Es geht letztlich um die auch bei kooperativen Handlungsformen im Städtebaurecht bestehenden Interessen des gewinnorientiert handelnden Investors einerseits und der Verantwortung der Gemeinde als Planungshoheitsträgerin für eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung (§ 1 Abs. 5 BauGB) andererseits (allg. hierzu *Busse/Dirnberger*, Gemeinde und Investor, 2011, S. 32 f.).

Die Verfasserin behandelt das Thema ihrer Arbeit nach einer kurzen historischen, begrifflichen sowie verfassungsrechtlichen Einführung in drei Kapiteln. Dabei geht es um die Leistungspflichten des Vertragspartners der Kommune, nachdem dessen Interesse an einer bindenden Planaufstellungsverpflichtung nicht sicherbar ist (§ 1 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB). Die Autorin befasst sich mit Zahlungsverpflichtungen (z. B. Folgekosten), der Durchführung städtebaulicher Maßnahmen (z. B. der Herstellung von Erschließungsanlagen, Baupflichten), (Selbst-)Nutzungspflichten (z. B. Eigennutzung, sozialer Wohnungsbau), der Übereignung von Grundstücksflächen, der Unterlassung bestimmter Nutzungen (z. B. Verbot des Dauerwohnens, der landwirtschaftlichen Nutzung bei Ausgleichsmaßnahmen, der Verwendung fossiler Brennstoffe) sowie Duldungen (z. B. gemeindliche Leitungen). Im folgenden Kapitel werden das Interesse der Gemeinde an einer effektiven Sicherung sowie auch die Frage einer möglichen Sicherungspflicht behandelt. Der Gesetzgeber hat einzelne Verpflichtungen, z. B. die Rückbaupflicht im Außenbereich (§ 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB) und für Windenergieanlagen (§ 249 Abs. 2 Satz 2 BauGB), ansatzweise geregelt. Eine generelle gesetzliche Sicherungspflicht ergibt sich aus § 11 BauGB jedoch nicht (S. 117). § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB deutet eine Prü-

fungspflicht der Gemeinde hinsichtlich der Bereitschaft und der Fähigkeit des Investors in Bezug auf sein Vorhaben und die erforderlichen Erschließungsmaßnahmen zumindest an. Entscheidend ist, ob sich ein Verzicht auf Sicherungsmittel mittelbar, d. h. wirtschaftlich, als „Vertrag zulasten Dritter“ auswirkt. Dies betrifft einzelne Grundstückseigentümer und Käufer von Immobilien, die bei der Nichtdurchführung von Erschließungsmaßnahmen durch den Erschließungsträger von der Gemeinde zu Beiträgen herangezogen werden. Bei Baulandmodellen werden abgelehnte (ehrliche) Konkurrenten benachteiligt (vgl. *Simon/Gleich*, BayGT 2017, 258, 264), während es bei der Nichtzahlung von Folgekosten die Allgemeinheit ist, die „einspringen“ muss. Die Verfasserin stellt in diesem Zusammenhang auch Überlegungen zur Einführung einer gesetzlichen Sicherungspflicht an und kommt zu dem Ergebnis, dass sich das Sicherheitsbedürfnis nicht auf im öffentlichen Interesse stehende Leistungen beschränkt. Sodann wird geprüft, ob Sicherungsmittel, die entsprechend ihren Sicherungszwecken in repressive Erfüllungssicherheiten und präventive Sicherheiten eingeteilt werden, nur entsprechend der Rechtsnatur der Leistungen eingesetzt werden können. Schließlich werden die Grenzen und Möglichkeiten zur effektiveren Sicherung untersucht. Schwerpunktmäßig erfolgt dies an den Beispielen des Ausgleichs von naturschutzrechtlichen Eingriffen und von Einheimischenmodellen.

Die Ausführungen sind in sich schlüssig, sie geben auch für die Vertragsgestaltung hilfreiche Hinweise. Trotz der sorgfältigen Analyse der Verfasserin bleibt das Thema weiterhin spannend. Von Interesse sind insbesondere die weiteren Zusammenhänge, beispielsweise die Notwendigkeit einer Ausschreibungspflicht aufgrund der Vereinbarung eines Wohnungsbesetzungsrechts oder einer Baupflicht. Die Dissertation bietet auch hierfür wertvolle Ansätze.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Unterwerfungserklärung über Wohnraummiete

BGH, Urteil vom 14.6.2017, VIII ZR 76/16 (Vorinstanz: LG Berlin, Urteil vom 22.2.2016, 18 S 157/15)

BGB § 138 Abs. 1 und 2, §§ 232, 307 Abs. 1 und 2, § 535 Abs. 2, §§ 549, 551 Abs. 1 und 4, § 812 Abs. 1 Satz 1 ZPO § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3, §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, § 797

##### LEITSATZ:

Bei einer notariell beurkundeten Unterwerfung des Mieters unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der laufenden Mieten (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) handelt es sich nicht um eine Sicherheit im Sinne von § 551 Abs. 1 und 4, § 232 BGB. Der Umstand, dass der Wohnraummieter bereits eine Kautionsleistung von drei Monatsmieten geleistet hat, führt daher nicht zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung.

##### HINWEIS DER SCHRIFTLEITUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2017, 850.

#### 2. Keine dingliche Wirkung bewilligter aber nicht zur Eintragung beantragter Sondernutzungsrechte

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.6.2017, I-3 Wx 46/17

GBO §§ 16, 19, 29 Abs. 1 Satz 2  
WEG § 7 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 3, § 15 Abs. 1

##### LEITSATZ:

Räumt die notarielle Teilungserklärung dem jeweiligen Eigentümer einer Wohnungseigentumsseinheit das Recht ein, näher bezeichnete nicht überbaute Teile des Grundbesitzes allein – unter Ausschluss sämtlicher übrigen Miteigentümer – als Kfz-Stellplatz zu nutzen, wird eine entsprechende Eintragung in die betroffenen Grundbücher bewilligt und beantragt, soll die Eintragung in die Grundbücher nur auf gesondertes Ersuchen an den amtierenden Notar erfolgen und reicht der Notar die notarielle Urkunde zum Vollzug ein, mit dem Bemerkung, die in der Urkunde bewilligte Einräumung von Sondernutzungsrechten werde „nicht zur Eintragung beantragt“, so müssen

nachfolgende Eigentümer und sonstige dinglich Berechtigte das ungebuchte Sondernutzungsrecht nicht gegen sich gelten lassen, mit der Folge, dass zur Eintragung nunmehr auch deren Bewilligung erforderlich ist.

#### 3. Keine Eintragungsfähigkeit offenkundig unzulässiger Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung

OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2016, 15 W 590/15

BGB §§ 134, 138, 242  
WEG §§ 8, 10 Abs. 2 Satz 2, § 27 Abs. 3 Nr. 7, § 43

##### LEITSATZ:

Zur Eintragungsfähigkeit von Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung über die Ermächtigung des Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners zur Wahrnehmung der Rechte aus dem Wohnungseigentum, Wirksamkeit von Zustellung an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Anschrift, Ermächtigung des bisherigen Wohnungseigentümers zur Wahrnehmung der Rechte bis zum Nachweis des Eigentumswechsels durch öffentliche Urkunden, Bevollmächtigung des Verwalters zum Erwerb von Wohnungs- bzw. Teileigentum innerhalb und außerhalb der Gemeinschaft.

##### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten sind in Erbengemeinschaft eingetragene Eigentümer des genannten Grundbesitzes. Mit notariell beurkundeter Teilungserklärung vom 26.3.2015 haben die Beteiligten den Grundbesitz in zwei Wohnungseigentumsanteile zu je 50/100 aufgeteilt und sich in dem Erbauseinandersetzungsvertrag vom gleichen Tage dahin auseinandergesetzt, dass beide jeweils einen der Wohnungseigentumsanteile zu Alleineigentum erhalten sollen.

2 Die Teilungserklärung enthält unter Abschnitt III („Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums, Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, Verwaltung“) unter anderem folgende Regelungen:

§ 3 Nr. 2

„Sind Ehegatten oder Lebenspartner nach dem LPartG an einem Wohnungseigentum beteiligt, so sind diese gegenseitig ermächtigt, alle aus dem Wohnungseigentum herrührende Rechte wahrzunehmen, insbesondere auch Zustellungen entgegenzunehmen.“

§ 3 Nr. 3

„Zustellungen sind stets wirksam, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse erfolgen.“

§ 3 Nr. 4

„Wechseln die Inhaber eines Wohnungseigentums auf andere Weise als durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung, so gilt der bisherige Wohnungseigentümer so lange als ermächtigt, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen und insbesondere auch Zustellungen entgegenzunehmen, bis dem Verwalter der Eigentumswechsel durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist.“

§ 12 Nr. 4

„Der Verwalter ist auch berechtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

1. Wohnungs- und Teileigentum innerhalb der Gemeinschaft zu erwerben;

2. Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben.

Im Innenverhältnis bedürfen Maßnahmen nach Ziffer 1 und 2 eines vorherigen Beschlusses der Eigentümerversammlung. Das Grundbuchamt ist insoweit von jeder Prüfungspflicht befreit.“

**3** Nach Abschnitt IV der Teilungserklärung sollen die Vereinbarungen nach Abschnitt III zum Inhalt des Sondereigentums gemacht und mit dinglicher Wirkung in das Grundbuch eingetragen werden.

**4** Der Notar hat die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum nebst Eintragung von Sondernutzungsrechten aufgrund der Teilungserklärung sowie die Eigentumsumschreibung in den neu zu gründenden Wohnungseigentumsbüchern beantragt.

**5** Mit Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt dem Urkundsnotar mitgeteilt, dass seinen Anträgen noch nicht entsprochen werden könne. Der mit dinglicher Wirkung einzutragende Inhalt des Sondereigentums entspreche in Teilen nicht den Maßstäben des § 242 BGB, weil er die Rechte der Wohnungseigentümer bzw. der zukünftigen Erwerber des Wohnungseigentums zu weitgehend einschränke:

Die in § 3 Nr. 2 erteilte Ermächtigung an den Ehegatten oder Lebenspartner, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen und insbesondere Zustellungen entgegenzunehmen, stelle eine mit dem Zweck des WEG nicht mehr vereinbare Eigentumsbeschränkung dar.

Die in § 3 Nr. 3 getroffene Regelung, dass Zustellungen stets wirksam seien, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse erfolgen, berge die Gefahr, dass dem Empfänger das Recht auf Information genommen werde und er keine Kenntnis von eventuellen Verpflichtungen erhalte. Damit würden die Persönlichkeitsrechte des Empfängers zu stark eingeschränkt.

Mit § 3 Nr. 4, wonach der bisherige Wohnungseigentümer bis zum Nachweis des Eigentumswechsels durch öffentliche Urkunden so lange als ermächtigt gelte, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, würden die Rechte des Erwerbers zu stark eingeschränkt.

**6** Auch mit der in § 12 Nr. 4 eingeräumten Berechtigung des Verwalters, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben, würden die Rechte der Eigentümer in einer mit dem Zweck des WEG nicht vereinbaren Weise eingeschränkt. Für die Zulässigkeit einer solchen Regelung sei erforderlich, dass der Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum oder Grundbesitz außerhalb der Gemeinschaft eine genau beschriebene Sachnähe zur Wohnungseigentumsanlage aufweise.

**7** Das Grundbuchamt hat danach die entsprechenden Regelungen für nicht eintragungsfähig erachtet und dem Urkundsnotar eine Frist zur entsprechenden teilweisen Antragsrücknahme oder Vorlage einer Änderung der Teilungserklärung durch die Eigentümer gesetzt. Nach Ablauf dieser Frist hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum nebst Eintragung der Sondernutzungsrechte sowie die Eintragung der Eigentumsumschreibung durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

**8** Hiergegen richtet sich die Beschwerde, die der Notar für die Beteiligten eingelegt hat. Das AG – Grundbuchamt – hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

**10** Das Grundbuchamt hat den Anträgen der Beteiligten auf Eintragung der Aufteilung in Wohnungseigentum nebst Sondernutzungsrechten und Eigentumsumschreibung vom 16.4.2015 zu Recht zurückgewiesen. Zwar durfte das Grundbuchamt die beantragten Eintragungen nicht wegen Unwirksamkeit der in Abschnitt III § 3 Nr. 3 und § 12 Nr. 4 der Teilungserklärung vom 26.3.2015 enthaltenen Regelungen ablehnen, weil im Rahmen der im Grundbuchverfahren vor-

zunehmenden Prüfung insoweit keine Unwirksamkeit dieser Regelungen festzustellen ist. Etwas anderes gilt jedoch für die unter Abschnitt III § 3 Nr. 2 und Nr. 4 gefassten Regelungen. Diese sind wegen Verstoßes gegen zwingende gesetzliche Vorschriften unwirksam. Aus diesem Grund durfte die Eintragung insgesamt nicht vorgenommen werden (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, Anh. zu § 3 Rdnr. 25).

**11** Das Grundbuchamt, das mit dem Antrag auf Eintragung einer Teilungserklärung in das Grundbuch befasst ist, hat nach allgemeiner Meinung (nur) zu prüfen, ob eine in der Teilungserklärung enthaltene Vereinbarungsregelung gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt. In diesem Fall würde nämlich das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig; dabei darf das Grundbuchamt nicht mitwirken. Als Prüfungsmaßstab kommen insbesondere die §§ 134, 138 BGB sowie § 242 BGB in Betracht (OLG Zweibrücken, MittBayNot 1994, 44; BayObLG, ZMR 1997, 369 = Rpfleger 1997, 375; *Demharter*, GBO, Anh. zu § 3 Rdnr. 25; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2815). Dabei ist es jedoch keinesfalls Aufgabe des Grundbuchamts zu erforschen, ob die Interessen der Wohnungseigentümer in gebührendem Maße berücksichtigt sind oder ob die Rechtsstellung der Wohnungseigentümer in unangemessener Weise ausgehöhlt wird (OLG Düsseldorf, DNotZ 1973, 552). Das Grundbuchamt darf daher die Eintragung nur ablehnen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde; bloße Zweifel genügen nicht (*Demharter*, GBO, Anh. zu § 13 Rdnr. 25). Sofern die Prüfung, wie insbesondere eine solche anhand des § 242 BGB, eine wertende Beurteilung unter Berücksichtigung aller Umstände erfordert, ist das Grundbuchamt dazu wegen der Beweismittelbeschränkung im Eintragungsverfahren in der Regel nicht in der Lage; alsdann muss es die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit einer Vereinbarung dem Richter im Verfahren nach § 43 WEG überlassen (OLG Stuttgart, MittBayNot 2013, 306 f.; OLG Düsseldorf, DNotZ 1973, 552; BayObLG, ZMR 1997, 369 = Rpfleger 1997, 375; *Demharter*, GBO, Anh. zu § 3 Rdnr. 25).

**12** Der unter Berücksichtigung dieser Grundsätze vom Grundbuchamt vorzunehmenden Prüfung halten im vorliegenden Fall die Bestimmungen in Abschnitt III § 3 Nr. 3 sowie § 12 Nr. 4 der Teilungserklärung stand. Diese Regelungen verstießen weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), noch ergibt sich die Unwirksamkeit aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Demgegenüber sind die Regelungen in § 3 Nr. 2 und Nr. 4 zweifelsfrei unwirksam.

**13** 1. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist die Regelung in § 3 Nr. 3 der Teilungserklärung nicht offenbar unzulässig.

**14** Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander durch Vereinbarung regeln. Zulässig sind Vereinbarungen jeder Art, sofern sie nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Anders als für die dingliche Aufteilung besteht für die Gemeinschaftsordnung weitgehend Gestaltungsfreiheit. Die in § 10 Abs. 2 WEG zum Ausdruck kommende Dispositionsbefugnis in Bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer beinhaltet die Möglichkeit, durch Vereinba-

rungen auf mit dem Wohnungseigentum verbundene Rechte zu verzichten. Ihre Grenze findet die Autonomie der Wohnungseigentümer dort, wo die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung eines Wohnungseigentümers völlig ausgehöhlt wird (BeckOK-BGB/Hügel, § 10 WEG Rdnr. 32) oder die Regelung mit den Grundprinzipien des Wohnungseigentums unvereinbar ist (jurisPK-BGB/Lafontaine, § 10 WEG Rdnr. 78).

**15** Im gegebenen Fall kann nicht festgestellt werden, dass die Regelung in § 3 Nr. 3 der Teilungserklärung, wonach Zustellungen stets wirksam sind, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilten Adresse erfolgen, offenbar grob unbillig ist und offensichtlich die sich aus dem BGB ergebenden allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet (§ 242 BGB). Nach Wortlaut und Kontext erfasst die Regelung nur Zustellungen, die von dem Verwalter an den jeweiligen Wohnungseigentümer vorgenommen werden. Es begegnet keinen Bedenken, für diese Zustellungen, die ausschließlich Angelegenheiten der Wohnungseigentümer untereinander betreffen können, eine Zugangsfiktion zu vereinbaren. Bei der im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB vorzunehmenden Abwägung der verschiedenen Interessen überwiegt das dringende praktische Bedürfnis. Gerade bei einem größeren Kreis von Wohnungseigentümern muss damit gerechnet werden, dass Wohnsitzwechsel stattfinden, die nicht angezeigt werden. Insbesondere für den praktisch bedeutsamen Fall der Einberufung von Wohnungseigentümerversammlungen kann dies zu unangemessenen Schwierigkeiten und ggf. auch zu Einberufungsmängeln führen, die die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der in der Versammlung getroffenen Beschlüsse begründen. Es sprechen danach dringende Gründe der Praktikabilität dafür, im Fall einer nicht angezeigten Adressenänderung nicht auf den Zugang einer Einladung, sondern deren Absendung abzustellen. Dadurch wird der einzelne Wohnungseigentümer auch nicht unangemessen benachteiligt. Denn es steht ihm frei, durch Mitteilung einer Anschriftenänderung für eine ordnungsgemäße Zustellung Sorge zu tragen und seinem Informationsinteresse Geltung zu verschaffen. Die Vereinbarung einer Zugangsfiktion für den Fall der Einberufung der Eigentümerversammlung wird daher in Rechtsprechung und Literatur für zulässig erachtet (OLGR Hamburg 2007, 678 f.; LG Magdeburg, Rpfleger 1997, 306 f.; Basty, MittBayNot 1996, 421 f.). Gründe, dies für die übrigen vom Verwalter vorzunehmenden Zustellungen abweichend zu beurteilen, sind nicht ersichtlich.

**16 2.** Auch die Regelung in § 12 Nr. 4 der Teilungserklärung ist nicht offenbar unzulässig. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes besteht keine Unvereinbarkeit mit Grundprinzipien des Wohnungseigentums, auch soweit darin die Berechtigung des Verwalters begründet wird, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben. Eine solche Ermächtigung kann dem Verwalter zulässigerweise nach § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG im Wege einer Vereinbarung in der Teilungserklärung nach § 8 WEG erteilt werden.

**17** Gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG kann der Verwalter durch Vereinbarung zu weiteren Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen ermächtigt werden. Der Wortlaut sieht keine Begrenzung vor. Dem Verwalter kann deshalb sogar eine „Generalvollmacht“ für die Gemeinschaft erteilt werden (Jennißen/

Heinemann, WEG, 5. Aufl. 2017, § 27 Rdnr. 117; Hügel, DNotZ 2007, 326, 357; Bärmann/Merle/Becker, WEG, 13. Aufl. 2015, § 27 Rdnr. 268). Damit bestehen keine Bedenken, ihm auch die Ermächtigung zum Erwerb von Teil- oder Wohnungseigentum innerhalb der Gemeinschaftsanlage oder auch eines Grundstücks außerhalb der Gemeinschaft zu erteilen. Denn wie der Senat bereits in seinen Entscheidungen vom 20.10.2009 (DNotZ 2010, 130 ff.) und vom 4.5.2010 (WuM 2010, 441 f.) entschieden hat, folgt aus der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentumsgemeinschaft deren Berechtigung zum Erwerb von Grundeigentum innerhalb und außerhalb der Anlage. Daraus folgt, dass die Gemeinschaft auch ihren Verwalter in diesem Umfang ermächtigen kann und darf. Die Einräumung einer solchen Ermächtigung stellt sich nicht – wie das Grundbuchamt gemeint hat – als Aushöhlung der höchstpersönlichen Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer dar. Die notwendige Legitimation der jeweiligen Maßnahme im Einzelfall wird dadurch gewährleistet, dass die Einzelmaßnahme im Innenverhältnis eines vorherigen Beschlusses der Eigentümerversammlung bedarf.

**18** Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist es auch nicht erforderlich, die Ermächtigung zu einem Hinzuerwerb von Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft zu beschränken auf Fälle einer genau beschriebenen Sachnähe zur Wohnungseigentumsanlage. Richtig ist zwar, dass eine so eingeräumte Vertretungsmacht des Verwalters wegen der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft nur Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfasst (vgl. BT-Drucks. 16/3843, S. 27; OLG Hamm, DNotZ 2010, 130 ff.; WuM 2010, 441 f.; Spielbauer/Then/T. Spielbauer, WEG, § 27 Rdnr. 42; a. A. Bärmann/Merle/Becker, WEG, 13. Aufl. 2015, § 27 Rdnr. 268). Dies folgt aus der insoweit beschränkten Entscheidungskompetenz des nur teilrechtsfähigen Verbandes. Bei verständiger Auslegung ist die in Rede stehende Regelung in der Teilungserklärung aber in dem Sinne auszulegen, dass sich die Ermächtigung des Verwalters zum Hinzuerwerb von Grundbesitz nur auf die Angelegenheiten bezieht, die im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgen. Bei diesem Verständnis ist die in Rede stehende Vereinbarung ohne ausdrückliche Einschränkung von der Entscheidungskompetenz der Gemeinschaft gedeckt.

**19 3.** Demgegenüber ist die Regelung in § 3 Nr. 2 der Teilungserklärung offensichtlich unwirksam. Die darin erklärte Ermächtigung an den am Wohnungseigentum beteiligten Ehegatten oder Lebenspartner nach dem LPartG, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, insbesondere auch Zustellungen entgegenzunehmen, ist in dieser Form zu weitgehend gefasst. Denn in dieser nicht eingeschränkten Form läuft die Ermächtigung auf eine Blankovollmacht hinaus, die sämtliche sachenrechtliche Eigentumsrechte, Mitgliedschaftsrechte und gemeinschaftsbezogene Drittrechte erfasst. Die Vereinbarung einer solchen umfassenden Ausübungsermächtigung mit dinglicher Wirkung auch für den Sonderrechtsnachfolger ist mit den Grundprinzipien des Wohnungseigentums nicht mehr vereinbar und danach offensichtlich nichtig.

**20 4.** Offensichtlich unzulässig ist schließlich die in § 3 Nr. 4 der Teilungserklärung enthaltene Vereinbarung, wonach bei

einem Wechsel der Inhaberschaft eines Wohnungseigentums der bisherige Wohnungseigentümer so lange als ermächtigt gilt, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, bis dem Verwalter der Eigentumswechsel durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Die Vereinbarung setzt sich in nicht zulässiger Weise über den Eigentumswechsel hinweg und verletzt den neuen Eigentümer in seinen Eigentumsrechten und führt zur Aushöhlung seiner sachenrechtlichen Eigentumsrechte ebenso wie seiner personenrechtlichen Gemeinschaftsstellung. In dieser uneingeschränkten Form ist sie offensichtlich unwirksam.

21 Da die Teilungserklärung danach Regelungen enthält, die offenkundig unzulässig sind, ist sie in ihrer derzeitigen Form insgesamt nicht eintragungsfähig. Nachdem die Beteiligten eine Änderung der Teilungserklärung in der vom Grundbuchamt gesetzten Frist nicht vorgenommen haben, musste das Grundbuchamt die Anträge auf Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum sowie auf Eigentumsumschreibung in die neu angelegten Wohnungsgrundbücher zurückweisen. Dies ist die verfahrensrechtliche Konsequenz daraus, dass der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die der Antragszurückweisung vorausgegangenen Zwischenverfügungen nicht mit der Beschwerde angegriffen hat, obwohl dies zulässig gewesen wäre. Im Beschwerdeverfahren gegen eine Zwischenverfügung bildet jede erhobene Beanstandung einen selbstständigen Verfahrensgegenstand, sodass in diesem Rahmen die Beschwerde zu einem Teilerfolg mit einer für die Beteiligten günstigeren Kostenfolge für die ohnehin nur nach GNotKG KV Nr. 19116 zu erhebende Festgebühr hätte führen müssen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarin Dr. **Anja Gerono**, Bamberg

Großen Erkenntnisgewinn liefert die Entscheidung des OLG Hamm nicht. Sie ruft die Grenzen in Erinnerung, die Wohnungseigentümer bei der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung beachten müssen, und knüpft an seine bisherige Rechtsprechung zu den Grenzen für Verwaltungsvollmachten nach § 27 Abs. 3 Nr. 6 WEG an. Das OLG Hamm betrachtet nacheinander die vier vom Grundbuchamt beanstandeten Regelungen der Gemeinschaftsordnung. Zwei erklärt es für unvereinbar mit den Grundprinzipien des WEG, begründet dies aber allenfalls oberflächlich.

#### 1. Grenzen bei der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung

Die Wohnungseigentümer genießen bei der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung Privatautonomie, „soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist“ (§ 10 Abs. 2 Satz 2 a. E. WEG), so etwa in den zwingenden Vorschriften des WEG oder in allgemeinen Grundsätzen, vor allem denen der §§ 134, 138, 242 BGB.<sup>1</sup> Die Gestaltungsfreiheit für Gemeinschaftsordnungen endet dort, wo in den Kernbereich von

1 BGH, Beschluss vom 24.2.1994, V ZB 43/93, MittBayNot 1994, 219; BGH, Beschluss vom 11.11.1986, V ZB 1/86, DNotZ 1988, 24.

Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer eingegriffen bzw. die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer ausgehöhlt wird.<sup>2</sup> Die Einhaltung dieser Grenzen hat grundsätzlich auch das Grundbuchamt zu prüfen. Aufgrund der Beweismittelbeschränkung im Eintragungsverfahren darf das Grundbuchamt die Eintragung aber nur ablehnen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde; bloße Zweifel genügen nicht. Diese allgemeinen Grundsätze gibt das OLG Hamm mit seiner Entscheidung zutreffend wieder.<sup>3</sup>

#### 2. Fiktion des Zugangs bei Zustellungen an die zuletzt mitgeteilte Adresse

Die dargelegten Grenzen werden nach Auffassung des OLG Hamm gewahrt, wenn die Gemeinschaftsordnung den Zugang bei Zustellungen an die letzte mitgeteilte Adresse fingiert. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings geht die Begründung des Gerichts, gerade bei größeren Eigentümergemeinschaften spreche ein praktisches Bedürfnis für eine solche Regelung, am konkreten Sachverhalt vorbei. Schließlich handelte es sich bei der beanstandeten Gemeinschaftsordnung um eine für ein Objekt mit nur zwei Einheiten.

#### 3. Vollmacht für Verwalter, Grundbesitz auch außerhalb der Gemeinschaft zu erwerben

Etwas ausführlicher setzt sich das OLG Hamm mit der Frage auseinander, ob eine Vollmacht zulässig ist, nach der der Verwalter auch Wohnungs- und Teileigentum außerhalb der Gemeinschaft erwerben kann. In Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung<sup>4</sup> und der des OLG Frankfurt<sup>5</sup> vertritt es die Auffassung, dass sich die Vollmacht nur auf Angelegenheiten beziehen könne, die mit dem Wohnungseigentum zusammenhängen.<sup>6</sup> Andernfalls sei die Vollmacht „wegen Verstoßes gegen die unabänderlichen Strukturprinzipien des Wohnungseigentumsrechts unzulässig und unwirksam“.<sup>7</sup> Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Wortlaut des § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG („sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen“) stellt anders als der § 27 Abs. 3 Nr. 1 bis 6 WEG gerade keinen Bezug zu Verwaltungsmaßnahmen her. Die Vorschrift lässt im Gegenteil keine Einschränkung für die Reichweite der Vollmacht erkennen.

2 BGH, Beschluss vom 11.11.1986, V ZB 1/86, DNotZ 1988, 24, 25.

3 Auch wenn auf die Frage, ob die §§ 305 ff. BGB auf die Gemeinschaftsordnung anwendbar sind, nicht eingegangen wird. Die Frage ist vom BGH bisher offen gelassen worden, vgl. etwa BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, MittBayNot 2012, 380. In der Literatur wird sie zumeist verneint, vgl. etwa Bärman/Seuß/Schneider, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2013, A 212.

4 OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2009, I-15 Wx 81/09, DNotZ 2010, 130.

5 OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.11.2014, 20 W 241/14, NZM 2015, 457.

6 Ebenso BeckOGK/Greiner, WEG, Stand: 1.3.2017; § 27 Rdnr. 99.

7 OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.11.2014, 20 W 241/14, NZM 2015, 457 (2. Leitsatz).

Die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft ist auch nicht per se auf Angelegenheiten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums beschränkt. Anders als vom OLG Hamm vertreten, ist damit davon auszugehen, dass die Vollmacht des Verwalters nach außen hin unbeschränkt sein und damit der eines Vereinsvorstands oder GmbH-Geschäftsführers entsprechen kann.<sup>8</sup> Nur ist sie dann keine organschaftliche, sondern eine rechtsgeschäftliche Vollmacht.

Da nun die Gemeinschaftsordnung keine ausdrückliche Einschränkung der Vollmacht enthält, interpretiert das OLG diese hinein, lässt aber offen, wie das Grundbuchamt mit seinen beschränkten Beweismitteln im Einzelfall prüfen soll, ob sich der Erwerb von Grundbesitz außerhalb der Gemeinschaft noch „auf die Angelegenheiten bezieht, die im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgen“<sup>9</sup>.

#### 4. Ermächtigung des Ehegatten, alle Rechte aus dem Wohnungseigentum wahrzunehmen

Die Ermächtigung des Ehegatten/Lebenspartners, alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, hält das OLG hingegen für unzulässig, da eine solche Blankovollmacht mit dinglicher Wirkung auch für den Sonderrechtsnachfolger mit den Grundprinzipien des Wohnungseigentums unvereinbar sei. Woher diese Unvereinbarkeit rühren soll, teilt das OLG Hamm leider nicht mit. Dabei drängt sich die Frage auf, warum hier anders als bei der Zustellung an die zuletzt mitgeteilte Adresse kein praktisches Bedürfnis bestehe, warum es Ehegatten/Lebenspartnern also hier nicht zumutbar sein sollte, dem Verwalter etwas anderes mitzuteilen und warum hier – anders als bei der Vollmacht an den Verwalter – keine einschränkende Auslegung in Betracht kommt.

#### 5. Ermächtigung des früheren Wohnungseigentümers, alle Rechte aus dem Wohnungseigentum wahrzunehmen

Gleichzeitig lehnt das OLG auch eine Ermächtigung des bisherigen Wohnungseigentümers ab, so lange alle aus dem Wohnungseigentum herrührenden Rechte wahrzunehmen, bis dem Verwalter der Eigentumswechsel nachgewiesen ist. Dabei sprechen auch hierfür praktische Gründe. Dem neuen Eigentümer steht es frei, den Eigentumswechsel anzuzeigen, um die „Aushöhlung seiner sachenrechtlichen Eigentumsrechte ebenso wie seiner personenrechtlichen Gemeinschaftsstellung“<sup>10</sup> zu unterbinden. Allenfalls kann man darüber nachdenken, ob es tatsächlich einer öffentlichen Urkunde bedarf, um den Eigentumswechsel anzuzeigen, oder ob nicht auch eine weniger strenge Form ausreicht. Mit der vom OLG vorgetragenen Begründung kann zumindest ich keinen Verstoß gegen die Grundprinzipien des Wohnungseigentumsrechts erkennen.

8 Ebenso Bärmann/Merle/Becker, WEG, 13. Aufl. 2015, § 27 Rdnr. 268; BeckOK-BGB/Hügel, § 27 WEG Rdnr. 25; Suilmann, ZWE 2008, 113, 115.

9 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

10 Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung.

## 4. Keine Schenkung in Gestalt des Verzichts auf ein Rückforderungsrecht im Grundstücksübergabevertrag

OLG München, Urteil vom 23.11.2016, 20 U 2998/16

BGB §§ 516, 517 Alt. 2, § 528 Abs. 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1

SGB XII § 93 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Ist in einem Grundstücksübergabevertrag eine bedingte und durch Vormerkung gesicherte Rückübertragungsverpflichtung des Erwerbers für den Fall vorgesehen, dass er ohne Zustimmung des Veräußerers über den Grundbesitz verfügt, einem Insolvenzverfahren unterliegt oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Vertragsbesitz eingeleitet werden, und haben die Beteiligten später diesen Rückübertragungsanspruch aufgehoben und die Löschung der Vormerkung beantragt und bewilligt, so stellt dieser spätere Verzicht auf das Rückforderungsrecht nach § 517 Alt. 2 BGB keine Schenkung im Rechtssinne dar.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte als Sozialhilfeträger vom Kläger mit Recht einen auf sich übergeleiteten Anspruch gemäß § 528 Abs. 1 BGB geltend gemacht hat.

2 Der Kläger ist der Sohn der am 26.12.2014 verstorbenen S. Diese befand sich ab dem 1.9.2012 in einem Seniorenzentrum. Der Beklagte als Sozialhilfeträger trug die Kosten der Heimunterkunft in Höhe von monatlich 705,29 €.

3 S hatte ihrem Sohn mit Übergabevertrag vom 4.12.2000 Grundbesitz bestehend aus  $\frac{2}{3}$  Miteigentumsanteilen an einem Wohnhaus im Wege einer Schenkung unter Auflagen überlassen. Als Gegenleistung haben die Parteien in Ziffer III des Vertrages die Einräumung eines Wohn- und Nutzungsrechtes zugunsten der Überlasserin vereinbart. Unter Ziffer VI. des Übergabevertrags war bestimmt, dass eine bedingte Rückübertragungsverpflichtung des Klägers für den Fall bestehen solle, dass er ohne Zustimmung des Veräußerers über den Grundbesitz verfügt, einem Insolvenzverfahren unterliegt oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Vertragsbesitz eingeleitet werden. Zur Sicherung dieses aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruchs wurde eine Vormerkung zugunsten von S im Grundbuch eingetragen.

4 Am 29.5.2012 haben die Parteien des Überlassungsvertrags den Rückübertragungsanspruch aufgehoben und die Löschung der Vormerkung beantragt und bewilligt. Der Kläger hat das Anwesen am 27.9.2012 zum Kaufpreis von 219.000 € verkauft.

5 Mit gleichlautenden Bescheiden vom 6.11.2012 und vom 7.11.2012 hat der Beklagte vom Kläger die Zahlung von 14.600 € gefordert mit der Begründung, dass die Löschung der Rückkaufsvormerkung eine Schenkung zugunsten des Klägers darstelle, hinsichtlich derer die Voraussetzungen des § 528 BGB vorlägen. Der Beklagte habe den Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers zur Abgeltung sozialhilferechtlicher Aufwendungen gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII auf sich übergeleitet. Dabei hat der Beklagte darauf hingewiesen, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Überleitungsanzeige keine aufschiebende Wirkung hätten und in einem solchen Verfahren Bestehen und Umfang des übergeleiteten zivilrechtlichen Anspruchs nicht geprüft würden. Nach erfolglosem Widerspruch gegen die Bescheide hat der Kläger die geforderte Summe in Raten, letztmals im Herbst 2014, bezahlt. Mit Anwaltsschreiben vom 2.6.2014 hat er darauf hingewiesen, dass die Erhebung einer

Rückforderungsklage geprüft werde; Zahlungen seien geleistet worden, da der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung habe.

**6** Der Kläger hat vor dem LG die Auffassung vertreten, dass die Löschung der Rückkaufassungsvormerkung keine eigenständige Schenkung mehr dargestellt habe, jedenfalls aber an § 517 Alt. 2 BGB zu messen sei. Die vertragliche Aufhebung des Rückübertragungsanspruchs und die Löschung der diesbezüglichen Vormerkung stellten rechtlich keine Schenkung dar, weshalb der vom Beklagten geltend gemachte Anspruch gemäß § 528 Abs. 1 BGB nicht bestanden habe. Eine Rechtsgrundlage für die mit Bescheid ausgesprochene Zahlungsverpflichtung liege nicht vor; der eingeforderte Betrag sei gemäß §§ 812 ff. BGB zurückzuzahlen.

**7** Der Beklagte hat geltend gemacht, dass die Löschungsbewilligung ohne Gegenleistung erfolgt sei und damit eine Schenkung darstelle. Die Vormerkung sei auch werthaltig gewesen, da sie den Verkehrswert des Grundstücks negativ beeinträchtigt habe. Die Voraussetzungen des § 517 BGB lägen nicht vor. Dass die tatsächliche Ausübung des Rückübertragungsanspruchs allein vom künftigen Verhalten des Klägers abhing, bedeute nicht, dass die Berechtigte das Recht noch nicht „endgültig erworben“ gehabt hätte.

**8** Auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und die dort gestellten Anträge wird ergänzend Bezug genommen.

**9** Mit Endurteil vom 8.6.2016 hat das LG die Klage auf Rückzahlung des vom Beklagten aus übergeleitetem Recht gemäß § 528 BGB vom Kläger mit Bescheid eingeforderten und erhaltenen Betrages abgewiesen. Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass entgegen der Ansicht des Klägers wegen der Löschung der dinglich gesicherten Rückkaufassungsvormerkung durch Nachtragsurkunde vom 29.5.2012 ein Anspruch der Schenkerin gemäß § 528 BGB bestanden habe, den der Beklagte wirksam auf sich überleiten konnte, § 93 Abs. 1 SGB XII. Die Löschung stelle eine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB dar, ein Fall des § 517 Alt. 2 BGB liege nicht vor. Denn der Verzicht auf den Rückübertragungsanspruch sei kein Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht. Vielmehr sei das Recht, die Rückübertragung zu verlangen, bereits mit der Eintragung der Vormerkung endgültig erworben worden. Dass es aufgrund des Verhaltens des Klägers nicht zur Erfüllung der Voraussetzungen für die Ausübung des Rückforderungsrechts gekommen ist, sei für die Endgültigkeit des Erwerbs unerheblich.

**10** Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung erstrebt der Kläger unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und – wie in erster Instanz – die Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung der bezahlten 14.600 €.

**11** Der Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**13** II. Die zulässige Berufung des Klägers hat auch in der Sache Erfolg. Der Kläger hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Rückzahlung der von ihm nach erfolglosem Widerspruch gegen die Bescheide des Beklagten vom November 2012 bezahlten 14.600 € gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.

**14** 1. Der Beklagte hat den Geldbetrag durch Leistung des Klägers ohne Rechtsgrund erlangt. Denn der vom Beklagten behauptete Anspruch der Schenkerin gemäß § 528 BGB, auf dessen Überleitung gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII er sich beruft, bestand nicht.

**15** a) Zwar hat die Mutter des Klägers unstreitig mit Erlassvertrag vom 29.5.2012 ohne Gegenleistung auf das ihr unter Punkt VI. des Übergabevertrags vom 4.12.2000 für den ungewissen Fall des Eintritts bestimmter Voraussetzungen einge-

räumte und damit bedingte Rückforderungsrecht bezüglich des damaligen Vertragsgegenstandes verzichtet und die Löschung der entsprechenden Vormerkung beantragt und bewilligt. Auch mag dieser Verzicht samt Löschungsbewilligung werthaltig gewesen sein. Nach der gesetzlichen Bestimmung des § 517 Alt. 2 BGB stellt der Verzicht allerdings keine Schenkung im Rechtssinne dar. Denn der Rückforderungsanspruch der Schenkenden war zwar mit Übergabevertrag vom 4.12.2000 bei ihr angefallen, sie hatte ihn allerdings bis zum Abschluss des Erlassvertrages am 29.5.2012 mangels Bedingungseintritts noch nicht endgültig erworben. Damit führte ihr Verzicht nicht zu einer Verminderung ihres gegenwärtigen Vermögens (vgl. zum Gesetzeszweck Palandt, § 517 Rdnr. 1) und unterfällt der Sachverhalt dem Anwendungsbereich des § 517 Alt. 2 BGB (MünchKomm-BGB, § 517 Rdnr. 3 m. w. N.; jurisPK-BGB, § 517 Rdnr. 7).

**16** b) Gleiches gilt, stellt man – wie für Anwartschaftsrechte vertreten wird – auf das Grundverhältnis der Parteien ab. Vorliegend hat die Mutter des Klägers ihm in dem Vertrag vom 4.12.2000 einen  $\frac{2}{3}$ -Miteigentumsanteil am Vertragsobjekt gegen Einräumung eines Wohn- und Nutzungsrechtes (Ziffer III. des Vertrages) als Schenkung unter Auflagen überlassen. Zusätzlich haben die Parteien in Ziffer VI. des Vertrages einen bedingten Rückübertragungsanspruch vereinbart und eine Vormerkung zu dessen Sicherung ins Grundbuch eintragen lassen.

**17** Dieses Grundverhältnis war im Schwerpunkt unentgeltlich. Auch war mit dem Verzicht auf den bedingten Rückübertragungsanspruch keine weitere Leistung der Mutter verbunden als der Verzicht auf das noch nicht endgültig erworbene Recht, insbesondere sind Eigentumsübertragung und Wohn- und Nutzungsrecht hiervon unstreitig unberührt geblieben. Damit liegt auch unter Berücksichtigung des Grundverhältnisses in dem Verzicht keine Schenkung im rechtlichen Sinne (vgl. hierzu MünchKomm-BGB, § 517 Rdnr. 4 m. w. N.).

**18** c) Soweit der Beklagte auf eine behauptet andere Rechtsprechung des OLG Koblenz (Urteil vom 17.10.2001, 9 U 166/01) verweist, liegt dieser Entscheidung ausweislich der dortigen Urteilsgründe schon ein anderer, mit dem hiesigen nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Denn hier war der bedingte Rückforderungsanspruch nicht als Gegenleistung für die Überlassung ausgestaltet. Zudem befasst sich das dortige Urteil nicht mit der Frage des Vorliegens einer Schenkung im Sinne von § 517 BGB, sondern mit der Bemessung von Pflichtteilergänzungsansprüchen. Gleiches gilt hinsichtlich der vom Beklagten angeführten Entscheidung des OLG München (Beschluss vom 13.4.2000, 12 UF 765/00), die sich mit der Bemessung des Wertes eines mit einem Rückfallrecht belasteten Grundstücks auseinandersetzt.

**19** 2. § 814 BGB hindert die Rückforderung entgegen der Ansicht des Beklagten nicht. Dass der Kläger mehr als Zweifel an seiner Nichtschuld gehabt haben sollte, ist schon nicht ersichtlich. Jedenfalls aber hat er für den Beklagten erkennbar nur unter dem Druck der mit Bescheid erfolgten Zahlungsaufforderung geleistet, weshalb die Anwendung des § 814 BGB ausgeschlossen ist (vgl. Palandt, § 814 Rdnr. 5 m. w. N.).

(...)

## 5. Verwalterzustimmung bei Übertragung von Wohnungseigentum im Rahmen der Auseinandersetzung einer Ehegatten-GbR

KG, Beschluss vom 14.6.2016, 1 W 166/16

GBO §§ 18, 29, 71 Abs. 1

GNotKG § 47 Satz 1, § 61

BGB § 730 Abs. 1, § 731 Satz 2, §§ 734, 753

WEG § 12

### LEITSATZ:

**Übertragen die miteinander verheirateten Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Ansehung der Auseinandersetzung der Gesellschaft ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Wohnungseigentum auf sich zu Bruchteilen, ist die Zustimmung des Verwalters auch dann erforderlich, wenn als Ausnahme hiervon die Veräußerung an Ehegatten vereinbart ist.**

### SACHVERHALT:

1 I. Im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuchs ist vermerkt, dass zur Veräußerung die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist. Hiervon ausgenommen ist unter anderem die Veräußerung an Ehegatten oder Verwandte in gerader Linie oder Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie.

2 Die Beteiligte zu 1, eine aus den seit dem 9.4.2010 miteinander verheirateten Beteiligten zu 2 und 3 bestehende GbR, erwarb das Wohnungseigentum. Am 3.7.2007 wurden die Beteiligten zu 2 und 3 „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ in Abt. I des Grundbuchs eingetragen.

3 Am 4.11.2015 hoben die Beteiligten zu 2 und 3 die Beteiligte zu 1 auf und ließen das Wohnungseigentum auf sich zu je ½ auf.

4 Unter dem 16.12.2015 hat der Urkundsnotar diese Urkunde sowie eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA – Grunderwerbsteuerstelle – bei dem Grundbuchamt eingereicht „mit dem Antrag auf Aufhebung der GbR und Begründung des Miteigentums zu je ½“.

5 Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 13.2.2016 unter Fristsetzung unter anderem die Vorlage einer Zustimmung des WEG-Verwalters erfordert. Dagegen hat der Urkundsnotar unter anderem vorgebracht, die Beteiligten zu 2 und 3 seien Eheleute und es handle sich lediglich um den Vollzug der Aufhebung der gesamthänderischen Bindung des Eigentums. (...)

6 Mit Beschluss vom 11.4.2016 hat das Grundbuchamt die Anträge zurückgewiesen. Hiergegen richtete sich die Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Beschwerdeführer sind sämtliche Beteiligte. Der Notar hat die Beschwerde namens und in Vollmacht „der Eigentümer“ erhoben. Dabei ist er offenbar der Auffassung, dass – auch – die Beteiligten zu 2 und 3 bereits Eigentümer sind. Es kann dahinstehen, ob dies zutreffend ist. Jedenfalls sind auch die Beteiligten zu 2 und 3 antragsberechtigt, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO, und damit beschwerdeberechtigt (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 71 Rdnr. 63).

8 2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Wird die Hebung des in einer Zwischenverfügung aufgezeigten Hindernisses nicht innerhalb der gesetzten Frist nachgewiesen, hat das Grundbuchamt den auf eine Eintragung gerichteten An-

trag der Beteiligten zurückzuweisen, § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO. So ist es hier.

9 a) Der Senat teilt die mit der Beschwerde erhobenen formalen Bedenken an der Zwischenverfügung vom 13.2.2016 nicht. Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, hat das Grundbuchamt, wenn es den Antrag nicht sofort zurückweist, dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO. Dabei hat das Grundbuchamt – sämtliche – Hindernisse zu bezeichnen, die zu ihrer Beseitigung geeigneten Mittel zu nennen und eine Frist zu setzen (Hügel/*Zeiser*, GBO, 3. Aufl., § 18 Rdnr. 32 ff.). Diesen Anforderungen genügt die Zwischenverfügung vom 13.2.2016. Das Grundbuchamt hat unter Setzung einer Frist auf das Hindernis einer fehlenden Verwalterzustimmung hingewiesen und deren Vorlage in der Form des § 29 GBO erfordert. Einer weiteren Begründung bedurfte es insoweit nicht. Die an den Urkundsnotar gerichtete Zwischenverfügung war aus sich heraus verständlich und ist ausweislich seines Schriftsatzes von ihm auch verstanden worden.

10 b) Das in der Zwischenverfügung aufgezeigte Hindernis besteht auch.

11 aa) Als Inhalt des Sondereigentums kann vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, § 12 Abs. 1 WEG. Eine solche Vereinbarung ist vorliegend getroffen worden. Da sie im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragen ist, muss sie das Grundbuchamt beachten (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2904b).

12 Veräußerung ist dabei die rechtsgeschäftliche Übertragung des Wohnungseigentums unter Lebenden im Gegensatz zur Enteignung, zum Eigentumsübergang kraft Gesetzes (Erbfall, Zuschlag in der Zwangsversteigerung) oder zur Erbteilsabtretung und zur Belastung des Wohnungseigentums. Ob die Veräußerung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, ist dabei nicht maßgeblich, es sei denn, das Zustimmungserfordernis wäre etwa ausdrücklich an einen „Verkauf“ geknüpft (Senat, Beschluss vom 24.5.2012, 1 W 121/12, FGPrax 2012, 238). Das ist hier nicht der Fall.

13 bb) Der Senat hat bereits entschieden, dass es sich bei der Übertragung eines Wohnungseigentumsrechts von einer GbR auf einen ihrer Gesellschafter um eine Veräußerung in diesem Sinn handelt. Sie erfordert neben der Eintragung im Wohnungsgrundbuch die – rechtsgeschäftliche – Einigung zwischen der bisherigen Eigentümerin, der GbR, und dem jeweils erwerbenden Gesellschafter, § 873 Abs. 1, § 925 BGB (Senat, Beschluss vom 26.5.2014, 1 W 55/14, DNotZ 2014, 700, 701).

14 Daran ändert es nichts, wenn die Veräußerung der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern zu dienen bestimmt ist. Gehört ein Wohnungseigentumsrecht zum Gesellschaftsvermögen, ist zur Auseinandersetzung wegen Unteilbarkeit des Gegenstands dessen Veräußerung erforderlich, § 731 Satz 2, § 753 BGB. Die Übertragung von Grundstücken – oder wie hier Wohnungseigentumsrechten – setzt wie sonst auch Auflassung

und Eintragung im Grundbuch voraus (vgl. Palandt/*Sprau*, 75. Aufl., § 731 Rdnr. 1). Entsprechende Erklärungen haben die Beteiligten zu 2 und 3 abgegeben und sie haben die Eintragung im Grundbuch beantragt. Nicht anders ist auch der Antrag des Notars vom 16.12.2015 zu verstehen. Weder erfolgt die Aufhebung der GbR durch das Grundbuchamt noch wird dies überhaupt im Grundbuch vermerkt. Einzutragen ist – nach Beseitigung der entgegenstehenden Hindernisse – allein der Eigentumswechsel von der Beteiligten zu 1 auf die Beteiligten zu 2 und 3.

**15 cc)** Ebenfalls hat der Senat entschieden, dass eine nach dem Inhalt des Sondereigentums zustimmungsfreie Veräußerung eines Wohnungseigentums an einen Verwandten dann nicht vorliegt, wenn die Veräußerung an eine GbR erfolgt, deren Gesellschafter sämtlichst Verwandte des Veräußerers sind. Das folgt aus der Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Erwerbendes Rechtssubjekt ist dann die GbR, die mit ihren Gesellschaftern nicht verwandt sein kann (Senat, Beschluss vom 18.10.2011, 1 W 566-571/11, ZWE 2012, 41; ebenso bereits OLG München, DNotZ 2007, 950, 951).

**16** Der vorliegende Fall unterscheidet sich hiervon nur dadurch, dass die Beteiligte zu 1 nicht Erwerberin des Wohnungseigentums ist, sondern ihr Eigentum an die Beteiligten zu 2 und 3 veräußert. Letztlich gilt aber nichts anderes. Weder ist die Beteiligte zu 1 mit den Beteiligten zu 2 und 3 verwandt, noch ist sie mit ihnen verheiratet. Die nach dem Inhalt des Sondereigentums vereinbarten Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis des Verwalters liegen nicht vor.

**17 dd)** Der Sinn und Zweck der Veräußerungsbeschränkung gebietet kein anderes Ergebnis. Durch das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG soll den Wohnungseigentümern eine Möglichkeit geboten werden, sich gegen das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen (Senat, Beschluss vom 24.5.2012, 1 W 121/12, FGPrax 2012, 238). Werden gleichzeitig für Veräußerungen an Personen in einem näher bezeichneten Näherverhältnis zum Veräußerer Lockerungen dieses Schutzes vereinbart, so ist davon auszugehen, dass der oder die Eigentümer für die geregelten Ausnahmefälle bei einer vorweggenommenen, abstrakten Prüfung ihr Interesse an dem Schutz der Gemeinschaft als nachrangig gegenüber dem Veräußerungsinteresse des ausscheidenden Mitglieds angesehen haben. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn die Veräußerung eines Wohnungseigentums ihren Schwerpunkt nicht in der persönlichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber hat, sondern gerade darin, das Wohnungseigentum wirtschaftlich zu verwerten (Senat, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, MDR 2011, 718, 719). Die nach der Auflösung einer GbR erfolgende Veräußerung von Gesellschaftsvermögen hat einen solchen, von den persönlichen Beziehungen der Gesellschafter unabhängigen wirtschaftlichen Schwerpunkt. Die Veräußerung dient der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens, § 730 Abs. 1 BGB, das, sofern nach der Berichtigung gemeinschaftlicher Schulden und der Rückerstattung von Einlagen ein Überschuss verbleibt, den Gesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft gebührt, § 734 BGB.

**18 c)** Nachdem – bis heute – keine Verwalterzustimmung vorliegt, hatte das Grundbuchamt die Anträge vom 16.12.2015 zurückzuweisen.

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Sebastian Ruhwinkel**, München

### 1. Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 WEG auf Übertragungen der GbR auf ihre Gesellschafter

Die Übertragung von Wohnungseigentum durch eine GbR auf ihre Gesellschafter (einzelne oder alle) unterliegt einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG. Diese Entscheidung des KG ist folgerichtige Konsequenz aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR. Sie steht in einer Reihe mit weiteren, ähnlichen obergerichtlichen Entscheidungen,<sup>1</sup> auch zu anderen rechtsfähigen Personengesellschaften.<sup>2</sup> Weitergehend wird selbst auf die Auseinandersetzung der nicht rechtsfähigen Erbengemeinschaft § 12 WEG angewandt.<sup>3</sup>

Ebenso klar ist, dass eine rechtsfähige Personenvereinigung keine Verwandten haben kann, sodass die oft bei Zustimmungserfordernissen enthaltenen Ausnahmen (Ehegatte, Abkömmlinge) bei der Veräußerung von einer oder an eine GbR nicht greifen.<sup>4</sup>

### 2. Keine teleologische Reduktion wegen der Personenähnlichkeit

Diskutiert wird immer wieder, ob § 12 Abs. 1 WEG wegen der Personenähnlichkeit einer teleologischen Reduktion bedürfe (so auch in der hier besprochenen Entscheidung des KG). Dies wird regelmäßig damit verneint (auch vom KG), dass § 12 Abs. 1 WEG den Wohnungseigentümern eine Möglichkeit geben solle, „sich gegen das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen.“ Das klingt zunächst schön, hilft aber nichts. Einen nach der Rechtsprechung zulässigen Grund, die Zustimmung zu verweigern, wird die zur Zustimmung berufene Person letztlich nicht finden, da die Rechtspre-

1 KG, Beschluss vom 18.10.2011, 1 W 566-571/11, ZWE 2012, 41; OLG München, Beschluss vom 12.4.2007, 32 Wx 64/07, DNotZ 2007, 950.

2 Übertragung von Wohnungseigentum auf die beiden Kommanditisten einer GmbH & Co. KG: OLG Hamm, Beschluss vom 28.8.2006, 15 W 15/06, RNotZ 2007, 34.

3 BayObLG, Beschluss vom 29.1.1982, BReg. 2 Z 50/81, BayObLGZ 1982, 46; OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15, MittBayNot 2016, 400; anders für den Fall der Übertragung auf eine mit der Erbengemeinschaft personenspezifische Bruchteilsgemeinschaft OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.6.2012, 14 Wx 30/11, DNotZ 2013, 122, jedoch mit Blick auf das Haftungsregime in Erbengemeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft unzutreffend. Erwägungen bezüglich der Vorteilhaftigkeit einer solchen Auseinandersetzung für die übrigen Wohnungseigentümer, zumal die Frage nach einem rechtlichen Vor- oder Nachteil im Rahmen von § 12 WEG ohnehin impraktikabel ist.

4 So bereits die Entscheidungen bei Fn. 1.

chung solche Gründe kaum anerkennt.<sup>5</sup> Einziger, aber seltener und schwer zu beweisender Umstand wäre, dass gerade der mittellose Gesellschafter das Wohnungseigentum erwirbt. In anderen Fällen hilft dagegen bei einer Übertragung von der Gesellschaft auf einen Gesellschafter selbst die Verweigerung der Zustimmung nicht. Ob der Querulant<sup>6</sup> Gesellschafter oder unmittelbar Eigentümer ist, dürfte für die Stimmung in der Gemeinschaft unbeachtlich sein, ebenso, ob eine gemeinschaftswidrige Verwendung<sup>7</sup> durch eine Gesellschaft oder ihren Gesellschafter als neuem Eigentümer zu verantworten ist.

Dazu kommt, dass, selbst wenn einmal ein Grund für die Verweigerung der Zustimmung bestehen sollte und eine solche Verweigerung auch sinnvoll wäre, bei Veräußerung durch die GbR das Zustimmungserfordernis dadurch umgangen werden kann, dass alle übrigen Gesellschafter an den Erwerber ihre Gesellschaftsanteile abtreten. Die dadurch eintretende Gesamtrechtsnachfolge ist keine Veräußerung im Sinne von § 12 Abs. 1 WEG.<sup>8</sup> Gegenstand der Veräußerung sind dann Gesellschaftsanteile, nicht das Wohnungseigentum. Nur auf letzteres aber kann sich die Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG beziehen.

### 3. Ergebnis

Ergebnis für die Praxis ist daher: Überträgt die GbR Wohnungseigentum auf Gesellschafter, unterliegt dieser Vorgang zwar § 12 Abs. 1 WEG, wird aber die Zustimmung so gut wie immer erteilt werden müssen.

5 Vgl. die Beispiele bei MünchKomm-BGB/*Commichau*, 7. Aufl. 2017, § 12 WEG Rdnr. 27 ff. und Staudinger/*Kreuzer* Neub. 2005, § 12 WEG Rdnr. 49 f.

6 BayObLG, Beschluss vom 31.10.2001, 2 Z BR 37/01, NJW-RR 2002, 659.

7 KG, Beschluss vom 20.6.1978, 1 W 31/78, DNotZ 79, 31.

8 Vgl. zur Geschäftsanteilsabtretung selbst OLG München, Beschluss vom 12.4.2007, 32 Wx 64/07, DNotZ 2007, 950; OLG Celle, Beschluss vom 29.3.2011, 4 W 23/11, NJW-RR 2011, 1166; zur Gesamtrechtsnachfolge durch Anwachsung MünchKomm-BGB/*Commichau*, § 12 WEG Rdnr. 6.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Kein dingliches Vorkaufsrecht für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger i. S. v. § 428 BGB

BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15 (Vorinstanz: OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.6.2015, 5 W 45/15)

*BGB §§ 139, 423, 428, 429 Abs. 3 Satz 1, § 464 Abs. 2, § 472 Satz 1 und 2, § 875 Abs. 1, §§ 1094, 1098 Abs. 1 Satz 1*

*GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Satz 2, § 78 Abs. 1 und 3*

*FamFG § 71*

#### LEITSÄTZE:

1. **Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB besteht, ist, sofern sich aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis nicht etwas anderes ergibt, die Aufgabebekräftigung aller Gesamtgläubiger erforderlich.**
2. **Ein dingliches Vorkaufsrecht kann nicht für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB bestellt werden.**
3. **Ist ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer solchen Gesamtberechtigung im Grundbuch eingetragen, ist in der Regel davon auszugehen, dass das Recht in dem zulässigen Umfang gewollt war und damit entstanden ist.**
4. **Wurde ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB in das Grundbuch eingetragen, ist nur der das Gemeinschaftsverhältnis bezeichnende Teil der Eintragung inhaltlich unzulässig.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Im Grundbuch ist in der Abteilung II ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für die Beteiligte sowie für eine aus ihr und weiteren Miterben bestehende ungeteilte Erbengemeinschaft als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eingetragen. Die Beteiligte bewilligte mit öffentlich beglaubigter Urkunde für alle Gesamtberechtigten die Löschung des Vorkaufsrechts im Grundbuch und bevollmächtigte den Notar mit dem Vollzug der Urkunde im Grundbuchverfahren.

2 Auf den von dem Notar im Namen der Beteiligten gestellten Löschungsantrag hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen und aufgegeben, binnen drei Monaten die Löschungsbewilligungen der weiteren Vorkaufsberechtigten zur Akte zu reichen. Der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen; mit dieser verfolgt die Beteiligte ihren Löschungsantrag weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FGPrax 2015, 196 veröffentlicht ist, meint, zur Löschung des eingetragenen Vorkaufsrechts seien die Bewilligungen auch der anderen Gesamtgläubiger erforderlich. Ein Gesamtgläubiger sei allein nicht berechtigt, die Löschung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB bestehe, zu bewilligen. Aus der in

§ 429 Abs. 3 Satz 1 BGB angeordneten entsprechenden Anwendung des § 423 BGB auf die Gesamtgläubigerschaft folge nicht, dass ein Gesamtgläubiger mit Wirkung für die übrigen Gläubiger einen Erlassvertrag mit dem Schuldner schließen könne. Ein Gesamtgläubiger sei daher nicht befugt, das auch anderen Gesamtgläubigern zustehende Recht allein aufzugeben.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**4 III. 1.** Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde hat allein deshalb Erfolg, weil das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung mit einem nach § 18 GBO nicht zulässigen Inhalt erlassen hat.

**5 a)** Durch den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und durch dessen sofortige Zurückweisung verloren gingen (Senat, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, NJW 2014, 1002 Rdnr. 6). Die Vorschrift bezieht sich auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (Senat, Beschluss vom 23.5.1958, V ZB 12/58, BGHZ 27, 310, 313; Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, a. a. O.; Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 6).

**6** Mit einer Zwischenverfügung kann dem Antragsteller deshalb nicht aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungs- oder Löschungsbewilligung des von der Eintragung unmittelbar Betroffenen beizubringen (vgl. Senat, Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, a. a. O.; BayObLG, MittBayNot 1989, 312 und NJW-RR 2004, 1533, 1534; OLG Hamm, MittBayNot 2003, 386; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2016, 141 Rdnr. 11; OLG Zweibrücken, OLGZ 1991, 153, 154; BeckOK-GBO/*Zeiser*, 27. Edition, § 18 Rdnr. 17; KEHE/*Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 18 Rdnr. 25). Der Antrag ist dann zurückzuweisen. So verhält es sich auch, wenn mehrere Personen Inhaber des von der Eintragung bzw. Löschung betroffenen Rechts sind, aber nur einige von ihnen die Bewilligung erklärt haben (vgl. BayObLGZ 1988, 229, 231 und MittBayNot 1995, 296, 297; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 1174).

**7 b)** Danach liegt hier eine unzulässige Zwischenverfügung des Grundbuchamts vor. Es hat der Beteiligten aufgegeben, die Löschungsbewilligungen der weiteren Vorkaufsberechtigten vorzulegen, weil es einen von mehreren Vorkaufsberechtigten auch dann nicht für befugt hält, allein die Löschung des Vorkaufsrechts zu bewilligen, wenn eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB im Grundbuch eingetragen ist. Von seinem Standpunkt aus hätte das Grundbuchamt keine Zwischenverfügung erlassen dürfen, sondern hätte eine Verbesserung des Antrags anregen oder – bei Vorliegen nachfolgender Eintragungsanträge – den Löschantrag der Beteiligten zurückweisen müssen.

**8 2.** Hat das Beschwerdegericht, wie hier, die Beschwerde gegen eine unzulässige Zwischenverfügung zurückgewiesen, sind auf die Rechtsbeschwerde sein Beschluss und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben. Eine Ent-

scheidung in der Sache ist dem Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich, weil Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag ist (Senat, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, NJW 2014, 1002 Rdnr. 10, 11; Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 10).

**9 IV.** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**10 1.** Der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts, wonach einem Gesamtgläubiger grundsätzlich nicht das Recht zusteht, über die Forderung zulasten der anderen Gesamtgläubiger zu verfügen, steht mit der Rechtsprechung des BGH in Einklang (vgl. BGH, Urteil vom 4.3.1986, VI ZR 234/84, NJW 1986, 1861, 1862; Urteil vom 5.5.2009, VI ZR 208/08, NJW-RR 2009, 1534 Rdnr. 23; ebenso Staudinger/*Looschelders*, Neub. 2012, § 429 Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/*Bydlinkski*, 7. Aufl., § 429 Rdnr. 5; Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl., § 429 Rdnr. 1; BeckOK-BGB/*Gehrlein*, 39. Edition, § 429 Rdnr. 2; Prütting/*Wegen/Weinreich/Müller*, BGB, 11. Aufl., § 429 Rdnr. 4; *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, S. 257; a. A. Erman/*L. Böttcher*, BGB, 14. Aufl., § 429 Rdnr. 5; jurisPK-BGB/*Rüßmann*, 7. Aufl., § 429 Rdnr. 12).

**11** Für dingliche Rechte gilt nichts anderes. Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB besteht, ist, sofern sich aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis nicht etwas anderes ergibt, die Aufgabeerklärung (§ 875 Abs. 1 BGB) aller Gesamtgläubiger erforderlich (ebenso BayObLGZ 1975, 191, 195; Staudinger/*Gursky*, § 875 Rdnr. 36; MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 875 Rdnr. 14; Palandt/*Herrler*, § 875 Rdnr. 5; a. A. BayObLGZ 1962, 205, 209; OLG Hamburg, OLGZ 2003, 496; OLG Bremen, OLGZ 1987, 29, 30; OLG Zweibrücken, FGPrax 2014, 59, 60; KG, JW 1937, 3158, offen gelassen dagegen in OLGZ 1965, 92, 95). Demgemäß genügt die Bewilligung (§ 19 GBO) nur eines Gesamtgläubigers nicht, um das gesamte Recht zur Löschung zu bringen (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 19 GBO Rdnr. 44; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2734; a. A. Meikel/*R. Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 19 Rdnr. 58, wohl auch KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdnr. 47).

**12 2.** Bei einem dinglichen Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB), um dessen Löschung es hier geht, ist diese Rechtsfrage allerdings ohne Relevanz. Denn ein solches Recht kann nicht wirksam für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB bestellt werden.

**13 a)** Das ist allerdings streitig.

**14 aa)** Nach Auffassung einiger Instanzgerichte (OLG Frankfurt, DNotZ 1986, 239; OLG Stuttgart, NJW-RR 2009, 952; LG Köln, MittRhNotK 1977, 192) und einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht soll es zulässig sein, ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB zu bestellen (so Erman/*L. Böttcher*, BGB, § 428 Rdnr. 15; *Hertel* in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl., Teil 2 Rdnr. 505; *Demharter*, MittBayNot 1998, 16, 17; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 1094 Rdnr. 8; Palandt/*Herrler*, § 1094 Rdnr. 3; Hügel/*Reetz*, GBO, 3. Aufl., § 47 Rdnr. 6 und in NK-BGB/*Reetz*, 4. Aufl., § 1094 Rdnr. 29;

*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1406; *Staudinger/Looschelders*, § 428 Rdnr. 119; *Bauer/von Oefele/Wegmann*, GBO, 3. Aufl., § 47 Rdnr. 108 und in *BeckOK-BGB/Wegmann*, § 1094 Rdnr. 11). Die Rechtsfolgen eines Vorkaufsrechts „jedes Berechtigten für sich“ (*MünchKomm-BGB/Westermann*, a. a. O.) sollen darin bestehen, dass mit dessen Ausübung nur ein Kaufverhältnis (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 464 Abs. 2 BGB) zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem der Gesamtberechtigten entsteht (*Bauer/von Oefele/Wegmann*, GBO, a. a. O.). Werde das Vorkaufsrecht mehrfach durch die Berechtigten – jeweils für sich – ausgeübt, soll der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts begründete Kaufvertrag allein zwischen dem zuerst das Vorkaufsrecht ausübenden Berechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zustande kommen (OLG Stuttgart, NJW-RR 2009, 952, 953 unter Bezugnahme auf *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 513 Rdnr. 4; ebenso *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, S. 253). Teilweise wird demgegenüber angenommen, aus der mehrfachen Vorkaufsrechtsausübung entstünden mehrere Auffassungsansprüche; erst die Erfüllung eines dieser Ansprüche gegenüber einem der Gesamtberechtigten wirke für den Vorkaufsverpflichteten schuldbefreiend (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, a. a. O.).

**15** bb) Nach anderer Auffassung ist die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts für mehrere Berechtigte mit einer Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB nicht zulässig (*R. Böttcher*, RpfStud 2011, 208, 210; *ders.* in *Lemke*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 19; *Haegele*, BWNotZ 1969, 117, 130; *KEHE/Keller*, Grundbuchrecht, § 47 GBO Rdnr. 12, 13; *RGRK-BGB/Rothe*, 12. Aufl., § 1094 Rdnr. 9). Begründet wird das unter anderem damit, dass mit dem Vorkaufsrecht für mehrere Berechtigte in § 472 Satz 1 BGB ein einheitliches Recht gemeint sei, das die Berechtigten – wie das Recht zur Forderung einer unteilbaren Leistung i. S. d. § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB – nur gemeinschaftlich ausüben könnten, was sich mit einer Berechtigung i. S. d. § 428 BGB nicht vertrage. Wenn mehrere Personen unabhängig voneinander zum Verkauf berechtigt sein sollten, läge kein Fall des § 472 BGB vor. Sollten mehrere selbstständige Vorkaufsrechte nebeneinander bestehen, müssten diese auch so bestellt und getrennt voneinander eingetragen werden (vgl. *KG*, DNotZ 1929, 736; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 1098 Anm. 2k; *RGRK-BGB/Rothe*, a. a. O.; *Weber*, DNotZ 1953, 264, 265; *KEHE/Keller*, a. a. O.; zu den Voraussetzungen für eine Bestellung selbstständiger, ranggleicher Vorkaufsrechte: *Senat*, Urteil vom 11.7.2014, V ZR 18/13, BGHZ 202, 77 Rdnr. 22 m. w. N.). Teilweise wird darauf abgestellt, dass es mit § 472 BGB nicht vereinbar sei, wenn der Grundstückseigentümer als Vorkaufsverpflichteter nach § 428 BGB auswählen könne, an welchen der Vorkaufsberechtigten er leiste (*R. Böttcher*, RpfStud 2011, 208, 210; *ders.* in *Lemke*, Immobilienrecht, § 47 Rdnr. 19).

**16** b) Die besseren Gründe sprechen für die letztgenannte Auffassung. Ein dingliches Vorkaufsrecht kann nicht für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB bestellt werden.

**17** aa) Das dingliche Vorkaufsrecht nach § 1094 BGB ist ein eigenständiges Sachenrecht und von einem durch eine Vor-

merkung gesicherten schuldrechtlichen Vorkaufsrecht zu unterscheiden (*Senat*, Urteil vom 22.5.1970, V ZR 80/69, WM 1970, 1024, 1025; Urteil vom 22.11.2013, V ZR 161/12, NJW 2014, 622 Rdnr. 10). Sein Inhalt bestimmt sich aufgrund der Verweisung in § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den Vorschriften des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts (§§ 463 bis 473 BGB). Diese sind bei dem dinglichen Vorkaufsrecht grundsätzlich zwingend (vgl. *Senat*, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 139; Urteil vom 28.6.1968, V ZR 129/67, WM 1968, 1087, 1088; *Staudinger/Schermaier*, Neub. 2017, § 1098 Rdnr. 5; *MünchKomm-BGB/Westermann*, § 1098 Rdnr. 1; *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 1098 Rdnr. 1).

**18** bb) Eine Gesamtberechtigung mehrerer Vorkaufsberechtigter nach § 428 BGB stellt eine unzulässige Abweichung von § 472 BGB dar. Nach dieser Vorschrift haben die Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsrecht nicht nur im Ganzen, sondern auch gemeinschaftlich auszuüben. Zwischen mehreren Vorkaufsberechtigten besteht eine besondere, durch § 472 Satz 2 BGB näher ausgestaltete gesamthandartige Berechtigung. Nur wenn das Recht der anderen Berechtigten erloschen ist oder nicht ausgeübt wird, ist der verbleibende Berechtigte berechtigt, das Vorkaufsrecht allein auszuüben; ansonsten hat die Ausübung gemeinschaftlich zu erfolgen (vgl. *Senat*, Beschluss vom 11.9.1997, V ZB 11/97, BGHZ 136, 327, 330 [zu § 513 BGB a. F.]; Urteil vom 13.3.2009, V ZR 157/08, NJW-RR 2009, 1172 Rdnr. 22; *Soergel/Wertenbruch*, BGB, § 472 Rdnr. 1). Bei einer Berechtigung i. S. d. § 428 BGB könnte dagegen jeder Vorkaufsberechtigte ohne Rücksicht auf die Berechtigung des anderen das Vorkaufsrecht im Ganzen für sich allein ausüben. Das widerspricht der in § 472 BGB bestimmten gemeinschaftlichen Berechtigung und ist daher unwirksam (*Senat*, Urteil vom 13.3.2009, V ZR 157/08, a. a. O.; *Erman/Grunewald*, BGB, § 472 Rdnr. 1).

**19** cc) Gegen die Zulässigkeit einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB spricht zudem, dass bei mehrfacher Ausübung des Vorkaufsrechts durch einzelne Berechtigte mehrere Kaufverträge entstünden. Denn durch jede Erklärung käme nach § 464 Abs. 2 BGB ein Kauf zwischen dem das Vorkaufsrecht ausübenden Berechtigten und dem Verpflichteten zustande. Erfüllen könnte der Verpflichtete aber nur einen der Verträge.

**20** Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die erste Ausübung des Vorkaufsrechts durch einen der Berechtigten die anderen Vorkaufsrechte zum Erlöschen bringe (so aber *Bauer/von Oefele/Wegmann*, GBO, § 47 Rdnr. 108; *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, S. 252; *Staudinger/Looschelders*, § 428 Rdnr. 119). Das Prioritätsprinzip gilt bei einer Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB gerade nicht. Sie ist vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass jedem Gesamtgläubiger ein eigener Anspruch auf die ganze Leistung zusteht (vgl. *Senat*, Urteil vom 4.3.1959, V ZR 181/57, BGHZ 29, 363, 364 f.; Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 257; Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 112/11, FamRZ 2012, 1213 Rdnr. 13), der Schuldner jedoch nach seinem Belieben ohne Rücksicht auf das Verhältnis der Gesamtgläubiger untereinander an einen jeden von ihnen mit schuldbefreiender Wirkung leisten kann (vgl. *BGH*, Urteil vom 13.7.1972, III ZR 107/69, BGHZ 59, 187, 191; Urteil vom 11.7.1979, VIII ZR 215/78, NJW 1979, 2038, 2039). Davon abgesehen, erwiese

sich das Prioritätsprinzip, etwa bei einem Zugang der Ausübungserklärungen am selben Tage mit gleicher Post, häufig als nicht durchführbar.

**21** 3. Das Vorkaufsrecht ist nicht deshalb zu löschen, weil es nicht mit einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB hätte eingetragen werden dürfen.

**22** a) Die Voraussetzungen für eine Löschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO liegen nicht vor.

**23** Wurde ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB in das Grundbuch eingetragen, ist nur der das Gemeinschaftsverhältnis bezeichnende Teil der Eintragung inhaltlich unzulässig. Durch die inhaltliche Unzulässigkeit eines Teiles der Grundbucheintragung wird die Zulässigkeit und Wirksamkeit der restlichen Eintragung nicht berührt, wenn diese für sich den wesentlichen Erfordernissen genügt (Senat, Urteil vom 20.5.1966, V ZR 182/63, NJW 1966, 1656, 1657; Urteil vom 28.6.1968, V ZR 129/67, WM 1968, 1087, 1088; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 58; *Meikel/Schneider*, GBO, § 53 Rdnr. 352). Das ist hier der Fall, weil sich der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts aufgrund der Verweisung in § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar aus § 472 BGB ergibt und es daher keiner Eintragung der gemeinschaftlichen Berechtigung nach § 47 Abs. 1 GBO bedarf (BayObLGZ 1958, 196, 203; KG, DNotZ 1929, 736, 737).

**24** b) Auch eine Löschung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO wegen nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs scheidet aus.

**25** Allerdings liegt eine Divergenz zwischen dem bewilligten Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB und dem vor, was zulässigerweise in das Grundbuch eingetragen werden und entstehen konnte. Ein Vorkaufsrecht mit einer (nur) gemeinschaftlichen Berechtigung i. S. d. § 472 BGB bleibt in Bezug auf die Berechtigung zu seiner Ausübung hinter dem Gewollten zurück. Liegt eine solche partielle Inkongruenz zwischen der Einigung und der Eintragung vor, ist anhand von § 139 BGB zu ermitteln, ob die Rechtsänderung, auch so wie sie eingetragen ist, von der Einigung gedeckt ist. In der Regel ist allerdings davon auszugehen, dass sich die Einigung auch auf die hinter ihr zurückbleibende Eintragung erstreckt (vgl. Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 26 m. w. N.).

**26** So verhält es sich auch hier. Ist ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB im Grundbuch eingetragen, ist in der Regel davon auszugehen, dass das Recht mit dem zulässigen Inhalt gewollt war und damit entstanden ist. Denn ein Vorkaufsrecht mit einer gemeinschaftlichen Berechtigung i. S. d. § 472 BGB bleibt in seinen Wirkungen nicht wesentlich hinter dem bewilligten zurück. Der Kern des Rechts besteht in der Möglichkeit, das Grundstück zu erwerben, wenn es an einen Dritten verkauft wird; er wird nicht dadurch verändert, dass die Vorkaufsberechtigten es grundsätzlich gemeinschaftlich ausüben müssen.

**27** V. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Festsetzung des Geschäftswerts ist gemäß § 60 Abs. 1 i. V. m. § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG mit der Hälfte des Werts des

Grundstücks in Ansatz zu bringen, auf das sich das Vorkaufsrecht bezieht; der Senat geht mangels anderer Anhaltspunkte davon aus, dass der von dem Beschwerdegericht festgesetzte Wert dem entspricht.

#### ANMERKUNG:

Von Notarin Dr. **Melanie Falkner**, Ochsenfurt

Das Urteil widmet sich dem Thema der Gläubigermehrheit beim dinglichen Vorkaufsrecht. Eine „Gläubigermehrheit“ entsteht bei der Bestellung eines dinglichen Grundstücksrechts zugunsten mehrerer Personen. Für die Mehrheit von dinglich Berechtigten gelten in Ermangelung spezieller Vorschriften im Sachenrecht nämlich die Regelungen über die Gläubigermehrheit des Schuldrechts (Abschnitt 7, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, §§ 428, 432 BGB).<sup>1</sup> Die „Gläubiger“ sind demnach die Berechtigten des dinglichen Grundstücksrechts. Über das Gemeinschaftsverhältnis der Berechtigten machen sich die Beteiligten in der Regel keine Gedanken. Die Berechtigten (insbesondere Ehegatten) gehen zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass sie sich bei der Rechtsausübung schon einigen werden; ein Regelungsbedürfnis wird schlicht übersehen. Folglich schlägt der Notar das Gemeinschaftsverhältnis vor, der dabei auch den reibungslosen Grundbuchvollzug im Blick hat. Jeder Notar bewegt sich in bekanntem und bewährtem Fahrwasser, wenn er eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB (Gesamtgläubiger) vereinbart, sodass dieses Gemeinschaftsverhältnis mit den Worten *Amanns* „nahezu gedankenlos“ und schablonenhaft angewendet wird.<sup>2</sup> Den überzeugenden Ausführungen *Amanns* zur Berechtigtenmehrheit und zum prinzipiellen Vorzug des § 432 BGB (Mitgläubiger)<sup>3</sup> ist nichts hinzuzufügen – zu einem Umdenken in der Praxis haben sie indes nicht geführt. Wie so oft haben eingespielte Gewohnheit und die verständlicher Weise fehlende Bereitschaft, sich mit dem Grundbuchamt anzulegen, gesiegt. Man muss einräumen, dass bislang sowohl die Beteiligten als auch die Notare mit § 428 BGB gut gefahren sind, insbesondere aufgrund wohlwollender Richter, die sich der normativen Kraft des Faktischen gebeugt haben. Obgleich § 428 BGB vereinbart und eingetragen wurde, war damit nicht immer § 428 BGB gemeint,<sup>4</sup> was so offensichtlich ist, dass weder Beteiligte noch Richter jemals auf die Idee kamen, das Recht wortlautgetreu gemäß der Vorschrift anzuwenden.

1 *Stavorinus*, NotBZ 2017, 249 f.

2 *Amann*, DNotZ 2008, 324. Ähnliche Äußerungen: *Amann*, MittBayNot 2014, 508: „allzwecktauglich“; *Kessler*, NJW 2017, 1813: „praktisches Allheilmittel“. Vgl. BayObLG, Beschluss vom 14.8.2002, 2 Z BR 66/02, DNotZ 2002, 950, 951: Bei fehlender Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses kommt in erster Linie § 428 BGB in Betracht; OLG Rostock, Beschluss vom 16.3.2011, 3 W 214/10, NotBZ 2011, 301: Eine andere Form des Berechtigungsverhältnisses sei schlicht nicht denkbar.

3 *Amann*, DNotZ 2008, 324 ff.; *Frank*, MittBayNot 2012, 387, 389.

4 *Kessler*, NJW 2017, 1813, 1814: Die mit § 428 BGB verbundenen Konsequenzen sind praktisch nie gewollt. MünchKommBGB/*Bydlinski*, 7. Aufl. 2016, § 428 Rdnr. 13: Keinesfalls ist eine bloß alternative Rechtsausübung gewollt.

Dies wurde nunmehr durch den BGH teilweise bestätigt (1.), teilweise über den Haufen geworfen (2.).

## 1. Löschung eines Rechts für Gesamtberechtigte nach § 428 BGB

Der erste Leitsatz bekräftigt die bereits herrschende Auffassung, dass die Löschung eines dinglichen Grundstücksrechts für Gesamtberechtigte nach § 428 BGB nur aufgrund Aufgabebekräftigung (§ 925 BGB) und Bewilligung (§ 19 GBO) aller Berechtigter möglich ist. Dies wird vom BGH ohne weitere Begründung festgestellt.

So einleuchtend und richtig uns dies erscheinen mag, so wenig ergibt sich dies aus dem Normtext des § 428 BGB.<sup>5</sup> Dieser lautet:

„Sind mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesamtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden Gläubiger leisten.“

Nach dem Wortlaut kann jeder Gläubiger die ganze Leistung fordern, der Schuldner muss nur einmal leisten und er kann nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Fordert ein Gläubiger die Leistung an sich und leistet der Schuldner dem Folge, so verlieren die übrigen Gläubiger ihren Anspruch gegen den Schuldner,<sup>6</sup> sie können nur intern nach § 430 BGB Ausgleichung gegenüber dem die Leistung erhaltenden Gläubiger verlangen. § 430 BGB vermutet, dass die Gläubiger zu gleichen Anteilen berechtigt sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Die Norm korreliert mit § 426 BGB und stellt eine Anspruchsgrundlage der Gesamtgläubiger untereinander dar.

Darüber hinaus regelt § 429 BGB die Wirkung von Veränderungen, wenn diese nur bei einem von mehreren Gläubigern eintreten. Dabei verweist § 429 Abs. 3 BGB auf § 423 BGB, wonach ein Erlass von einem Gläubiger auch zulasten der übrigen Gläubiger gelten würde. Dies wird jedoch einschränkend so verstanden, dass der Erlass durch einen Gläubiger nur dann auch gegen die übrigen Gläubiger wirkt, wenn der erlassende Gesamtgläubiger überhaupt über das ganze Schuldverhältnis Verfügungsbefugter war.<sup>7</sup> Das Ergebnis erscheint richtig, der Gesetzeswortlaut insoweit missverständlich bzw. unpassend. Gerichten, die das Gesetz „beim Wort genommen haben“ und eine Verfügungserklärung (nämlich eine Löschungsbewilligung nach § 19 GBO) eines Gläubigers ausreichen ließen,<sup>8</sup> ist der BGH nicht gefolgt. Das Erfordernis von Löschungsbewilligungen sämtlicher Berechtigter ist für die Praxis beruhigend, so verlockend es auch im Einzelfall erscheinen mag, nur eine einzige Bewilligung zu benötigen.

## 2. Unzulässigkeit des Gemeinschaftsverhältnisses nach § 428 BGB

Im zweiten Leitsatz bricht nun der BGH mit dem „Abnicken“ des § 428 BGB wider dessen Wortlaut und wider die eigentlichen Interessen der Beteiligten. Somit erfolgt – endlich mal (?) – eine Absage an die pauschale Bestellung jedes dinglichen Rechts zur Gesamtberechtigung nach § 428 BGB – wenigstens für das dingliche Vorkaufsrecht.

Die Gesamtgläubiger nach § 428 BGB sind das Spiegelbild zu den Gesamtschuldnern nach §§ 421, 427 BGB.<sup>9</sup> Bei Gesamtschuldnerschaft kann der Gläubiger nach seiner Wahl einen Schuldner aussuchen und anschließend müssen sich die Schuldner untereinander auseinandersetzen (§ 426 BGB), wobei Erfüllung, Erlass und Gläubigerverzug hinsichtlich eines Schuldners grundsätzlich auch für die anderen Schuldner Wirkung entfalten. Der Gläubiger soll seine Leistung möglichst einfach bekommen können und nicht mit Streitigkeiten zwischen den Schuldnern belastet werden, die seine Rechtsdurchsetzung erschweren würden. Erfüllt ein Schuldner, so wirkt das auch für die übrigen Schuldner, denn der Gläubiger darf die Leistung nur einmal erhalten.

Spiegelbildlich kann bei der Gesamtgläubigerschaft der Schuldner nach seiner Wahl einen Gläubiger für die Leistung aussuchen (§ 428 BGB). Anschließend müssen sich die Gläubiger untereinander auseinandersetzen (§ 430 BGB), wohingegen der Schuldner nicht mit der internen Verteilung der Leistung unter den Gläubigern belastet wird.<sup>10</sup> Zumindest nach dem Wortlaut dieser Vorschriften würden Erfüllung und Erlass auch *gegen* die übrigen Gläubiger wirken; diese würden dadurch möglicherweise geschädigt oder benachteiligt – ihr Anspruch wäre ohne ihr Zutun weg. Bei Gesamtschuldnern dagegen wirkt die Leistung eines einzelnen auch *für* die übrigen Schuldner – ihre Schuld ist ohne ihr Zutun weg.<sup>11</sup> Freilich lässt sich dem entgegenhalten, dass es jeder Gläubiger selbst in der Hand hat, mit wem er eine Gesamtgläubigerschaft eingeht. Häufig besteht eine Gesamtgläubigerschaft zwischen Ehegatten<sup>12</sup> und diese funktioniert auch reibungslos, sodass es tatsächlich kein weiteres Regelungsbedürfnis gibt.

Die Bestellung eines dinglichen Rechts „als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB“ stellt sich aber als „Etikettenschwindel“ dar, weil durch die Abbedingung der Norm (ausdrücklich durch den Notar<sup>13</sup> oder mittels Auslegung durch den Richter) am Ende kaum mehr etwas von § 428 BGB übrig bleibt, sondern vielmehr die Rechtswirkungen des § 432

5 Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 2030.

6 Staudinger/Looschelders, Neub. 2017, § 428 Rdnr. 13.

7 Frank, MittBayNot 2012, 387, 389.

8 OLG Hamburg, Urteil vom 18.10.2002, 4 U 75/02, MDR 2003, 319; OLG Bremen, Beschluss vom 11.8.1986, 1 W 51/86c, OLGZ 1987, 29; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 4.9.2013, 3 W 52/13, MittBayNot 2014, 533.

9 Staudinger/Looschelders, § 428 Rdnr. 1.

10 Staudinger/Looschelders, § 428 Rdnr. 1 und 9; Amann, DNotZ 2008, 324, 325 f.

11 Amann, MittBayNot 2014, 508.

12 Staudinger/Looschelders, § 428 Rdnr.13.

13 Formulierungsbeispiel etwa in Beck'sches Notar-Handbuch/Herrler, 6. Aufl. 2015, Teil A. V. Rdnr. 299.

BGB angewendet werden.<sup>14</sup> So wird argumentiert, Wesensmerkmal der Gesamtgläubigerschaft sei lediglich, dass jeder Gläubiger forderungsberechtigt ist und der Schuldner nur einmal leisten muss.<sup>15</sup> Dass der Schuldner nach Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann, wird als unpassende Rechtsfolge beiseitegeschoben und ergebnisorientiert gemäß der Regelung des § 432 BGB verstanden. § 432 BGB lautet:

„Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger die Leistung an alle fordern. (...) Im Übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.“

Problematisch bei § 432 BGB ist wohl der Begriff der „unteilbaren Leistung“, dessen Bedeutung sich dem Rechtsanwender nicht ohne Weiteres erschließt.<sup>16</sup> § 428 BGB erscheint hier in seinen Voraussetzungen weniger von Missverständnissen bedroht.

Speziell beim Vorkaufsrecht kommt aber eine andere Vorschrift zum Zug, nämlich § 472 BGB, der lautet:

„Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben.“

Primärer Zweck des § 472 BGB ist es, den vorkaufsverpflichteten Verkäufer davor zu schützen, dass das Vorkaufsrecht nur teilweise ausgeübt wird und der Vorkaufsverpflichtete unfreiwillig in eine Rechtsgemeinschaft mit einem der Vorkaufsberechtigten gedrängt würde. Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, so muss der Verkäufer zwar einen (oder mehrere) neue/n Käufer akzeptieren, er kann aber sicher sein, das Verkaufsobjekt insgesamt verkauft zu bekommen.

Der BGH erweitert nunmehr die ratio des § 472 BGB dahin gehend, dass dessen Satz 2 voraussetze, das Vorkaufsrecht von mehreren Gläubigern sei nicht nur im Ganzen, sondern zusätzlich zwingend gemeinschaftlich auszuüben. Zwischen den Vorkaufsberechtigten besteht damit eine gesamthandartige Berechtigung. Während § 428 BGB es jedem Gläubiger gestattet, alleine vorzugehen, schließt § 472 Satz 2 BGB eine alleinige Vorkaufsrechtsausübung solange

aus, als die anderen Vorkaufsberechtigten nicht von der Rechtsausübung absehen.<sup>17</sup> Eine Abbedingung des § 472 BGB lässt der BGH nicht zu.

### 3. Vorkaufsrecht bleibt wirksam

Rechtsfolge des im unzulässigen Gemeinschaftsverhältnis bestellten Vorkaufsrechts ist das gesetzliche Gemeinschaftsverhältnis nach § 472 BGB. Das Vorkaufsrecht als solches bleibt wirksam bestehen. Es soll kein wesentlicher Unterschied sein, ob das Vorkaufsrecht nach § 428 BGB oder nach § 472 BGB besteht. Einerseits macht es für den Vorkaufsberechtigten schon einen großen Unterschied, ob er das Vorkaufsobjekt alleine oder nur mit den anderen Berechtigten gemeinschaftlich kaufen kann; andererseits gewährleistet auch § 428 BGB den alleinigen Erwerb nicht, überlässt er doch die Leistungserbringung der Willkür des Schuldners (und am Ende sorgt § 430 BGB für Ordnung). Es zeigt sich erneut die Nebensächlichkeit des Gemeinschaftsverhältnisses, wenn der BGH § 428 BGB beiseitezurückverweist und durch § 472 BGB ersetzen kann, ohne daran zweifeln zu müssen, dass auch das Gemeinschaftsverhältnis des § 472 BGB vom Willen der Beteiligten gedeckt ist.

### 4. Folgen für die Gestaltungspraxis

Der BGH verweigert also eine Auslegung des § 428 BGB dahin gehend, dass dieser mit § 472 BGB harmoniert. Ist dies nun das Ende des § 428 BGB? Werden auch andere dingliche Grundstücksrechte, die bei mehreren Berechtigten „gemäß § 428 BGB“ bestellt sind, als unwirksam eingeordnet werden? Ist die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB nicht mehr sicher?

Dagegen spricht, dass das Vorkaufsrecht unter den dinglichen Grundstücksrechten eine Sonderstellung einnimmt. Bei anderen dinglichen Grundstücksrechten fehlt es an einer dem § 472 BGB vergleichbaren Norm als gesetzlich geltendem Gemeinschaftsverhältnis. Der BGH beruft sich auf den zwingenden Charakter der Normen bezüglich des dinglichen Vorkaufsrechts (§ 1098 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 463-473 BGB), wohingegen im Übrigen der sachenrechtliche Typenzwang nicht für die Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Berechtigter gilt.<sup>18</sup>

Für diejenigen Grundstücksrechte, die dem Schuldner keine Leistungspflichten auferlegen, sondern bloße Duldung abverlangen, hat das Gemeinschaftsverhältnis nur geringe Be-

14 *Amann*, MittBayNot 2014, 508, 509; *ders.*, DNotZ 2008, 324, 326 f.; *Frank*, MittBayNot 2012, 387, 389; *Kessler*, DNotZ 2010, 123, 125; *Staudinger/Looschelders*, § 428 Rdnr. 113 hinsichtlich der Dienstbarkeit: „... kann nur eine modifizierte Gesamtgläubigerschaft mit Elementen des § 432 BGB vorliegen“ und Rdnr. 117 hinsichtlich des Wohnungsrechts: „Abweichung von § 428 BGB (...) muss das gleichzeitige Wohnen aller Berechtigten dulden.“ *Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 4 Rdnr. 17 ff.

15 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/1, MittBayNot 2012, 386, 387; *Staudinger/Looschelders*, § 428 Rdnr. 7; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 2029.

16 *Amann*, DNotZ 2008, 324, 329; vgl. zur problematischen „unteilbaren Leistung“: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1370.

17 A. A. *Kessler*, NJW 2017, 1813: § 472 BGB regle nur die Ausübungskoordination gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten und betreffe nicht das Verhältnis der Berechtigten untereinander. *Staudinger/Looschelders*, § 428 Rdnr. 119, und OLG Stuttgart, Urteil vom 11.12.2008, 7 U 155/08, NJW-RR 2009, 952 f.: § 472 BGB stehe nicht im Widerspruch zu § 428 BGB.

18 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/1, MittBayNot 2012, 386, 387; *Frank*, MittBayNot 2012, 387, 389; *Amann*, DNotZ 2008, 324, 340; *Stavrinus*, NotBZ 2017, 249, 251.

deutung.<sup>19</sup> Hat der Vorkaufsverpflichtete das Grundstück an einen Vorkaufsberechtigten übereignet, so ist das Grundstück weg – es kann nicht erneut an den nächsten vorkaufsberechtigten Gläubiger übereignet werden. Ist dagegen der Gläubiger eines Geh- und Fahrrechts über das belastete Grundstück gelaufen, so kann auch der nächste Gläubiger sich noch auf das Geh- und Fahrrecht berufen. Der Eigentümer hat die Rechtsausübung durch sämtliche Gläubiger zu dulden.<sup>20</sup> Ein Gesamtgläubiger kann nicht zulasten eines anderen Gesamtgläubigers die Leistung erhalten. Bei den Duldungspflichten erbringt der Schuldner keine Leistung, sondern jeder Gläubiger „nimmt sich sein Recht“.

Allerdings wird eingewendet, dass § 428 BGB auch für andere Grundstücksrechte ersetzt werden könne: Bei Dienstbarkeiten könne man § 1024 BGB analog anwenden<sup>21</sup> und als das gesetzlich normierte Gemeinschaftsverhältnis betrachten. Bei anderen Grundstücksrechten sei eine Umdeutung in zwei selbstständige und gleichrangige Rechte möglich.<sup>22</sup> Nach Auffassung der Verfasserin spielt dagegen das Gemeinschaftsverhältnis bei den Grundstücksrechten, die den Eigentümer als Schuldner lediglich zu einer Duldung verpflichten, schlicht keine Rolle. Daher kann § 428 BGB bestehen bleiben. Letztlich zwingt der formellrechtliche § 47 GBO dazu, materiellrechtlich eine überflüssige Vereinbarung über das Gemeinschaftsverhältnis zu treffen. Da bei Rechten, die den Eigentümer zur Duldung verpflichten, die Gläubiger als Rechtsinhaber selbstständig nebeneinander stehen und jeder gleichermaßen zur Rechtsausübung berechtigt ist, könnte letztlich durch die Bestellung mehrerer gleichrangiger Einzelrechte ein Gemeinschaftsverhältnis vermieden werden. Da dies jedoch das Grundbuch unübersichtlicher macht und doppelte Eintragungskosten verursacht,<sup>23</sup> wird man sich auch künftig mit § 428 BGB – oder bei Durchsetzbarkeit beim Grundbuchamt mit § 432 BGB – behelfen.

Jedenfalls bei der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts muss § 428 BGB aus jeder Bausteinsammlung eliminiert werden.

Allenfalls zur Klarstellung für das Grundbuchamt kann bei der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts aufgenommen werden, dass dieses „im Berechtigungsverhältnis nach § 472 BGB“ bestellt wird. Aufgrund des zwingenden Charakters von § 472 BGB ist dieses Gemeinschaftsverhältnis alternativlos und eine Angabe des Berechtigungsverhältnisses kann trotz § 47 GBO wohl sowohl bei der Bestellung als auch bei der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts unterbleiben.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> *Stavorinus*, NotBZ 2017, 249, 254 und 255.

## 7. Erlöschen eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts

OLG Hamm, Beschluss vom 5.1.2017, I-15 W 246/16; mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

*BGB §§ 473, 1059a Abs. 1 Nr. 1, § 1098 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht erlischt nicht bereits dadurch, dass die als Berechtigte eingetragene GmbH & Co KG nach Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden ist.**

## 8. Nachweis einer Vollmacht im Grundbuchverfahren

OLG Hamm, Beschluss vom 9.12.2016, 15 W 407/16; mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

*BGB § 164*

*GBO § 29*

### LEITSATZ:

**Eine Vollmacht zur Durchführung und zum Vollzug des Erwerbs eines Grundstücks deckt nicht eine im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrages erklärte Bewilligung der Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung.**

<sup>19</sup> *Amann*, DNotZ 2008, 324, 337; *ders.*, MittBayNot 2014, 508; § 428 BGB sei für Ansprüche auf Leistung konzipiert. *Stavorinus*, NotBZ 2017, 249, 253: Rechtsdurchsetzung komme zwangsläufig allen Berechtigten zugute.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 21.12.1966, V ZB 24/66, juris Rdnr. 8, 12, 14; *Staudinger/Looschelders*, § 428 Rdnr. 117; vgl. *Frank*, MittBayNot 2012, 387, 388 für mehrere Nießbrauchsberechtigte; *MünchKomm-BGB/Bydliński*, § 428 Rdnr. 13; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 2040; *Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag, § 4 Rdnr. 19. A. A. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 260: Der Eigentümer müsse nur das Ausüben des Rechts durch einen einzigen Berechtigten dulden.

<sup>21</sup> *Kessler*, NJW 2017, 1813, 1814; vgl. zudem *Amann*, DNotZ 2008, 324, 339, der §§ 1025, 1024 BGB als zulässige Gemeinschaftsverhältnisse sieht.

<sup>22</sup> *Gewagt*: *Kessler*, NJW 2017, 1813, 1814. *Stavorinus*, NotBZ 2017, 249, 251 hält mehrere Rechte für die dogmatisch vorzugswürdige Gestaltung.

<sup>23</sup> BayObLG, Beschluss vom 14.8.2002, 2 Z BR 66/02, DNotZ 2002, 951, 952.

## 9. Satzungsformige Gestaltung der Organisation einer Miteigentümergeinschaft nicht eintragungsfähig

OLG Hamm, Beschluss vom 12.10.2016, I-15 W 182/16; mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB § 1010

### LEITSATZ:

**Der Senat hält an seiner Rechtsprechung (DNotZ 1973, 549) fest, dass satzungähnliche Bestimmungen, die die interne Willensbildung der Miteigentümer und deren Vertretung gegenüber Dritten regeln, nicht als Verwaltungsvereinbarung im Sinne des § 1010 Abs. 1 BGB qualifiziert und dementsprechend nicht als Belastung der Miteigentumsanteile in Abt. II des Grundbuchs eingetragen werden können.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten sind die Miteigentümer zweier Grundstücke, die als Verkehrsfläche genutzt werden. Sie haben sukzessive eine Vereinbarung geschlossen, die folgenden Inhalt hat:

„a) (...) Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft ist für immer ausgeschlossen, den Fall eines wichtigen Grundes ausgenommen. (...)“

b) Die zwischen uns bei Eintragung aller Miteigentümer an den Grundstücken (...) entstehende und mit künftigen weiteren Miteigentümern fortgesetzte Miteigentümergeinschaft erhält folgende Gemeinschaftsordnung:

(1) Die nach der erstmaligen Herstellung anfallenden Kosten, einschließlich der Unterhaltung, Reparatur und Erneuerung, tragen die Miteigentümer im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Nutzung.

(2) Die den Miteigentümern obliegende Säuberung und Verkehrssicherung ist einem geeigneten Unternehmen in Auftrag zu geben.

(3) Eine Haftpflichtversicherung ist abzuschließen.

(4) Es wird festgelegt, dass Entscheidungen der Miteigentümer durch Beschlüsse getroffen werden, und zwar in Miteigentümergeinschaften oder auf schriftlichem Weg im Umlaufverfahren. Einladungen zu einer Miteigentümergeinschaft erfolgen durch Miteigentümer, die zusammen mindestens  $\frac{3}{13}$  Anteile haben. Die Einladung erfolgt schriftlich mit einer Frist von zwei Wochen zwischen dem Tag der Absendung und dem Tag der Versammlung unter Angabe der Tagesordnung. Miteigentümer können sich durch eine mit schriftlicher Vollmacht ausgestattete Person vertreten lassen. Auf je  $\frac{1}{13}$ -Miteigentumsanteil entfällt eine Stimme; soweit ein Anteil von  $\frac{1}{13}$  einer Gemeinschaft, zum Beispiel Eheleuten gehört, können sie das Stimmrecht nur gemeinsam ausüben. Beschlüsse werden mit der Mehrheit der anwesenden Stimmen gefasst, ausgenommen Ziffer 6.

(5) Die Miteigentümergeinschaft wird bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen Dritten gegenüber durch jeweils drei Miteigentümer vertreten, ohne Rücksicht auf die Anteilsgröße.

(6) Änderungen oder Ergänzungen dieser Gemeinschaftsordnung bedürfen einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der anwesenden Stimmen und von  $\frac{3}{4}$  aller Stimmen der Miteigentümergeinschaft.“

2 Weiter heißt es unter d):

„(...) Deshalb bewilligen und beantragen wir erneut die Eintragung der Gemeinschaftsordnung gemäß Buchstabe b) ergänzend zu Buchstabe a), als Belastung sämtlicher Miteigentumsanteile. Dieser Antrag gilt als nicht einheitlich gestellt und soll,

wenn wir nichts anderes bestimmen, durch den amtierenden Notar oder einen seiner Sozien gestellt werden, sobald die Umschreibung aller Anteile vorgenommen ist.“

(...)

4 Am 6.11.2014 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Vorlage einer Ausfertigung der oben aufgeführten Urkunde zunächst nur die Eintragung der unter a) enthaltenen Vereinbarung (Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft) beantragt, die am 17.11.2014 erfolgte. Bereits im Vorfeld war die Eintragung einer weitergehenden „Gemeinschaftsordnung“ beantragt gewesen, durch das Grundbuchamt aber abgelehnt worden.

5 Am 13.11.2015 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten sodann in dem vorliegenden Verfahren beantragt, die Gemeinschaftsordnung zu Ziffer 1 b) der oben aufgeführten Urkunde in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat im Wege der Hinweisverfügung die Zurückweisung des Antrags angekündigt. Es hat seine bereits früher geäußerte Auffassung bekräftigt, dass eine satzungsförmige Gestaltung der Organisation der Gemeinschaft nicht eintragungsfähig sei. (...)

(...)

7 Mit Beschluss vom 31.3.2016 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass unter anderem Regelungen über die Einberufung und Abhaltung von Versammlungen, die Beschlussfassung und die Vertretung der Gemeinschaft im Außenverhältnis eingetragen und damit verdinglicht werden sollten. Diese würden über eine bloße Verwaltungsregelung hinausgehen und seien daher nicht eintragungsfähig, sodass der Antrag insgesamt zurückzuweisen sei.

8 Hiergegen haben sich die Beteiligten mit der Beschwerde vom 5.4.2016 gewandt, mit der zugleich der Antrag auf Eintragung der Regelung zu 1 b) (1) (Kostentragung) zurückgenommen wurde.

9 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. In dem Nichtabhilfebeschluss hat es ergänzend ausgeführt, dass die (teilweise) Rücknahme des Antrags ebenfalls nicht zu einer Eintragung führen könne. Denn nunmehr fehle die notwendige Übereinstimmung zwischen der Bewilligung und dem Antrag. (...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

(...)

12 In der Sache hat das AG den Antrag zu Unrecht insgesamt zurückgewiesen. Nach dem Verständnis des Senats enthält die Urkunde vom 6.11.2014 entgegen der zunächst in diese Richtung weisenden Formulierung in ihrem Eingang keine einheitliche Bewilligung und keinen einheitlichen Antrag. Denn die weitere Formulierung in Ziffer d) der Urkunde, dass der Antrag zur Regelung b) nicht als einheitlich gelte, macht andernfalls keinen Sinn. Diese Formulierung, die erkennbar auf § 16 Abs. 2 GBO abzielt, ergibt vielmehr nur dann Sinn, wenn man die Erklärungen so versteht, dass jede der einzelnen Regelungen für sich stehen und ggf. auch alleine im Grundbuch eingetragen werden soll. Dies zwingt dann aber auch zu einem Verständnis der Bewilligung dahin gehend, dass die Eintragung jeder einzelnen Regelung gesondert bewilligt worden ist und durch die Formulierung nur eines Antrags kein Antragsverbund i. S. d. § 16 Abs. 2 GBO hergestellt werden sollte.

13 Bei diesem Verständnis bedarf es für jede einzelne Regelung der Prüfung, ob diese eintragungsfähig ist. (...) Sinn und Zweck des § 1010 BGB ist es, den Erwerber eines Miteigentumsbruchteils gegen ihm unbekanntere Vereinba-

rungen oder Ansprüche zu schützen (MünchKomm-BGB/K. *Schmidt*, 6. Aufl., § 1010 Rdnr. 1), und umgekehrt, es Bruchteilsgemeinschaften umfassend zu ermöglichen, Regelungen über die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, sondern aufgrund einer Vereinbarung der Bruchteilseigentümer nur in ihrem Verhältnis untereinander wirksam sind, zu verdinglichen, d. h. „Drittwirkung“ zu verschaffen, sodass sie auch gegenüber Sondernachfolgern gelten. Die Eintragungsfähigkeit hängt danach entscheidend davon ab, ob man die jeweilige Regelung als eine solche der Verwaltung und Benutzung des Grundstücks einordnen kann.

**14** Eintragungsfähig sind danach die Regelungen zu b) (2) und (3) (Vergabe der Säuberung und Verkehrssicherung an ein Unternehmen sowie Abschluss einer Haftpflichtversicherung). Denn die Nutzung der Grundstücke als Verkehrsflächen setzt notwendigerweise deren Säuberung voraus und bedingt durch die Eröffnung des Verkehrs zwingend die Verkehrssicherungspflicht und das hieraus folgende Haftungsrisiko. Die gestaltende Regelung dieser mit der Nutzung zwingend verbundenen Aspekte ist danach sachlich der Verwaltung zuzurechnen, da es sich um die notwendige Kehrseite der bestimmungsgemäßen Nutzung handelt. Insoweit war der angefochtene Beschluss daher aufzuheben.

**15** Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet. Die Regelungen zu (4) bis (6) sind nicht eintragungsfähig.

**16** Es entspricht, wie vom Grundbuchamt zutreffend ausgeführt, der Rechtsprechung des Senats (vgl. Beschluss vom 16.1.1973, 15 W 21/72, DNotZ 1973, 549 ff.), dass Vereinbarungen der Miteigentümer über die interne Willensbildung und die Vertretung nach außen hin, die eine Art Satzung der Gemeinschaft bilden sollen, auch wenn sie im weitesten Sinne auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes abzielen, keine Vereinbarung betreffend die Verwaltung selbst darstellen und deshalb nicht unter § 1010 BGB fallen, mithin auch nicht eintragungsfähig sind. Diese Auffassung hat in der Literatur teils Zustimmung und teils Ablehnung erfahren (zust. MünchKomm-BGB/K. *Schmidt*, a. a. O. Rdnr. 9; wohl auch Bauer/von Oefele/Bayer/Lieder, GBO, 3. Aufl., AT III Rdnr. 609; zweifelnd Staudinger/Mayer, Neub. 2015, § 746 Rdnr. 21; abl. *Döbler*, MittRhNotK 1983, 181, 182).

**17** Entgegen der Einschätzung, die mit der Beschwerde vertreten wird, hat der Senat seine bisherige Rechtsprechung bislang auch nicht aufgegeben. Die Annahme beruht vermutlich auf einem Missverständnis. Im Heft 9 der DNotZ 1973 sind unmittelbar hintereinander zwei Entscheidungen des Senats veröffentlicht. Die erste Entscheidung (S. 546 ff. zu 15 W 126/72) betrifft die Frage der Eintragungsfähigkeit von Regelungen über die Kosten- und Lastentragung. Bei der zweiten handelt es sich um den vorgenannten Beschluss zu 15 W 21/72. Mit seinem Beschluss vom 20.1.2011, auf den sich die Beschwerde bezieht, hat der Senat lediglich seinen Standpunkt hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit von Kostenregelungen im Zusammenhang mit Verwaltungsregelungen modifiziert und sich insoweit der Rechtsprechung des BayObLG (DNotZ 1993, 391 ff.) angeschlossen. Die Frage der Eintragungsfähigkeit satzungsmäßiger Regelungen ist hiervon nicht betroffen.

**18** Auch nach erneuter Überprüfung hält der Senat an seinem bisherigen Standpunkt fest, dass derartige Vereinbarungen nicht eintragungsfähig sind. Der Ausnahmecharakter des § 1010 BGB im Verhältnis zu § 746 BGB sowie der Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte (vgl. Staudinger/*Gursky*, § 1010 Rdnr. 17) verbietet aus seiner Sicht eine Ausdehnung der Eintragungsfähigkeit über den Bereich der eigentlichen Verwaltungs- und Benutzungsregelungen hinaus auf eine innere Gestaltung der Gemeinschaft, die allgemein die personelle Interaktion betrifft. Die Verdinglichung einer schuldrechtlichen Vereinbarung ist nach den genannten Grundsätzen nur dort und nur insoweit zulässig als sie gesetzlich zugelassen ist. Dies zwingt nach Auffassung des Senats zu einem engen Verständnis des § 1010 Abs. 1 BGB. Als Regelung der Nutzung und Verwaltung können dann aber nur Vereinbarungen angesehen werden, die diese Regelungsgegenstände unmittelbar betreffen oder mit ihnen in einem zwingenden Zusammenhang stehen, sodass sie quasi die andere Seite desselben Gegenstands betreffen. Dies ist bei Regelungen, die selbst weder die Verwaltung noch die Nutzung regeln, sondern die insoweit notwendigen Entscheidungen oder Ausführungsmaßnahmen lediglich ordnen oder erleichtern sollen, nicht der Fall.

**19** Dass § 1010 Abs. 1 BGB ein solch enges Verständnis zugrunde liegt, zeigt nach Auffassung des Senats auch ein Vergleich des Wortlauts mit demjenigen des § 10 Abs. 3 WEG. Letzterer knüpft nämlich trotz des ähnlichen Regelungsgehalts nicht an bestimmte Vereinbarungsgegenstände an, sondern allgemein an das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander.

**20** Der Senat kann sich auch der Argumentation der Beschwerde nicht anschließen, dass das praktische Bedürfnis die Eintragung gebiete. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass hier nicht die schuldrechtliche Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen, sondern allein ihre Verdinglichung in Form der Grundbucheintragung in Frage steht. Ein *zwingendes* Bedürfnis, die innere Struktur und Willensbildung der Gemeinschaft sowie ihre Außenvertretung zu verdinglichen, kann der Senat nicht erkennen. Da die wesentlichen Nutzungs- und Verwaltungsfragen, die jede Gemeinschaft in unterschiedlicher Weise hat, durch eine eintragungsfähige Vereinbarung geregelt werden können und diese damit verdinglicht werden kann, und die schlichten Miteigentümergeinschaften in ihrem Regelungsbedarf und der rechtlichen Interaktion ihrer Angehörigen in aller Regel weit hinter Wohnungseigentümergeinschaften zurückbleiben, sind die Probleme dieser Gemeinschaften mit den gesetzlichen Regeln des BGB durchaus zu handhaben. Einer Anleihe bei dem Recht des Wohnungseigentums, auf der die Regelungen zu (4) bis (6) erklärtermaßen beruhen, bedarf es daher nicht.

**21** Auch die Überlegung, die den kritischen Stimmen in der Literatur zugrunde zu liegen scheint, dass die Gestaltung der inneren Willensbildung der Gemeinschaft und ihrer Außenvertretung letztlich der Verwaltung dient, sodass sich beides nicht trennen lasse, hält der Senat nicht für tragfähig. Allgemein ist zunächst festzuhalten, dass Abgrenzungsschwierigkeiten bei Ausnahmevorschriften kein Grund für eine erweiternde Auslegung sein können. Hinzu kommt, dass die Verknüpfung

zwischen der inneren Willensbildung der Gemeinschaft und der Verwaltung gedanklich voraussetzt, dass sich eine satzungsmäßig verfasste Körperschaft ausschließlich auf ihren Zweck, nämlich die Verwaltung des Grundstücks beschränkt. Dies ist jedoch keineswegs zwingend und hier in der Vereinbarung auch nicht (ausdrücklich) vorausgesetzt. Von daher ist eine solche Vereinbarung nach Einschätzung des Senats, die sich insoweit auch auf die Erfahrung aus seiner früheren Befassung mit Wohnungseigentumsachen stützen kann, ausgesprochen streitanfällig. Dies würde in erhöhtem Maße gelten, wenn man die Verdinglichung derartiger Vereinbarungen und damit die Bindung von Rechtsnachfolgern zuließe.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 10. Gerichtliche Genehmigung einer Abschichtungsvereinbarung

OLG Hamm, Beschluss vom 2.8.2017, 15 W 263/16; mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB § 1822 Nr. 2

#### LEITSATZ:

**Die Erklärung eines Ergänzungspflegers bzw. Ergänzungsbetreuers bei einer Abschichtungsvereinbarung, durch die Miterben aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, bedarf nach § 1822 Nr. 2 BGB der familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Beschwerde ist zulässig, in der Sache aber unbegründet.

**2 1.** Die Voraussetzungen für die beantragte Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO sind nicht gegeben. Auf der Grundlage der „Vereinbarung über Abschichtung einer Erbengemeinschaft“ aus Oktober 2015 kann die Löschung der Beteiligten zu 1, 2 und 9 als in Abteilung I laufende Nr. 3 des in Rede stehenden Grundbuchs eingetragene Eigentümer als Mitglieder der Erbengemeinschaft nicht erfolgen.

**3** Das Grundbuchamt hat zutreffend ausgeführt, dass es zur Wirksamkeit der Erklärungen der Beteiligten zu 4 gemäß § 1899 Abs. 4 BGB der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers durch das Betreuungsgericht sowie zur Wirksamkeit der Erklärungen der Beteiligten zu 7 und 9 gemäß § 1909 BGB der Bestellung von Ergänzungspflegern durch das Familiengericht bedarf. Bei Abschluss des Abschichtungsvertrages waren die Beteiligten zu 4, 7 und 9 nicht wirksam durch ihre Eltern vertreten. Die Beteiligten zu 1 und 2 waren nicht berechtigt, als Vertragspartner auf der einen Seite und zugleich als gesetzliche bzw. bestellte Vertreter ihrer minderjährigen bzw. betreuten Kinder auf der anderen Seite aufzutreten. Dies ergibt sich aus dem aus den § 1629 Abs. 2 Satz 1, §§ 1908i, 1795 Abs. 2, § 181 BGB folgenden Verbot des Selbstkontrahierens.

Danach scheidet die Vertretung des Kindes bzw. eines Betreuten durch den Elternteil bzw. Betreuer in einem Abschichtungsvertrag unter den Mitgliedern einer Erbengemeinschaft aus, an der auch der Vertreter als Miterbe beteiligt ist (vgl. zum Fall eines Erbauseinandersetzungsvertrages MünchKommBGB/*Spickhoff*, 7. Aufl. 2017, § 1795 Rdnr. 9).

**4** Ein Fall, in dem das Insihgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt und deshalb ausnahmsweise wirksam ist, liegt hier ersichtlich nicht vor. Im Fall des Beteiligten zu 9 soll die Abschichtungsvereinbarung zu einem Verzicht auf seine Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft führen; dies ist zweifellos nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Im Falle der Beteiligten zu 4 und 7 sollen in der Abschichtungsvereinbarung jedenfalls Abfindungsverpflichtungen begründet werden, die nicht rechtlich vorteilhaft sind. Danach liegt kein Ausnahmefall der Zulässigkeit eines Insihgeschäfts vor, sodass die Beteiligten zu 4, 7 und 9 nicht wirksam durch ihre Eltern vertreten werden konnten. Dabei erstreckt sich gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB der Ausschluss der Vertretungsmacht der Beteiligten zu 1 und 2 auch auf jeweils den anderen Elternteil.

**5 2.** Darüber hinaus hat das Nachlassgericht zu Recht ausgeführt, dass die Erklärungen der noch zu bestellenden Ergänzungspfleger bzw. -betreuer einer Genehmigung durch das Familien- bzw. Betreuungsgericht bedürfen.

**6** Das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung folgt aus § 1822 Nr. 2 BGB (analog). Nach dieser Vorschrift bedürfen Erklärungen eines Vormundes zu einem Erbteilungsvertrag einer familiengerichtlichen Genehmigung. Diese Vorschrift gilt zwar nicht für Erklärungen der Eltern für das minderjährige Kind, weil § 1643 Abs. 1 BGB als die für genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte vorgesehene Verweisungsvorschrift auf Nr. 2 des § 1822 BGB gerade nicht verweist. Für den Ergänzungspfleger gilt gemäß § 1915 Abs. 1 BGB § 1822 Nr. 2 BGB allerdings entsprechend. Gleiches gilt für den Ergänzungsbetreuer, § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB.

**7** § 1822 Nr. 2 BGB ist für die hier in Rede stehende Erklärungen der Beteiligten zu 4, 7 und 9 in dem Abschichtungsvertrag jedenfalls analog anwendbar, weil die Aufgabe der Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft eine der Erbauseinandersetzung unter Miterben vergleichbare vertragliche Regelung betrifft.

**8** Nach § 1822 Nr. 2 BGB bedarf der Vormund zum Abschluss eines Erbteilungsvertrages der Genehmigung des Familiengerichtes. Genehmigungsbedürftig sind danach Auseinandersetzungsverträge unter Miterben, wenn der Mündel an der Erbengemeinschaft beteiligt ist. Gleichgültig ist, ob die Auseinandersetzung hinsichtlich des ganzen Nachlasses oder eines Teils davon erfolgen soll. Der Erbauseinandersetzungsvertrag ist sowohl in den verpflichtenden wie in den verfügenden Teilen genehmigungspflichtig. Die Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts erfasst auch hier regelmäßig die zu seiner Ausführung nötigen Verfügungen.

**9** Ausgehend von diesen Grundsätzen ist auch der Abschluss einer sog. Abschichtungsvereinbarung als eine besondere, von der Rechtsprechung entwickelte Form der Erbauseinandersetzungsvereinbarung (hierzu BGH, NJW 1998, 1557) – zumindest analog § 1822 Nr. 2 BGB – genehmigungsbedürftig.

tig. Denn bei der sog. Abschichtung als der auf ein einverständliches Ausscheiden eines Miterben aus der Erbengemeinschaft gegen Abfindung im Wege der persönlichen Teilauseinandersetzung gerichteten Vertragsgestaltung verfügt der ausscheidende Miterbe über wesentliche aus seinem Erbteil erwachsene Rechte, während die verbleibenden Miterben diesen Verzicht durch Leistung von Abfindungen entgelten. Dient diese Vertragsgestaltung – wie vorliegend – dem Zweck der Erbteilung, so ergibt sich die Genehmigungsbedürftigkeit aus § 1822 Nr. 2 BGB (Staudinger/Veit, Neub. 2014, § 1822 Rdnr. 27; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 10 Fn. 18). Die Interessenverwebung der an der Erbengemeinschaft beteiligten Mündel ist hier deckungsgleich wie im Falle des gesetzlich geregelten Auseinandersetzungsvertrages. Es entspricht danach der in § 1822 Nr. 2 BGB erkennbaren gesetzgeberischen Intention, Rechtsgeschäfte von besonderer Bedeutung nicht der alleinigen Verantwortung des Ergänzungspflegers bzw. -betreuers zu überlassen (zur Gesetzesintention des § 1822 BGB vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 1), auch bei Abschluss eines Abschichtungsvertrages eine Genehmigungspflicht anzunehmen (vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 10 Fn. 18).

(...)

## 11. Grundstücksschenkung mit Übernahme eines Pachtvertrages bedarf keiner familiengerichtlichen Genehmigung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.3.2017, I-3 Wx 65/16

GBO § 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 Abs. 1 und 2 Satz 1, § 75

BGB §§ 107, 523 Abs. 1, §§ 566, 593b, 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 4 und 5, §§ 1822, 1829

FamFG § 38 Abs. 2 und 3, § 39

### LEITSÄTZE:

1. **Erklärt der Eigentümer eines Grundstücks in einem notariellen Vertrag die unentgeltliche Übertragung seines Grundbesitzes an einen von seinen Eltern vertretenen minderjährigen Erwerber bei gleichzeitiger Auflassung, Eintragungsbewilligung sowie von Seiten des Erwerbers beantragter Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch, so bedarf dieser Vertrag nicht deshalb der Genehmigung des Familiengerichts, weil der Erwerber darin auch einen bestehenden Pachtvertrag übernimmt.**
2. **Das den Erwerb bewirkende dingliche Geschäft wird vom Erfordernis der Genehmigung durch das Familiengericht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, der ausschließlich die auf den (entgeltlichen) Erwerb, unter anderem von Grundstücken, gerichteten Kausalgeschäfte betrifft, nicht erfasst. Das Grundbuchamt, das – außer im Falle, dass die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Grundgeschäfts auch die dingliche**

**Einigung tangiert – weder verpflichtet noch berechtigt ist, die Wirksamkeit des Grundgeschäfts zu prüfen, darf hiervon die Eintragung der Rechtsänderung nicht abhängig machen.**

3. **In der Formulierung „Der Pachtvertrag wird übernommen“ kann im Allgemeinen – so auch hier – nicht mehr erblickt werden als die (vorsorgliche) Erklärung, dass dem Erwerber bekannt sei, er werde – kraft Gesetzes (hier nach §§ 593b, 566 BGB) – in einen Pachtvertrag einzutreten haben und könne hieraus Rechte gegenüber dem Veräußerer, etwa unter Berufung auf § 523 Abs. 1 BGB, nicht herleiten; die schenkweise Übertragung des Grundstücks wird allein hierdurch nicht teilentgeltlich.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist Alleineigentümer von Grundbesitz. Am 27.5.2015 schloss er einen notariell beurkundeten Überlassungsvertrag, der unter anderem diesen Grundbesitz zum Gegenstand hatte. Er lautet in den hier interessierenden Hinsichten:

„II. (...)

1. Herr W K überlässt hiermit den bezeichneten Vertragsgegenstand mit allen Rechten und Pflichten, Bestandteilen und dem gesetzlichen Zubehör an seinen Neffen G K zum Alleineigentum.

2. Die Vertragsteile sind über den vereinbarten Eigentumsübergang einig.

Der Veräußerer bewilligt und der Erwerber beantragt die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch.

III. (...)

Die Überlassung erfolgt unentgeltlich im Wege der Schenkung.

Auflagen, zum Beispiel Einräumung eines Rückforderungsrechts bei Eintritt bestimmter Ereignisse, zum Beispiel Veräußerung oder Belastung des Vertragsgegenstandes durch den Erwerber oder Vorversterben des Erwerbers vor dem Veräußerer, werden von den Beteiligten ausdrücklich nicht gewünscht.

IV. (...)

2. Der Veräußerer erklärt, dass das unbebaute Vertragsobjekt verpachtet ist. Der Pachtvertrag wird übernommen.“

2 Die Eltern des Erwerbers waren bei Vertragsschluss durch den Beteiligten zu 1 als vollmachtlosen Vertreter vertreten worden und genehmigten den Übernahmevertrag mit notariell beglaubigten Erklärungen vom 9.6.2015.

3 Mit Schrift vom 12.2.2016 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter Bezugnahme auf § 15 GBO den Vollzug der vorbezeichneten Urkunde beantragt. Daraufhin hat das Grundbuchamt durch die angefochtene, als gerichtliches Schreiben mit Rechtsbehelfsbelehrung gehaltene Zwischenverfügung ausgeführt, dem Antrag könne noch nicht entsprochen werden, einzureichen sei noch die Genehmigung des Familiengerichts zum Überlassungsvertrag nebst Rechtskraftbescheinigung und Zugangsnachweis. Zur Begründung hat es sich darauf berufen, die Schenkung des Grundbesitzes sei wegen des vom Erwerber zu übernehmenden Pachtverhältnisses nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft, wodurch eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5, § 1829 BGB ausgelöst werde.

4 Dem ist der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter dem 23.2.2016 mit näheren Ausführungen entgegengetreten und hat Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung eingelegt. Diesem hat das Grundbuchamt durch – gesondert begründeten – Beschluss vom 2.3.2016 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

**AUS DEN GRÜNDEN:**

(...)

**9** Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

**10** 1. Dabei kann auf sich beruhen, ob die angegriffene Zwischenverfügung bereits aus formellen Gründen der Aufhebung unterliegen muss. Der Senat vertritt in mittlerweile jahrelanger ständiger Rechtsprechung die Auffassung, an der festgehalten wird, dass nach dem Inkrafttreten des FamFG (auch) in Grundbuchsachen eine Zwischenverfügung – und nicht nur die Entscheidung über Nichtabhilfe und Vorlage im Falle einer Rechtsmitteleinlegung – in Form eines Beschlusses zu ergehen hat, der die Erfordernisse der § 38 Abs. 2 und 3, § 39 FamFG wahrt. Diese Beschlussform wird durch die hiesige Zwischenverfügung verfehlt. Zweifelhaft erscheint hingegen, ob das als Zwischenverfügung bezeichnete gerichtliche Schreiben inhaltlich der Beschlussform so weit angenähert ist, dass eine Aufhebung allein unter diesem Gesichtspunkt als bloße Förmerei erscheinen müsste.

**11** Jedenfalls nämlich besteht das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis aus einem doppelten Grunde nicht, und dem Vollzug des Eintragungsantrages steht auch kein anderweitiges Hindernis entgegen.

**12** 2. a) § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, aus dem das Grundbuchamt die aus seiner Sicht bestehende Genehmigungsbedürftigkeit herleitet, betrifft ausschließlich die auf den (entgeltlichen) Erwerb unter anderem von Grundstücken gerichteten Kausalgeschäfte. Das den Erwerb bewirkende dingliche Geschäft wird vom Erfordernis der Genehmigung durch das Familiengericht nicht erfasst. Daher ist die bezeichnete Vorschrift im Grundbuchverfahren im Ansatz ohne Bedeutung (BayObLG, NJW-RR 1990, 87; OLG München, NJW-RR 2011, 267 f.; vgl. auch BGH, NJW 2010, 3643 f.; ferner: BeckOK-BGB/Bettin, Stand: 1.11.2016, § 1821 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1821 Rdnr. 44; Staudinger/Veit, Neub. 2014, § 1821 Rdnr. 81 m. w. N.). Denn das Grundbuchamt ist – außer im Falle, dass die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Grundgeschäfts auch die dingliche Einigung erfasst – weder verpflichtet noch berechtigt, die Wirksamkeit des der dinglichen Rechtsänderung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts zu prüfen und die Eintragung der Rechtsänderung hiervon abhängig zu machen; namentlich würde eine Berufung auf den Grundsatz, dass das Grundbuchamt eine Eintragung dann nicht vornehmen dürfe, wenn sicher feststehe, dass sie das Grundbuch unrichtig machen würde, das zur Trennung von schuldrechtlichem Grund- und dinglichem Vollzugsgeschäft führende Abstraktionsprinzip verkennen. Vielmehr darf das Grundbuchamt die Eintragung einer Rechtsänderung grundsätzlich selbst dann nicht ablehnen, wenn es das Kausalgeschäft für nichtig hält, und hier träte, wäre eine gerichtliche Genehmigung notwendig, nur schwebende Unwirksamkeit des Grundgeschäfts ein (zu allem Vorstehenden: BayObLG, a. a. O.). Unberührt von alledem bleibt, dass das schuldrechtliche Geschäft und damit seine Wirksamkeit in einem anderen Zusammenhang – etwa weil in ihm Vollmachten für das Vollzugsgeschäft enthalten sind – für die Eintragungsvoraussetzungen bedeutsam sein können (a. a. O.).

**13** Im gegebenen Fall geht es nicht um einen Sachverhalt einer Erstreckung der Unwirksamkeitsfolge auf das dingliche Geschäft, und die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts entfaltet auch anderweitig keine Bedeutung für die Eintragungsvoraussetzungen; namentlich geht es weder um rechtsgeschäftliche Vollmachten noch um eine Auflassungsvormerkung.

**14** b) Abgesehen davon, sind die Voraussetzungen des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB hier nicht verwirklicht.

**15** Die Vorschrift fordert einen entgeltlichen Grundstückserwerb. Darunter fällt zwar auch die gemischte Schenkung (statt aller: Palandt/Götz, 76. Aufl. 2017, § 1821 Rdnr. 15), sodass teilentgeltliche Erwerbe denkbar sind. Die schenkweise Übertragung eines Grundstücks ist aber nicht allein deshalb als teilentgeltlich anzusehen, weil die schuldrechtlichen Vereinbarungen den Hinweis auf den Eintritt des Minderjährigen kraft Gesetzes – hier nach §§ 593b, 566 BGB – in bestehende Miet- oder Pachtverhältnisse enthalten; denn dann haben die Vertragsparteien das Ergebnis des Vertragsintritts nicht als vertraglich zu erbringende Gegenleistung, sondern als gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs verstanden, und eine analoge Anwendung der Genehmigungserfordernisse der §§ 1821, 1822 BGB scheidet aus Gründen der Rechtssicherheit aus (dazu BGH, NJW 1983, 1780 ff.). Anders liegen die Dinge deshalb, wenn das Kausalgeschäft über den gesetzlichen Vertragseintritt hinausgehende oder von diesem unabhängige Abreden zur rechtsgeschäftlichen Übernahme von Verpflichtungen aus jenen Verträgen durch den Erwerber umfasst (OLG Hamm, NJW-RR 2014, 1350 f. gegenüber KG, FamRZ 2011, 736 ff.; jurisPK-BGB/Lafontaine, Stand: 15.10.2016, § 1821 Rdnr. 80 f.; Staudinger/Veit, a. a. O. Rdnr. 75).

**16** Im vorliegenden Fall kommt – was das Grundbuchamt nicht anders gesehen zu haben scheint – wegen der Eindeutigkeit der Regelungen in Ziffer III. des Überlassungsvertrages eine Entgeltlichkeit einzig im Hinblick auf den Satz in Ziffer IV. 2.: „Der Pachtvertrag wird übernommen“ in Betracht. Indes kann in dieser Formulierung nicht mehr erblickt werden als die (vorsorgliche) Erklärung, dass dem Erwerber bekannt sei, er werde – kraft Gesetzes – in einen Pachtvertrag einzutreten haben, und hieraus keine Rechte gegenüber dem Veräußerer, etwa unter Berufung auf § 523 Abs. 1 BGB, herleiten. Eine besondere Interessenlage, die es nachvollziehbar erscheinen ließe, dass der Beteteiligte zu 2 über die gesetzliche Rechtsfolge hinaus und selbstständig aufgrund rechtsgeschäftlicher Verpflichtung Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag übernehme, ist nach den Eintragungsunterlagen nicht ansatzweise ersichtlich.

**17** 3. Die angefochtene Zwischenverfügung muss auch nicht vom Beschwerdegericht durch eine solche mit anderem Inhalt ersetzt werden.

**18** Auch anderweitige Tatbestände der Genehmigungsbedürftigkeit sind nämlich nicht verwirklicht. Die Anwendung des § 1821 Nr. 1 bis 4 BGB liegt fern. Dass die sich für einen Minderjährigen durch den Erwerb eines Grundstücks ergebende gesetzliche Folge des Eintritts in einen bestehenden Miet- oder Pachtvertrag nicht unter die Genehmigungstatbestände der § 1822 Nr. 5 oder 10 BGB fällt, hat der BGH, dem der

Senat folgt, bereits 1982 entschieden (NJW 1983, 1780 ff.; dem ausdrücklich folgend auch OLG Hamm, a. a. O.).

19 4. Mit der Frage des lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfts im Sinne des § 107 BGB (in der Tat nur hierzu verhält sich die vom Grundbuchamt angesprochene Entscheidung BGHZ 162, 137 ff.) hat der gegebene Fall, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, nichts zu tun. Anlass für den gegenteiligen Standpunkt des Grundbuchamtes mag der Umstand gewesen sein, dass auch bei § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB Fälle der Belastung des geschenkten Grundstücks mit dinglichen Rechten oder der nicht auf das Zugewendete beschränkten Haftung des Beschenkten auftreten können, doch sind diese Gesichtspunkte dann im Rahmen der Beurteilung der Entgeltlichkeit, nicht des lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfts zu würdigen.

(...)

## 12. Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs

KG, Beschluss vom 16.1.2017, 25 UF 30/16

BGB § 138 Abs. 1

### LEITSATZ:

1. **Selbst wenn alle in einem Ehevertrag enthaltenen Regelungen auf eine einseitige Benachteiligung hinauslaufen, kann dies – da es ein unverzichtbares Mindestmaß an Scheidungsfolgen nicht gibt – das Verdikt der Sittenwidrigkeit erst begründen, wenn sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Dabei lässt sich eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für diese subjektive Seite der Sittenwidrigkeit nicht aufstellen. Trotz Indizwirkung der einseitigen Lastenverteilung ist das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist zwar für sich genommen auch unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten Ehezuschnitts über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das ist namentlich der Fall, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Ver-**

**tragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit verzichtet hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**

3. **Eine Korrektur des Ehevertrags im Wege der richterlichen Ausübungskontrolle kommt nur dann in Betracht, wenn die Abweichung der tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung auf einem Einvernehmen der Ehegatten beruht. Insoweit reicht die zumindest konkludente Willensübereinstimmung der Ehegatten über eine von der faktischen Grundlage ihres Ehevertrags abweichende Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse aus. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten sind geschiedene Eheleute. Der Scheidungsantrag der Antragstellerin ist dem Antragsgegner am 7.12.2015 gestellt und die Ehescheidung mit dem angefochtenen Beschluss ausgesprochen worden.

2 Die Beteiligten streiten über die Geltung des am 1.9.1988 vor dem Notar geschlossenen Ehevertrages, in dem sie unter anderem den Versorgungsausgleich ausgeschlossen haben. (...)

3 Zum Zeitpunkt der Eheschließung am 9.9.1988 arbeitete die Antragstellerin als medizinisch-technische Assistentin (MTA) in einem privaten Labor, wo sie ein sozialversicherungspflichtiges Jahreseinkommen von 37.287 DM bezog. Dieses Arbeitsverhältnis wurde vonseiten des Arbeitgebers gekündigt, nachdem die Antragstellerin ihm eine anstehende Versetzung des Antragsgegners ins Ausland eröffnet hatte. Vom 5.4.1989 bis 20.6.1989 war die Antragstellerin als MTA am Universitätsklinikum Bonn tätig. In diesem Zeitraum erzielte sie ein sozialversicherungspflichtiges Einkommen von 6.827 DM. Vom 21.6.1989 bis 15.10.2004 ging sie keiner Erwerbstätigkeit nach (Aufenthalt der Familie in Washington, Anm. der Schriftleitung). Sie leistete ehrenamtliche Elternarbeit in der Bibliothek der J.F.K.-Schule. Vom 15. bis 31.10.2004 arbeitete sie dann wieder als MTA, wofür sie ein sozialversicherungspflichtiges Einkommen von 1.000 € bezog. Im Jahr 2008 war sie überwiegend im Rahmen geringfügiger Beschäftigungen tätig. (...) Die Antragstellerin arbeitet derzeit in Teilzeit als Redaktionsassistentin beim ZDF, wo sie im Oktober 2015 ein Nettoeinkommen von ca. 1.130 € erhielt.

4 Die Lebensversicherungen der Antragstellerin, auf die der Antragsgegner gemäß dem Ehevertrag Beiträge entrichten sollte, wurden im Januar 2015 in Höhe eines Betrages von 35.312,46 € und im September 2016 in Höhe eines Betrages von 30.653,08 € an die Antragstellerin ausgezahlt.

5 Das AG hat den Versorgungsausgleich (...) ausgeschlossen, da der am 1.9.1988 geschlossene Ehevertrag wirksam sei und auch einer Ausübungskontrolle standhalte. Es sei zu erwarten, dass die Antragstellerin im Alter über eine ausreichende Altersversorgung verfüge, denn sie besitze eine Eigentumswohnung, habe in der Ehezeit Anwartschaften auf eine Monatsrente in der gesetzlichen Rentenversicherung von 471,95 € erworben und verfüge darüber hinaus über die Lebensversicherungen, die der Antragsgegner bedient habe, sowie über sonstiges ererbtes Vermögen. Ein ehebedingter Nachteil sei nicht zu erkennen. Der Umstand, dass die Antragstellerin in der Ehezeit für elf Jahre keine oder nur geringfügige Anwartschaften erworben habe, sei angemessen durch die Einzahlungen des Antragsgegners auf die Lebensversicherungen ausgeglichen worden.

6 Gegen diese (...) Versorgungsausgleichsentscheidung hat die Antragstellerin (...) Beschwerde eingelegt. Sie begehrt die Durchführung des Versorgungsausgleichs und ist der Meinung, der ehe-

vertraglich vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs halte einer Ausübungskontrolle nicht stand. Das AG hätte insoweit eine hypothetische Erwerbsbiographie und einen darauf beruhenden Versicherungsverlauf erstellen müssen. Ohne die Ehe wäre sie im öffentlichen Dienst als MTA in der Entgeltgruppe E 9, Stufe 6, einzugruppieren mit einem Jahresgehalt von ca. 50.000 €. (...) Dies sei durch die an sie ausgeschütteten Lebensversicherungen, die mit vom Antragsgegner veranlassten Krediten über 15.000 € und 27.500 € belastet gewesen seien, nicht kompensiert worden. Zudem wirkten sich die ehebedingten Nachteile auch noch weiter in der Zukunft aus.

**7** Der Antragsgegner bestreitet die von der Antragstellerin behaupteten Karrieremöglichkeiten. Ohne Studienabschluss wäre für sie allenfalls eine Tätigkeit im mittleren Dienst des öffentlichen Dienstes möglich gewesen. Im Übrigen sei der Ehevertrag spätestens mit Abschluss des 15. Lebensjahres des jüngsten Kindes von einer uneingeschränkten Erwerbsobliegenheit der Antragstellerin ausgegangen. Trotzdem habe er die Beiträge zu den Lebensversicherungen der Antragstellerin bis in das Jahr 2014 weiter gezahlt. Die Antragstellerin habe nach der Rückkehr der Familie aus Washington auch durchaus wieder als MTA arbeiten können. Stattdessen habe sie aber Gefallen an der Sachbearbeitung bei den Sendern ARD und ZDF gefunden, wo sie meist in Vollzeit gearbeitet habe und eine Vollzeitstelle auch hätte einklagen können. Zudem hätten ihr im In- und Ausland ständig eine oder mehrere Haushaltshilfen zur Verfügung gestanden und sei eine Berufstätigkeit problemlos möglich gewesen, wie ihre Aktivitäten für die J.F.K.-Schule belegten. Das Geld aus den Belastungen der Lebensversicherungen sei der gesamten Familie zugute gekommen. Zudem verweist er darauf, dass die Antragstellerin infolge einer Erbschaft vermögend sei und über eine ausreichende Altersvorsorge verfüge. Der sehr reiche familiäre Hintergrund der Antragstellerin sei auch der Grund gewesen, warum sie sich auf den Ehevertrag eingelassen habe.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die Beschwerde (...) hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfange auch Erfolg.

**9** 1. Das AG geht allerdings zu Recht davon aus, dass der ehevertraglich vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht sittenwidrig und damit nichtig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB ist.

**10** Nach ständiger Rechtsprechung des BGH unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zueinn- und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Zwar darf die Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle hat der Tatrichter daher zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (vgl. BGH, FamRZ 2004, 601; BGH, FamRZ 2013, 770; BGH, FamRZ 2014, 629; BGH, FamRZ 2014, 1978).

**11** Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Weder der in dem Ehevertrag vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs noch die Vereinbarung der Gütertrennung noch der (teilweise) Unterhaltsverzicht begegnen – für sich genommen

oder im Rahmen einer Gesamtwürdigung – gemessen am Maßstab des § 138 BGB durchgreifenden Bedenken. Selbst wenn man unterstellt, dass das Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen auf eine einseitige Benachteiligung der damals einkommensschwächeren Antragstellerin hinauslief, kann dies – da es ein unverzichtbares Mindestmaß an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten nicht gibt – nach ständiger Rechtsprechung des BGH, der sich auch der Senat anschließt, das Verdikt der Sittenwidrigkeit erst dann begründen, wenn sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt (vgl. BGH, FamRZ 2014, 629; BGH, FamRZ 2014, 1978).

**12** Dabei lässt sich eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für diese subjektive Seite der Sittenwidrigkeit bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (vgl. BGH, FamRZ 2013, 195; BGH, FamRZ 2013, 269). Hierfür liegen vorliegend keine genügenden Anhaltspunkte vor. Selbst wenn der Antragsgegner den Abschluss des Ehevertrages zur Voraussetzung der Eheschließung gemacht haben sollte, reicht dies zur Annahme einer unterlegenen Verhandlungsposition der Antragstellerin noch nicht aus (vgl. BGH, FamRZ 2014, 1978).

**13** Die Antragstellerin war bei Eingehung der Ehe berufstätig und insoweit ökonomisch abgesichert, sodass sich auch aus einem erheblichen Einkommens- oder Vermögensgefälle zwischen den Ehegatten nichts für eine zur Sittenwidrigkeit führende subjektive Imparität herleiten lässt (vgl. insoweit BGH, FamRZ 2013, 269; BGH, FamRZ 2009, 1041). Dabei kann dahin stehen, ob sie sich – wie der Antragsgegner geltend macht – nicht ohnehin durch eine zu erwartende Erbschaft ausreichend ökonomisch abgesichert fühlen durfte.

**14** Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB zwar für sich genommen auch dann unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das ist namentlich dann der Fall, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. In diesem Verzicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. BGH, FamRZ 2008, 2011; FamRZ 2014, 629).

**15** Aber auch ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Zwar gingen die Beteiligten bei Abschluss des Ehevertrages offensichtlich

davon aus, dass die Antragstellerin aufgrund der Betreuung gemeinsamer Kinder und der absehbaren Auslandseinsätze des Antragsgegners längere Zeiten der Arbeitslosigkeit haben wird. Es entsprach ihren beiderseitigen Vorstellungen, dass gemeinsame Kinder auf die Welt kommen werden, und die Antragstellerin den Antragsgegner bei seinen Auslandseinsätzen als Diplomat begleitet. Der Ehevertrag sah eine Berechtigung zum Erhalt nachehelichen Unterhalts nur für die Antragstellerin vor, und zwar unter anderem in Form eines modifizierten Betreuungsunterhaltes. Man ging also davon aus, dass der Antragstellerin die Betreuung der gemeinsamen Kinder obliegen sollte, wobei ihr ab der Einschulung des jüngsten Kindes eine Halbtagsstätigkeit und ab dessen 15. Lebensjahr eine Ganztagsstätigkeit zumutbar sein sollte. Auf der anderen Seite sieht der Ehevertrag für diese Zeiten Kompensationsleistungen des Antragsgegners vor, die – da die Zahl der Kinder und der Auslandseinsätze unwägbar waren – nicht von vorneherein unzureichend erscheinen. Im Übrigen ist zu beachten, dass die richterliche Inhaltskontrolle selbst im Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts keine Halbteilungskontrolle darstellen kann. Der Halbteilungsgrundsatz ist nach der Rechtsprechung des BGH für sich genommen kein tauglicher Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob ein Ehegatte durch die Regelungen in einem Ehevertrag evident einseitig belastet wird (vgl. BGH, FamRZ 2009, 198; FamRZ 2005, 1444).

**16 2.** Soweit ein Ehevertrag – wie hier – der Wirksamkeitskontrolle standhält, ist allerdings im Weiteren im Rahmen einer Ausübungskontrolle zu prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht (§ 242 BGB), wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese Rechtsfolge durch den Vertrag wirksam abbedungen sei. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige und nach Treu und Glauben unzumutbare Lastenverteilung ergibt (BGH, FamRZ 2014, 1978).

**17** Ein zunächst wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs hält nach diesen Maßstäben einer Ausübungskontrolle nicht stand, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (vgl. BGH, FamRZ 2013, 770; FamRZ 2005, 185).

**18** Dies ist vorliegend der Fall. Die Beteiligten sind im Verlaufe der Ehe von ihren gemeinsamen Vorstellungen beim Abschluss des Ehevertrages insoweit abgerückt, als die Antragstellerin nach der Rückkehr der Familie aus Irland im Jahr 2001 keine Halbtagsstätigkeit aufgenommen hat, obwohl die jüngste Tochter der Beteiligten zu diesem Zeitpunkt bereits eingeschult gewesen sein dürfte. Ab Juni 2009, d. h. dem Monat, in dem die jüngste Tochter dann 15 Jahre alt geworden ist, war die Antragstellerin ausweislich des Rentenversicherungsverlaufs auch nicht durchgehend in Vollzeit erwerbstätig. Zudem ergibt sich aus dem Rentenversicherungsverlauf, dass der Antragsgegner keine Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet hat, obwohl die Antragstellerin zum

Beginn ihrer durch den Auslandseinsatz in Kamerun begründeten Erwerbslosigkeit noch nicht die Wartezeit von 60 Monaten erfüllt hatte. Zwar hat der Antragsgegner dann über Juni 2009 hinaus bis in das Jahr 2014 die Beiträge auf die privaten Lebensversicherungen der Antragstellerin entrichtet, diese sind aber im Verlaufe der Ehezeit mit Darlehensverbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 42.500 € belastet worden. Insofern sind Abweichungen von der gemeinsamen Vorstellung der Beteiligten beim Abschluss des Ehevertrages eingetreten.

**19** Im Ergebnis hat die Antragstellerin während der über 27-jährigen Ehezeit im Sinne des § 3 Abs. 1 VersAusglG lediglich die Anwartschaft auf eine Monatsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von insgesamt 471,95 € sowie ein Guthaben aus zwei Lebensversicherungen in Höhe von insgesamt 65.965,54 € für ihre Altersvorsorge erworben. Der Kapitalwert der Rentenansparungen beträgt 104.792,56 €, sodass sich insgesamt Werte i. H. v. 170.758,10 € ergeben. Der Kapitalwert der in der Ehezeit erworbenen Anrechte des Antragsgegners auf Versorgungsbezüge beträgt 672.240,32 €, das ist annähernd das Vierfache. Eine evident einseitige und nach Treu und Glauben unzumutbare Lastenverteilung ist bei einer in solchem Maße unterschiedlichen Versorgungssituation zu bejahen.

**20** Die Antragstellerin verfügte zum Ehezeitende nicht über eine hinreichende, mit dem Gebot der ehelichen Solidarität vereinbare Alterssicherung. Sie wird nicht nur den durch das gute Einkommen des Antragsgegners geprägten ehelichen Lebensstandard bei weitem nicht halten können, sie steht prognostisch sogar schlechter da, als sie ohne die Ehe stünde. Ausweislich ihres Versicherungsverlaufes hat die Antragstellerin in den Jahren 2012-2014 durchschnittlich 0,9644 EP erzielt. Ab Ehezeitende am 30.11.2015 bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze am 1.5.2026 (= 125 Monate) könnte sie bei Fortschreibung ihres jetzigen Einkommens hochgerechnet 10,0455 EP erzielen. Multipliziert mit dem aktuellen Rentenwert West (= 30,45 €) wäre dies eine zusätzliche Monatsrente von 305,88 €. Das liefe auf eine Gesamtrente von nicht einmal 800 € im Monat hinaus. Kapitalisiert man die Lebensversicherungsbeiträge mit 1 % p. a. – was jedenfalls zur Zeit kaum realisierbar ist – käme man bis zu ihrem Eintritt in das Rentenalter auf einen Betrag von ca. 73.170 €, davon könnten ab Rentenbeginn für 20 Jahre monatlich 336 € entnommen werden, d. h. die Altersversorgung der Antragstellerin bewegt sich optimistisch gerechnet bei etwa 1.130 €. Die allein während der Ehezeit erwirtschaftete Altersvorsorge des Antragsgegners liegt bei 4.179,45 €.

**21** Eine Korrektur der vertraglichen Vereinbarung der Eheleute im Wege der richterlichen Ausübungskontrolle kommt nach der Rechtsprechung des BGH zwar nur dann in Betracht, wenn die Abweichung der tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung auf einem Einvernehmen der Ehegatten beruht (vgl. BGH, FamRZ 2004, 601; FamRZ 2014, 1978). Insofern reicht aber die zumindest konkludente Willensübereinstimmung der Ehegatten über eine von der faktischen Grundlage ihres Ehevertrages abweichende Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse aus. Durch eine entsprechende gemeinsame Willensbetätigung distanziert sich auch der durch den

Ehevertrag begünstigte Ehepartner vom ursprünglich geschlossenen Vertrag und seinen Grundlagen, was insbesondere sein Vertrauen in den Bestand des Ehevertrags als weniger schutzwürdig erscheinen lässt (vgl. BGH, FamRZ 2014, 1978). Diese Voraussetzung ist hier in Bezug auf die unterlassene Erwerbstätigkeit der Antragstellerin ab dem Grundschulalter der jüngsten Tochter, die Belastung ihrer Lebensversicherungen und schließlich der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit außerhalb ihres erlernten Berufes gegeben. Der Antragsgegner macht selbst nicht geltend, er habe die Antragstellerin während der Ehe zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gedrängt.

**22** Einer Korrektur der vertraglichen Vereinbarung steht vorliegend auch nicht entgegen, dass der Antragstellerin unstreitig ein höheres Vermögen vonseiten ihrer Mutter zufiel und sie darüber hinaus eine weitere, nicht unerhebliche Erbschaft zu erwarten hat, denn diese Umstände haben nach Auffassung des Senates im Rahmen der Ausübungskontrolle außer Betracht zu bleiben. Zum einen stellt eine zu erwartende Erbschaft keine sichere Altersvorsorge dar, da ein Erblasser immer anderen Sinnes werden oder sich das vorhandene Vermögen aus nicht in der Hand eines Erbanwärters liegenden Gründen verringern kann. Insoweit ist auch nicht anzunehmen, dass die in Aussicht stehende Erbschaft gleichsam Geschäftsgrundlage des Ehevertrages war. Zum anderen muss dieser Aspekt auch vor dem Hintergrund, dass mit dem Scheidungsfolgenrecht, so auch dem Versorgungsausgleich, der Ausgleich ehebedingter Nachteile bezweckt wird, bei der Angemessenheitskontrolle der getroffenen Vereinbarung außer Betracht bleiben.

**23** Allerdings führt die richterliche Ausübungskontrolle auf der Rechtsfolgenseite weder ohne Weiteres zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Vielmehr ist diejenige Rechtsfolge anzuordnen, welche die berechtigten Belange beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise berücksichtigt (BGH, FamRZ 2004, 601; FamRZ 2013, 770; FamRZ 2014, 629; FamRZ 2014, 1978).

**24** Durch die richterliche Anpassung von Eheverträgen im Wege der Ausübungskontrolle sollen – wie bereits angeführt – ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden. Der Ehegatte kann daher durch die Anpassung des Ehevertrags nicht besser gestellt werden, als er ohne die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit stünde (vgl. BGH, FamRZ 2013, 770; BGH, FamRZ 2007, 974). Die richterliche Ausübungskontrolle hat sich daher im Ausgangspunkt daran zu orientieren, welche Versorgungsansprüche der sich durch den Ausschluss des Versorgungsausgleichs benachteiligt sehende Ehegatte ohne die Ehe und die ehebedingte Rollenverteilung durch eigene Berufstätigkeit hätte erwerben können (vgl. BGH, FamRZ 2013, 770; FamRZ 2014, 629; FamRZ 2014, 1978). Wurden – wie hier – Kompensationsleistungen zum Ausgleich ehebedingter Versorgungsnachteile vereinbart, müssen diese zwar zu einem angemessenen, aber nicht notwendig zu einem gleichwertigen Ausgleich für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich führen (*Rauscher*, DNotZ 2004,

524, 538). Im Rahmen richterlicher Wirksamkeitskontrolle sind sie allenfalls dann als unzureichend anzusehen, wenn sie nicht annähernd geeignet sind, die aufgrund des geplanten Zuschnitts der Ehe sicher vorhersehbaren oder die bereits entstandenen ehebedingten Versorgungsnachteile des verzichtenden Ehegatten zu kompensieren (vgl. BGH, FamRZ 2014, 629; OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, 34; OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683, 1684).

**25** Zur Ermittlung dieser Versorgungsnachteile ist der auf einer hypothetischen Erwerbsbiographie ohne die Ehe beruhende Versicherungsverlauf der Antragstellerin zu entwickeln (vgl. BGH, FamRZ 2013, 770).

**26** Die hypothetische Versorgungsbiographie der Antragstellerin wäre ohne die Eheschließung durch eine Fortsetzung ihrer Tätigkeit als MTA geprägt gewesen. Dabei kann allerdings nicht unterstellt werden, dass sie heute ein Erwerbseinkommen nach der Entgeltgruppe E 9, Stufe 6 des für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifvertrages erzielen würde, denn dieses setzt nach dem von der Antragstellerin selbst vorgelegten Internetausdruck einen Bachelor- oder Fachhochschulabschluss voraus, den die Antragstellerin nicht hat. Im Übrigen ist nicht davon auszugehen, dass die Antragstellerin heute im öffentlichen Dienst tätig wäre, denn sie hat ihren Arbeitsplatz in der freien Wirtschaft erst nach der Eheschließung deshalb verloren, weil dem Antragsgegner drohte, ins Ausland versetzt zu werden, und gelangte dann nur auf Vermittlung des Arbeitsamtes kurzfristig in den öffentlichen Dienst, wo sie weniger als vorher verdiente. Es ist daher davon auszugehen, dass sie ohne die Ehe weiter in Vollzeit als MTA in einer privaten Praxis bzw. einem privaten Labor tätig gewesen wäre.

**27** Soweit es die Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung betrifft, werden die fiktiven Versorgungsanwartschaften in der Regel dadurch zu ermitteln sein, dass die ggf. gemäß § 287 ZPO zu schätzenden Entgelte, die der berechtigte Ehegatte bei gedachter (vollschichtiger) Erwerbstätigkeit in den Jahren der ehebedingten Aufgabe oder Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit hätte erzielen können, in das Verhältnis zum jeweils gegebenen Durchschnittsentgelt aller Versicherten gesetzt und die sich hieraus ergebende Summe an Entgeltpunkten ermittelt wird (vgl. BGH, FamRZ 2005, 185; FamRB 2013, 34; FamRB 2013, 770).

**28** Die Antragstellerin erzielte zuletzt, d. h. im Jahr 1988 als angestellte MTA in einem freien Labor ein sozialversicherungsrechtliches Entgelt von 37.287 DM. Hieraus errechneten sich 0,9586 Entgeltpunkte im Jahr. Sie befand sich damals offenbar im zweiten Jahr nach Abschluss ihrer Ausbildung. Im Jahr 1987 verdiente sie noch 31.315 DM, d. h., ihr Einkommen war um rund 19 % gestiegen.

**29** Nach der Rechtsprechung des BGH kann bei einer längeren Aufgabe oder Einschränkung der Erwerbstätigkeit zur Vereinfachung der Berechnung fiktiver Versorgungsanwartschaften zwar erwogen werden, dieser einen durchschnittlichen Erwerb von Entgeltpunkten im Kalenderjahr zugrunde zu legen und diesen Durchschnittswert auf den gesamten Betrachtungszeitraum zu übertragen. Diese Methode – die auf einen Zuwachs von einem Entgeltpunkt pro Ehejahr hinauslief – ist allerdings dann problematisch, wenn die gedachte Erwerbs-

biographie des berechtigten Ehegatten mit einem beruflichen Aufstieg einhergegangen wäre. Davon kann der Senat vorliegend zwar nicht ausgehen, denn die tatsächliche Erwerbsbiographie der Antragstellerin bietet keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin in ihrem Beruf als MTA eine besondere Karriere gemacht hätte. Das Gehalt der Antragstellerin wäre aber nach aller Lebenserfahrung und, wie sich auch aus der Gehaltserhöhung nach dem ersten Berufsjahr ergibt, mit zunehmender Berufserfahrung weiter gestiegen.

(...)

**32** Die im Wege der Ausübungskontrolle vorzunehmende Anpassung des Ehevertrages nimmt der Senat entsprechend den Grundsätzen des § 313 Abs. 1 BGB anhand der beiderseitigen Interessenlage unter größtmöglicher Wahrung der ursprünglichen Regelung vor. Insoweit bietet sich kein Teilausgleich vorhandener Versorgungsanwartschaften an, sondern eine zusätzliche Kompensationsleistung durch den Antragsgegner in Form einer Geldzahlung. Die ursprünglich vereinbarte Kompensationsleistung bestand zwar im Wesentlichen in der Finanzierung von Lebensversicherungen für die Antragstellerin. Angesichts des zwischenzeitlichen Alters der Antragstellerin und des Umstandes, dass diese Form der Altersvorsorge mittlerweile als eher unwirtschaftlich gilt, hält der Senat eine direkte Auszahlung des Kompensationsbetrages an die Antragstellerin für angemessen, zumal der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung nicht nachvollziehbar dargestellt hat, dass und warum er hierzu angesichts seiner guten Einkommensverhältnisse nicht in der Lage ist.

**33** Da der Versorgungsausgleich nur den Ausgleich während der Ehezeit des § 3 Abs. 1 VersAusglG erlittener Nachteile bei der Altersvorsorge bezweckt (so im Ergebnis auch OLG Brandenburg, NZFam 2016, 897; KG, Beschluss vom 19.3.2013, 13 UF 229/12), kann der Antragstellerin ein Ausgleich für erst danach eintretende Versorgungsnachteile nicht zugesprochen werden, zumal sich diese kaum prognostizieren lassen. Hier kann ein Ausgleich allenfalls über einen Altersvorsorgeunterhalt bewirkt werden.

(...)

### 13. Abschließende vertragliche Regelung zum Unterhaltsausschluss bei verfestigter Lebensgemeinschaft

OLG Hamburg, Beschluss vom 10.1.2017, 2 UF 96/16

BGB §§ 116, 133, 157, 1579 Nr. 2

#### LEITSATZ:

**Eine in einer notariellen Vereinbarung der Eheleute enthaltene Regelung zum Wegfall nachehelicher Unterhaltsansprüche bei zweijährigem Zusammenleben mit einem Partner in einem Haushalt ist nach ihrem konkreten Wortlaut und der Gesamtstruktur der Vereinbarung als eine den Rückgriff auf § 1579 Nr. 2 BGB ausschließende Spezialregelung zu verstehen.**

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 14. Personenidentität zwischen Ergänzungspfleger und Testamentsvollstrecker

OLG Hamm, Beschluss vom 15.5.2017, 7 WF 240/16

BGB § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1778 Abs. 1 Nr. 5, § 1795 Abs. 2, § 1917 Abs. 1 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der Erblasser kann grundsätzlich rechtswirksam verfügen, dass der Testamentsvollstrecker zugleich Ergänzungspfleger für den minderjährigen Erben in Bezug auf das ererbte Vermögen sein soll. Die Bestellung als Ergänzungspfleger scheidet nur dann aus, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die berufene Person als Ergänzungspfleger des Minderjährigen dessen Belange in Bezug auf den Nachlass nicht ordnungsgemäß wahrnehmen wird.**
- 2. Widerspricht der Minderjährige der Bestellung der vom Erblasser als Ergänzungspfleger berufenen Person, so steht dies deren Bestellung nicht grundsätzlich entgegen. Es entfällt aber die Bindung des Gerichts an die Benennung durch den Erblasser, so dass dem Gericht nach § 1779 Abs. 2 BGB ein Ermessen bei der Auswahl des Ergänzungspflegers eingeräumt ist.**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Beteiligte zu 3 wendet sich mit seiner Beschwerde dagegen, dass das Familiengericht das beteiligte Jugendamt und nicht ihn zum Ergänzungspfleger für T bezüglich ihres von ihrer Mutter erbten Vermögens bestellt hat.

**2** Am 21.5.2016 verstarb die 1965 geborene M (Erblasserin). Sie war seit 1996 mit dem 1963 geborenen Kindesvater V verheiratet. Aus dieser Ehe sind der Sohn S, geboren 1998, und die Tochter T hervorgegangen. Im Januar 2013 hatten sich die Erblasserin und der Kindesvater getrennt. Unter dem 16.12.2015 wurde ihre Ehe rechtskräftig geschieden (Az. AG Soest 17 F 52/14).

**3** Am 7.9.2015 hatte die Erblasserin vor dem Notar ein notarielles Testament errichtet, in dem sie unter anderem folgende letztwilligen Verfügungen getroffen hatte:

„§ 1 Vorbemerkungen, Rechtswahl  
(...)“

Mit dem nachstehenden Testament will ich erreichen, dass mein Nachlass ausschließlich meinen vorgenannten Kindern bzw. deren Abkömmlingen zufließt und mein in Kürze von mir geschiedener Ehemann in keiner Weise auf diesen Nachlass einwirken kann, insbesondere auch dann nicht, wenn meine Kinder im Zeitpunkt meines Todes noch minderjährig sein sollten. Meinem demnächst von mir geschiedenen Ehemann soll von meinem Nachlass auch dann nichts zufließen, wenn eines oder beide meiner vorgenannten Kinder verstorben sind. (...)

§ 3 Erbfolge

1. Ich bestimme hiermit zu meinen Erben zu gleichen Teilen meine Kinder (S und T). Sie sind Vorerben. Ersatzvorerben sind ihre Abkömmlinge nach gesetzlicher Erbfolge. Die Vorerben sind

von allen Beschränkungen gemäß § 2136 BGB befreit. Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Tod des jeweiligen Vorerben.

2. Nacherben sind die gewillkürten, ersatzweise die gesetzlichen Erben des jeweiligen Vorerben entsprechend ihren Erbteilen. Mein demnächst von mir geschiedener Ehegatte, seine einseitigen Abkömmlinge – also nicht meine beiden vorgenannten Kinder – und seine Verwandten aufsteigender Linie sind von der Nacherbfolge ausgeschlossen. Das Nacherbenrecht ist nicht vererblich und nicht übertragbar.

3. Hat eines meiner Kinder keine Abkömmlinge, so dass diese nicht als Ersatzvorerben zur Verfügung stehen können, wächst dieser Erbanteil dem jeweils anderen Kind zu.

Äußerst ersatzweise sowohl für die Vorerbschaft als auch für die Nacherbschaft bestimme ich meinen Bruder (B).

§ 4 Pflegschaft, Vormund, Testamentsvollstreckung

1. Die Sorge über das Vermögen meiner Kinder (S und T) erstreckt sich nicht auf das Vermögen, was meine Kinder von Todes wegen, insbesondere nach meinem Tod erworben haben. Zum Ergänzungspfleger für dieses Vermögen, das sie von Todes wegen nach meinem Tod – als dann möglicherweise noch Minderjährige – erworben haben, bestimme ich meinen Bruder (B).

2. Als Vormund für meine Kinder benenne ich gemäß den §§ 1773 ff. BGB meinen vorgenannten Bruder (B), sofern nicht dem Vater der Vorerben das Sorgerecht zusteht.

3. Ich ordne Dauertestamentsvollstreckung an bis zu dem Zeitpunkt, in dem das jüngere meiner beiden Kinder das 27. Lebensjahr vollendet hat. (...) Zum Testamentsvollstrecker ernenne ich meinen Bruder (B).“

4 2016 wurde dieses Testament eröffnet. Durch den angefochtenen Beschluss 2016 hat das AG – Familiengericht – Soest – nach vorheriger Anhörung der Beteiligten im schriftlichen Verfahren – für T eine Ergänzungspflegschaft angeordnet mit dem Aufgabenkreis „Wahrnehmung der Rechte (der T) gegenüber dem Testamentsvollstrecker (B)“. Zum Ergänzungspfleger hat das Familiengericht das beteiligte Jugendamt bestellt. Zur Begründung hat das Familiengericht unter Hinweis auf den Beschluss des OLG Schleswig-Holstein vom 23.3.2007, 8 WF 191 und 195/06, sowie die Kommentierung von Palandt/*Weidlich*, 74. Aufl., § 2197 Rdnr. 7, ausgeführt, dass ein Erblasser nicht verbindlich bestimmen könne, dass der Testamentsvollstrecker zugleich Ergänzungspfleger sein solle. Deshalb sei für T ein gesonderter Ergänzungspfleger zu bestellen. Das insoweit ausgewählte Jugendamt sei hierzu bereit und geeignet.

5 Gegen diesen Beschluss (...) hat B (...) Beschwerde eingelegt. Zur Begründung seines Rechtsmittels trägt er vor: Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft sei zu Unrecht erfolgt. Die Verfügung der Erblasserin in ihrem Testament, er solle Ergänzungspfleger für T bezüglich ihres Vermögens sein, das sie von der Erblasserin erbe, und seine gleichzeitig erfolgte Bestimmung zum Testamentsvollstrecker führten nicht zu einem generellen Interessengegensatz, der die Bestellung einer anderen Person zum Ergänzungspfleger rechtfertigen könne. Hier bestehe kein Grund für die Annahme, er werde als Testamentsvollstrecker und Ergänzungspfleger die Belange der T nicht hinreichend wahren und fördern. Der BGH habe in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden, dass ein Vater, der zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden ist, zugleich seinen minderjährigen Sohn als Erben gesetzlich vertreten könne (BGH, Beschluss vom 5.3.2008, XII ZB 2/07).

6 Der Kindesvater verteidigt den angefochtenen Beschluss. Er trägt vor: Er habe Bedenken, wenn B zum Testamentsvollstrecker und zugleich zum Ergänzungspfleger für T bestellt werde. Nachdem sich der Gesundheitszustand der Erblasserin Anfang 2016 immer weiter verschlechtert habe, seien die beiden gemeinsamen Kinder zu ihm, dem Kindesvater, gezogen. Nach dem Tod der Erblasserin habe ihre Wohnung über Monate leer gestanden; B habe den Mietvertrag trotz mehrerer Hinweise nicht gekündigt, wodurch vermeidbare Kosten entstanden seien. Im Oktober 2016 habe S diese Wohnung bezogen. B habe keine Informationen über den Verbleib des Pkw der Erblasserin erteilt und auch verschwiegen, dass eine Lebensversicherung der Erblasser-

in, bezüglich derer S und T Begünstigte seien, unabhängig von der Nachlassregelung ausgezahlt werden könne. B habe trotz mehrerer Aufforderungen des beteiligten Jugendamtes keine Auskunft über den Nachlass erteilt, insbesondere keine Zahlen und Fakten mitgeteilt. T wolle keine Kosten tragen, die für sie irrelevant seien. Die Einsetzung des Jugendamtes Soest als Ergänzungspfleger und zugleich als Kontrollinstanz sei sachgerecht.

7 B weist das Vorbringen des Kindesvaters zurück und trägt hierzu vor: Die Erblasserin habe ihm unbedingt vertraut. Sie habe ihm auch eine Generalvollmacht nebst Betreuungs- und Patientenverfügung erteilt. Die Generalvollmacht solle über ihren Tod fortgelten. Der Kindesvater sei auf seinen eigenen Vorteil bedacht gewesen; so habe er der Erblasserin keinen Trennungsunterhalt und S, der kein eigenes Einkommen habe, keinen Kindesunterhalt gezahlt, obwohl er als Oberstudienrat hierzu ohne Weiteres in der Lage (gewesen) sei. S' Unterhalt werde deshalb von ihm, B, und Herrn G, dem vormaligen Lebensgefährten der Erblasserin, bestritten. Ebenso unterstützten er und Herr G auch T. Die beiden Kinder der Erblasserin hätten mit ihr bis zu ihrem Tod in ihrer Wohnung gewohnt. Beide hätten auch nach dem Tod der Erblasserin zusammen bleiben und in der Wohnung der Erblasserin leben wollen. Dies habe der Kindesvater verhindert und Druck auf T ausgeübt. Nach dem Tod der Erblasserin hätten ihre beiden Kinder bis zum 21.5.2016 ihre Wohnung genutzt. Seit September 2016 bewohne S diese Wohnung, tageweise auch T. Er, B, und Herr G ermöglichten S den Verbleib in dieser Wohnung. Den zum Nachlass der Erblasserin gehörenden Pkw verwahre er auf seine Kosten, damit S und T diesen Pkw nach dem Erwerb des Führerscheins gemäß ihrem Wunsch nutzen könnten. Der Kindesvater wolle die Lebensversicherungen für sich vereinnahmen, dies habe auch die Erblasserin befürchtet. Er, B, wolle veranlassen, dass die Versicherungssummen auf ein Treuhandkonto gezahlt werden. Er habe S und T entsprechend informiert. Die Auszahlung der Versicherungssumme solle nach der Senatsentscheidung veranlasst werden. Er wolle, dass sämtliche zum Nachlass gehörenden Geldmittel auf ein gemeinsames Treuhandkonto von S und T eingezahlt werden.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

10 I. Die Beschwerde des B ist unbegründet.

11 1. Allerdings geht der Senat davon aus, dass die Erblasserin in ihrem Testament rechtswirksam verfügen konnte, dass ihr Bruder, B, Testamentsvollstrecker und zugleich Ergänzungspfleger der minderjährigen Erben in Bezug auf das ererbte Vermögen sein sollte. Der gegenteiligen Auffassung (vgl. OLG Schleswig-Holstein, NJW-RR 2007, 1597; OLG Nürnberg, FamRZ 2002, 272; OLG Hamm, FamRZ 1993, 1122), der das Familiengericht in dem angefochtenen Beschluss gefolgt ist, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Der BGH hat zu dieser Frage, worauf B zutreffend hinweist, ausgeführt, dass ein Erblasser einen Elternteil eines minderjährigen Erben wirksam zum Testamentsvollstrecker berufen könne, dieser Elternteil nicht nach den § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB an der Ausübung der elterlichen Sorge für den Minderjährigen in Bezug auf das ererbte Vermögen gehindert sei und in derartigen Fällen nicht stets ein erheblicher Gegensatz zwischen den Interessen des minderjährigen Erben einerseits und denen des gesetzlichen Vertreters/ Testamentsvollstreckers andererseits bestehe, d. h. die Aufgaben des Testamentsvollstreckers und die des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Erben von derselben Person wahrgenommen werden können (BGH, FamRZ 2008, 1156; ebenso MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 7. Aufl. 2017, § 2197 Rdnr. 10; Staudinger/*Reimann*, Neub. 2016, § 2197

Rdnr. 85 ff.). Dies gilt nach Ansicht des BGH insbesondere dann, wenn aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses der Beteiligten kein Anlass zu der Annahme besteht, der Vertreter werde unbeschadet seiner eigenen Interessen die Belange des Erben/Vertretenen nicht im gebotenen Maße wahren und fördern (BGH, a. a. O.). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Danach sind die Funktionen des Testamentsvollstreckers mit denen des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Erben vereinbar. Die Erblasserin konnte folglich wirksam bestimmen, dass B Testamentsvollstrecker und zugleich Ergänzungspfleger der minderjährigen Erben sein sollte. Diese letztwillige Verfügung war mithin bei der Auswahl und bei der Bestellung des Ergänzungspflegers beachtlich.

**12** Konkrete Anhaltspunkte, B werde als Ergänzungspfleger der T deren Belange in Bezug auf den Nachlass nicht ordnungsgemäß wahrnehmen, sind nicht erkennbar.

**13** 2. Die Unbegründetheit der Beschwerde ergibt sich daraus, dass T der Bestellung des B zum Ergänzungspfleger gemäß den § 1917 Abs. 1 Satz 2, § 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB widersprochen hat, dieser Wille der T beachtlich ist und ihm bei der Auswahl des Ergänzungspflegers entscheidende Bedeutung zukommt.

**14** Nach § 1917 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, wenn – wie hier – ein Minderjähriger Vermögen erbt und der Erblasser verfügt hat, der überlebende Elternteil solle dieses Vermögen nicht verwalten, als Ergänzungspfleger diejenige Person berufen, die der Erblasser in seinem Testament hierzu bestimmt hat. Gemäß § 1917 Abs. 1 Satz 2, § 1778 BGB darf diese Person bei der Pflegerauswahl ohne ihre Zustimmung nur unter den Voraussetzungen des § 1778 BGB übergegangen werden, nach Abs. 1 Nr. 5 dieser Vorschrift dann, wenn der Minderjährige, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, ihrer Bestellung widerspricht, es sei denn, dass der Minderjährige geschäftsunfähig ist.

**15** Hier hat die – nicht geschäftsunfähige – T der Bestellung des B zu ihrem Ergänzungspfleger bei ihrer persönlichen Anhörung (...) ausdrücklich widersprochen und unmissverständlich erklärt, sie bevorzuge, wenn eine neutrale Stelle wie zum Beispiel das beteiligte Jugendamt zu ihrem Ergänzungspfleger bezüglich des ererbten Vermögens bestellt werde. Sie hat sich gegenüber dem Senat ausdrücklich dafür ausgesprochen, dass es bei der Führung der Ergänzungspflegschaft durch das beteiligte Jugendamt verbleiben solle. Dass dieser Wille fremdinduziert ist, insbesondere durch den Kindesvater, vermag der Senat nicht festzustellen. Die von B erwähnte E-Mail der T rechtfertigt keine andere Beurteilung, bestätigt vielmehr, dass sie sich vor dem Senat wie dargestellt geäußert hat. Insoweit liegt die Annahme nicht fern, dass sie gerade wegen des offensichtlichen Konflikts zwischen V und B wünscht, dass eine neutrale Stelle die Aufgaben des Ergänzungspflegers wahrnimmt.

**16** Der erklärte Widerspruch der T hat zwar, worauf B zutreffend hinweist, nicht zur Folge, dass die Bestellung dieses Beteiligten zum Ergänzungspfleger schlechthin ausgeschlossen ist, sondern lediglich, dass das Gericht an die Benennung durch die Erblasserin nicht mehr gebunden ist; der Wider-

spruch steht einer Ernennung des B zum Ergänzungspfleger nach § 1779 BGB nicht grundsätzlich entgegen (vgl. Münch-Komm-BGB/Wagenitz, § 1778 Rdnr. 15). Auch unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte hat es jedoch bei der Bestellung des beteiligten Jugendamts zum Ergänzungspfleger zu verbleiben.

**17** Nach § 1779 BGB hat das Familiengericht bei der Auswahl des Vormunds bzw. des Ergänzungspflegers eine Ermessensentscheidung zu treffen. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift soll das Familiengericht eine Person auswählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist; bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Personen sind der mutmaßliche Wille der Eltern, die persönlichen Bindungen des Mündels, die Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Mündel sowie das religiöse Bekenntnis des Mündels zu berücksichtigen.

**18** Der Senat geht davon aus, dass B und das beteiligte Jugendamt in gleicher Weise geeignet sind, das von T ererbte Vermögen zu verwalten. Der Wille der Erblasserin, B solle zum Ergänzungspfleger bestellt werden, muss hier aufgrund des Widerspruchs der T zurücktreten; dies ist die Folge des Widerspruchsrechts gemäß § 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB (vgl. Münch-Komm-BGB/Spickhoff, § 1779 Rdnr. 8). Gleiches gilt für die persönlichen Bindungen und die Verwandtschaft zwischen T und B; nach dem Willen der T sollen diese Gesichtspunkte bei der Auswahl des Ergänzungspflegers gerade nicht ausschlaggebend sein. Bei der Bewertung und Gewichtung des von T erklärten Widerspruchs gegen die Bestellung des B zum Ergänzungspfleger ist maßgeblich und entscheidend zu berücksichtigen, dass B 17 Jahre und gut 7 Monate alt ist, in weniger als 5 Monaten volljährig sein wird, vollkommen altersgemäß entwickelt und ohne Weiteres in der Lage war und ist, die Ergänzungspflegschaft und die Frage, wer zu ihrem Ergänzungspfleger bestellt werden soll, zutreffend zu überblicken und zu beurteilen. Der Senat hält es in einer solchen Situation insbesondere mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht für unzulässig, eine Person zum Ergänzungspfleger des fast Volljährigen zu bestimmen, deren Bestellung dieser ausdrücklich und mit durchaus nachvollziehbaren Gründen widersprochen hat, wenn für die Bestellung gerade dieser Person keine überwiegenden, zwingenden Gründe vorliegen, was hier im Hinblick auf eine Bestellung des B nicht der Fall ist.

**19** Danach hat es bei der Bestellung des beteiligten Jugendamtes zum Ergänzungspfleger zu verbleiben.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Steffen Ott**, MBLT, Weinheim

#### 1. Einordnung der Entscheidungsproblematik

Die Vermögenssorge erstreckt sich gemäß § 1638 Abs. 1 BGB nicht auf das Vermögen, welches ein Kind von Todes wegen erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen. Bei dem Bestimmungsrecht des Erblassers handelt es sich um eine sog. familienrechtliche An-

ordnung. Dogmatisch bestimmt § 1638 BGB eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 1626 Abs. 1 BGB, wonach die elterliche Vermögenssorge grundsätzlich das gesamte Vermögen des Kindes umfasst. Der Anwendungsbereich eines letztwillig verfügten Entzugs des elterlichen Verwaltungsrechts liegt vornehmlich bei Geschiedenen-testamenten, in deren Rahmen es dem verfügenden Elternteil regelmäßig auch darum geht, den Einfluss des von ihm geschiedenen anderen Elternteils auf das dem Minderjährigen hinterlassene Vermögen möglichst gering zu halten. Aber auch außerhalb von Geschiedenen-testamenten findet die Vorschrift des § 1638 BGB Anwendung. So etwa, wenn Großeltern ihre minderjährigen Enkelkinder letztwillig bedenken, die Verwaltung jedoch nicht den Eltern (oder einem Elternteil, vgl. § 1638 Abs. 3 BGB) überlassen werden soll.

Der Verwaltungsrechtsentzug hat zur Folge, dass verwaltungsfreies Vermögen des Kindes entsteht und daher nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB ein (Zuwendungs-)Pfleger bestellt werden muss. Das Gesetz gibt dem Erblasser auch an dieser Stelle noch Einflussmöglichkeiten, indem es ihm nach § 1917 BGB das Recht einräumt, den Pfleger durch letztwillige Verfügung zu benennen. Benennt der Erblasser jedoch nicht nur einen Pfleger, sondern ordnet darüber hinaus auch noch eine Testamentsvollstreckung an, so stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Testamentsvollstreckung zur Pflegerbestellung steht. Zunächst kann festgehalten werden, dass der Entzug des elterlichen Verwaltungsrechts (mit der Folge der Pflegerbestellung) und die Anordnung der Testamentsvollstreckung sich nicht ausschließen, sondern vielmehr nebeneinander verfügt werden können. Beide Instrumente haben ihre jeweiligen Vor- und Nachteile. Während der Testamentsvollstrecker (anders als der Pfleger) grundsätzlich keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt und auch über die Volljährigkeit des Kindes im Amt bleiben kann, steht eine eingetretene – Bindung durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament einer Anordnung nach § 1638 BGB nicht entgegen, da diese (anders als die Anordnung einer Testamentsvollstreckung) keine beeinträchtigende Verfügung im Sinne des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellt. Der (künftige) Erblasser kann die Anordnung einer Testamentsvollstreckung daher auch mit dem Entzug des elterlichen Verwaltungsrechts (einschließlich Pflegerbenennung) kombinieren. Die Kombination führt dazu, dass den Eltern auch keine Kontrollbefugnisse hinsichtlich des Testamentsvollstreckers mehr zustehen; die Wahrnehmung der Rechte des Kindes gegenüber dem Testamentsvollstrecker (einschließlich des Rechts auf Stellung eines Antrags auf Entlassung) obliegt vielmehr dem Pfleger.

Probleme aus einer Kombination können entstehen, wenn der Erblasser (wie in dem vorliegend vom OLG Hamm entschiedenen Fall) letztwillig bestimmt hat, dass der von ihm benannte Pfleger zugleich das Amt des Testamentsvollstreckers übernehmen soll. Nach Auffassung des OLG Schleswig kann ein Erblasser nämlich nicht mit bindender Wirkung bestimmen, dass ein Testamentsvollstrecker zugleich Pfleger sein soll, da eine Personenidentität zwischen Testamentsvollstrecker und Pfleger unzulässig sei. Das Gericht sieht hierin eine Gefährdung des Kindeswohls im Sinne

des § 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB, unter anderem, weil der Testamentsvollstrecker sich selbst kontrollieren müsste.<sup>1</sup>

## 2. Stellungnahme

Die vorliegende Entscheidung des OLG Hamm geht – entgegen der vorgenannten Auffassung des OLG Schleswig aus dem Jahr 2007 – davon aus, dass die Funktionen des Testamentsvollstreckers mit denen des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Erben vereinbar sind, sodass eine Personenidentität zwischen Testamentsvollstrecker und Pfleger grundsätzlich zulässig ist.<sup>2</sup> Zur Begründung verweist der Senat in seinen Entscheidungsgründen insbesondere auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2008.<sup>3</sup> Der BGH vertritt dort die Auffassung, dass er einer generalisierenden Betrachtungsweise, die darauf hinausläuft, die Wahrnehmung beider Stellungen (gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker) in jedem Fall als unzulässig anzusehen, ablehnend gegenübersteht. Vielmehr sei im Einzelfall durch den Tatrichter zu entscheiden, ob eine Pflegerbestellung geboten ist oder ob aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses zwischen Vater und Kind keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vater werde unbeschadet seiner eigenen Interessen die Belange des Kindes nicht in gebotenem Maße wahren und fördern, was eine Pflegerbestellung wiederum entbehrlich mache.

Vergleicht man die Entscheidung des BGH mit der nunmehr vom OLG Hamm vertretenen Auffassung zur Frage der Zulässigkeit einer Doppelfunktion als Testamentsvollstrecker einerseits und Pfleger andererseits, so lässt sich feststellen, dass das OLG Hamm die Schwelle zur Zulässigkeit noch einmal deutlich herabgesetzt hat. In dem vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt handelte es sich um den Vater des Kindes, mithin um das nächste verwandtschaftliche Beziehungsverhältnis. Gleichwohl macht der BGH die Zulässigkeit einer Doppelfunktion des Elternteils davon abhängig, dass *keinerlei Anlass* zu der Annahme besteht, dass der Elternteil nicht im ausschließlichen Interesse des Kindes handeln werde. Demgegenüber wurde im Fall des OLG Hamm (lediglich) der Onkel des minderjährigen Kindes zum Pfleger (und Testamentsvollstrecker) benannt. Nach Ansicht des Senats scheidet die Bestellung als Pfleger dennoch nur dann aus, wenn *konkrete* Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die berufene Person als Pfleger des Minderjährigen dessen Belange in Bezug auf den Nachlass nicht ordnungsgemäß wahrnehmen wird.

## 3. Folgerungen für die (notarielle) Praxis

Obwohl es rechtlich zulässig ist, dass der (künftige) Erblasser einen Elternteil nach § 1917 BGB letztwillig zum Pfleger

1 OLG Schleswig, Beschluss vom 23.3.2007, 8 WF 191 und 195/06, NJW-RR 2007, 1597.

2 Für Zulässigkeit auch MünchKomm-BGB/Zimmermann, 17. Aufl. 2017, § 2197 Rdnr. 10; Staudinger/Reimann, Neub. 2016, § 2197 Rdnr. 85 ff.

3 BGH, Beschluss vom 5.3.2008, XII ZB 2/07, NJW-RR 2008, 963.

benennt,<sup>4</sup> ist diese Konstellation in der Praxis eher selten zu finden. Regelmäßig wird es sich bei der als Zuwendungspfleger benannten Person um jemanden handeln, der nicht Elternteil des minderjährigen Kindes ist. Unter Zugrundelegung der Entscheidung des OLG Hamm, wonach auch außerhalb eines Eltern-Kind-Verhältnisses eine Doppelfunktion als Testamentsvollstrecker und Pfleger zulässig sein kann, werden die Gestaltungsmöglichkeiten des Kautelarjuristen zwar erweitert. Es sollte aber bedacht werden, dass die Bestimmung des Erblassers einer tatrichterlichen Beurteilung unterliegt, mit der Folge, dass das Gericht im konkreten Fall von einer unzulässigen Doppelfunktion der vom Erblasser benannten Person ausgeht. Zur Vermeidung dieses Risikos sollten daher in der Praxis verschiedene Personen als Pfleger bzw. Testamentsvollstrecker benannt werden, die untereinander auch nicht in einem in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB genannten Verhältnis stehen. Wünscht der letztwillig Verfügende gleichwohl ein und dieselbe Person als Testamentsvollstrecker und Pfleger, so sollte zumindest eine weitere Person ersatzweise als Pfleger benannt werden, um zu vermeiden, dass das Gericht den Pfleger auswählt. Das weitere Risiko, dass (wie im Fall des OLG Hamm) der Minderjährige der Bestellung des vom Erblasser benannten Pflegers widerspricht, lässt sich gestalterisch nicht beherrschen bzw. vermeiden. Hier bleibt letztlich nur die Empfehlung an den Verfügenden, den Minderjährigen (wenn möglich) vor Errichtung der letztwilligen Verfügung bei der Auswahl der als Pfleger zu benennenden Person einzubeziehen.

4 Vgl. hierzu *Ott*, NJW 2014, 3473, 3477.

## 15. Zur Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung einer anderweitigen Verfügung des Vorerben

OLG München, Beschluss vom 5.1.2017, 34 Wx 324/16

*GBO* §§ 15, 18 Abs. 1, §§ 19, 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1, § 46 Abs. 1, §§ 51, 71 Abs. 1

*BGB* §§ 133, 158 Abs. 2, §§ 894, 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1913 Satz 2, § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 2065 Abs. 2, §§ 2075, 2084, 2096, 2104, 2112, 2113 Abs. 2, §§ 2136, 2139

### LEITSATZ:

**Setzt die berichtigende Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch die Zustimmung der Nacherben zur Grundstücksverfügung des Vorerben voraus, so hat das Grundbuchamt in eigener Zuständigkeit unter Auslegung der bezeichneten Eintragungsgrundlage die Nacherben festzustellen.**

### SACHVERHALT:

1 I. Im Grundbuch war L als Inhaberin von Miteigentumsanteilen sowie als Anteilsinhaberin an solchen, verbunden mit dem Sonder Eigentum an einer Wohnung sowie an einer Tiefgarage, eingetragen.

Nach ihrem Versterben trug das Grundbuchamt je unter Bezugnahme auf das notarielle Testament und die Eröffnungsniederschrift in der Ersten Abteilung S, den Sohn der Erblasserin, und in der Zweiten Abteilung einen Nacherbenvermerk ein. Dieser besagt, dass Nacherbfolge – bedingt und abänderbar – angeordnet sei. Als Nacherben sind A und B, die Enkel der Erblasserin, als Ersatznacherben deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge vermerkt. Im notariellen Testament ist diesbezüglich Folgendes bestimmt:

„3. Zum Nacherben bestimme ich meine beiden Enkelkinder (A und B). Falls ein Enkelkind vor Eintritt der Nacherbfolge versterben sollte, treten seine Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge an seine Stelle; sind solche nicht vorhanden, tritt Anwachsung an den anderen Nacherben ein. (...)

4. Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Tod des Vorerben. Mit diesem Zeitpunkt fällt daher mein Nachlass an die vorstehend bestimmten Nacherben (A und B).

Dem Vorerben wird das Recht eingeräumt, Änderungen innerhalb des Kreises der Nacherben bzw. Ersatznacherben zu treffen, insbesondere also die Höhe der Erbteile zu verändern, Teilungsanordnungen zu treffen oder einen Nacherben oder Ersatznacherben zum alleinigen Nacherben einzusetzen; alle diese Änderungen kann er jedoch nur im Kreise seiner Abkömmlinge treffen, nicht zugunsten von dritten Personen. Die Änderung kann auch im Wege eines Übergabe- oder Überlassungsvertrages erfolgen. Die Nacherbfolge ist durch die Ausübung dieses Änderungsrechts somit bedingt.“

2 Zu notarieller Urkunde aus dem Jahr 2016 übertrug S das Wohnungseigentum und den Anteil am Teileigentum auf seine Ehefrau, E, als ehebedingte Zuwendung. Unter Ziffer VII. sind folgende Erklärungen beurkundet:

„Der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk (...) ist zu löschen. (A und B) als Nacherben stimmen dieser Verfügung unwiderruflich zu. Sie bewilligen (...) die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch.“

3 Den gemäß § 15 GBO gestellten Vollzugsantrag hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung beanstandet. Zur entgeltlichen Übertragung bedürfe S als – befreiter – Vorerbe nicht nur der Zustimmung der bekannten Nacherben, sondern wegen der ihm testamentarisch eingeräumten Abänderungsbefugnis auch der Zustimmung der unbekanntenen Nacherben, die von einem zu bestimmenden Pfleger zu erklären sei und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe.

4 Die Beteiligten wenden sich hiergegen mit der notariell eingelegten Beschwerde. Sie meinen, die dem Vorerben eingeräumte Abänderungsbefugnis sei dahin gehend auszulegen, dass die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft durch eine anderweitige Verfügung des Vorerben bedingt sei. Im Fall einer anderweitigen Verfügung des Vorerben entfalle danach die Anordnung und der Vorerbe werde zum Vollerben. Das der Zwischenverfügung zugrunde liegende Verständnis der letztwilligen Verfügung verstoße gegen das Gesetz, denn dem Vorerben könne nicht die Befugnis eingeräumt werden, unter Aufrechterhaltung der Vor- und Nacherbschaft die Person des Nacherben nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Hier habe der Vorerbe von der Abänderungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht; die Nacherben gemäß demnach unverändert fortbestehender testamentarischer Anordnung hätten zugestimmt. Mit der deshalb wirksamen Verfügung sei der Grundbesitz aus der Nacherbschaft ausgeschieden. Der Nacherbenvermerk sei berichtigend zu löschen.

(...)

6 Die Beteiligten haben sich im Beschwerdeverfahren (hilfsweise) auf die dem Vorerben mit der Abänderungsbefugnis eingeräumte starke Stellung berufen. Sei ihm die beliebige Bestimmung der Nacherben aus dem Kreis der Abkömmlinge gestattet, so müsse er erst Recht mit Zustimmung aller Nacherben über den Gegenstand verfügen können.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**7** II. Die (...) Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung hat in der Sache Erfolg.

**8** 1. Die Löschung eines die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB zum Ausdruck bringenden Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls (§ 2139 BGB) setzt entweder die Bewilligung der (aller) Nacherben und etwaiger Ersatznacherben gemäß § 19 GBO oder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 GBO voraus (BayObLG, NJW-RR 2000, 1391, 1392; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 51 Rdnr. 37; KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 51 Rdnr. 36). Nachträglich unrichtig wird das Grundbuch (u. a.), wenn das zum Nachlass gehörende Grundstück durch wirksame Verfügung des Vorerben aus dem Nachlass ausscheidet, weil der Vorerbe mit Zustimmung aller Nacherben über das Grundstück verfügt hat (BayObLG, NJW-RR 2005, 956; *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 42).

**9** 2. Eine Löschung aufgrund Bewilligung kommt zwar nicht in Betracht, weil Bewilligungen der Ersatznacherben oder eines für sie nach § 1913 BGB bestellten Pflegers fehlen (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2015, 15, 16; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3510). In dieser Situation könnte lediglich der von A und B erklärte Verzicht auf die Eintragung ihres Nacherbenrechts beim Nacherbenvermerk aufgrund Bewilligung vermerkt werden (KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, § 51 Rdnr. 37; *Heskamp*, RNotZ 2014, 517, 521).

**10** 3. Allerdings ist der Nacherbenvermerk wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO zu löschen. Der Berichtigung steht das mit der Zwischenverfügung beanstandete Hindernis nicht entgegen.

**11** a) An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, der den Antragstellern obliegt, sind zwar strenge Anforderungen zu stellen. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Vielmehr sind alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung (hier durch Löschung, § 46 Abs. 1 GBO) entgegenstehen würden. Lediglich ganz entfernt liegende Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 369). Der Unrichtigkeitsnachweis ist allerdings durch das urkundliche Testament – nach Auslegung – und die beurkundeten Zustimmungserklärungen geführt.

**12** b) Das Grundbuch gibt mit dem Vollzug der notariellen Überlassungsurkunde in Bezug auf den Nacherbenvermerk die materielle Rechtslage unrichtig wieder (§ 894 BGB), weil das Grundstück mit der Eigentumsübertragung aufgrund der Zustimmung der A und B aus dem Nachlass ausscheidet. Gegenüber den zustimmenden Nacherben ist die unentgeltliche Grundstücksverfügung des befreiten Vorerben (§§ 2112, 2113 Abs. 2, § 2136 BGB) materiellrechtlich wirksam (BGH, FGPrax 2014, 98; KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, § 51 Rdnr. 43 f.).

**13** Zur vollen Wirksamkeit der Übertragung sind zusätzlich die Zustimmung eines für noch unbekannte Nacherben gemäß § 1913 Satz 2 BGB zu bestellenden Ergänzungspflegers sowie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, deren Vorlage grundsätzlich mit der rangwahrenden Zwischenverfügung

(§ 18 Abs. 1 GBO) aufgegeben werden könnte, nicht erforderlich, weil weitere Nacherben neben den von der Erblasserin namentlich Bezeichneten nicht in Betracht kommen.

**14** aa) Zur Feststellung der Nacherben haben das Grundbuchamt und in der Beschwerdeinstanz das Beschwerdegericht die beurkundete letztwillige Verfügung auch bei rechtlich schwierigen Fragen in eigener Zuständigkeit auszulegen. Dabei sind außerhalb der Verfügung liegende Umstände zu berücksichtigen, soweit sie sich aus den vorliegenden öffentlichen Urkunden ergeben. Die Pflicht und Befugnis zur Auslegung endet erst dort, wo zur Aufklärung des Erblasserwillens Ermittlungen notwendig sind, die dem Grundbuchamt verwehrt sind (BayObLG, NJW-RR 2000, 1391, 1392; auch KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, § 51 Rdnr. 43 a. E.). Solche sind hier nicht erforderlich.

**15** (1) Nach dem Wortlaut des Testamentsnachtrags (Ziffer 4), der der Bezeichnung des Nacherbenrechts als „änderbar“ im Nacherbenvermerk zugrunde liegt, ist dem eingesetzten Vorerben das Recht eingeräumt, Abänderungen innerhalb des Kreises der Nacherben bzw. Ersatznacherben (§ 2096 BGB) zu treffen. Die mit dem Zusatz „insbesondere“ aufgeführten „Änderungsbefugnisse“ stellen Beispiele dar, die diesen Obersatz weder inhaltlich ändern noch gar erweitern.

**16** Wäre S damit die endgültige Bestimmung, nicht nur die Bezeichnung, des oder der Nacherben überlassen, so müsste die Nacherbeinsetzung als unvollständig und wegen Verstoßes gegen das Drittbestimmungsverbot (§ 2065 Abs. 2 BGB) als unwirksam angesehen werden (vgl. BGHZ 15, 199, 201 f.; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl., § 2065 Rdnr. 18 und 18a). Nach der Auslegungsregel des § 2104 BGB wären bei diesem Verständnis die zur Zeit des Nacherbfalls vorhandenen gesetzlichen Erben der Erblasserin zu deren Nacherben berufen. Zu ihnen würden nach § 1924 Abs. 1 und 3 BGB nicht nur A und B als die derzeit lebenden Abkömmlinge des S, sondern auch etwaige weitere und bis zum Eintritt des Nacherbfalls unbekannte Abkömmlinge gehören (BayObLG, Rpfleger 1982, 277; OLG Oldenburg, ZEV 2010, 635, 636; *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 39).

**17** (2) Einem solchen Verständnis der letztwillig verfügten „Änderungsbefugnis“ steht jedoch der abschließende Satz entgegen. Danach soll die Nacherbfolge „durch die Ausübung dieses Änderungsrechts somit bedingt“ sein. Es ist anerkannt, dass die Anordnung der Nacherbfolge rechtswirksam unter die auflösende (Potestativ-)Bedingung (§ 2075 BGB) einer anderweitigen letztwilligen Verfügung des Vorerben gestellt werden kann (BGHZ 15, 199, 201; BayObLG, FamRZ 1991, 1488; BayObLGZ 2001, 203, 207; Staudinger/*Otte*, Neub. 2013, § 2065 Rdnr. 49; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2065 Rdnr. 16). Bei einer – wie hier – mehrdeutigen Ausdrucksweise des Erblassers ist dessen wirklicher und in der Testamentsurkunde nur unvollkommen zum Ausdruck gekommener Wille zu ermitteln (§ 133 BGB). Kommt mehr als eine vertretbare Auslegung in Betracht, von denen eine die Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge hätte (siehe zu 1), ist gemäß § 2084 BGB im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, mit der dem Willen des Erblassers zum Erfolg verholten werden kann (Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl., § 2084 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2065 Rdnr. 18 und 18a).

**18 bb)** Der Erblasser kann die Einsetzung eines jeden Nacherben unter die auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) stellen, dass der Vorerbe zugunsten des jeweils anderen Nacherben testiert (im Folgenden: Variante 1). Durch die Verfügung des Vorerben (über seinen eigenen Nachlass, nicht über den des Erblassers) zugunsten des einen tritt die auflösende Bedingung hinsichtlich der Nacherbeinsetzung des anderen ein und der Bedachte wird alleiniger Nacherbe (BGHZ 59, 220, 222 f.; Staudinger/Otte, § 2065 Rdnr. 52).

**19** Der Erblasser kann auch die Anordnung von Nacherbschaft insgesamt unter die auflösende Bedingung stellen, dass der Vorerbe bestimmte dem Erblasser genehme Personen (etwa aus dem Kreis der Abkömmlinge) zu seinen Erben einsetzt (Staudinger/Otte, § 2065 Rdnr. 49; MünchKomm-BGB/Leipold, § 2065 Rdnr. 19 f.; Helms, ZEV 2007, 1, 3; nachfolgend: Variante 2). Wenn der Vorerbe im Sinne des Erblassers testiert, entfällt die Beschränkung seiner Erbenstellung und er wird zum Vollerben des Erblassers. Die Beschränkung erweist sich zur Absicherung des Erblasserwunsches als nicht mehr notwendig, denn mit dem sonstigen Eigenvermögen (nunmehr des Vollerben) geht auch das ererbte Vermögen auf den eingesetzten Erben über.

**20** Schließlich ist es zulässig, als Nacherben im Weg der Bedingung diejenige Person zu bestimmen, die der Vorerbe als seinen Erben einsetzt (OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 1863, 1865; LG Hechingen, FamRZ 2006, 1408, 1413; Staudinger/Otte, § 2065 Rdnr. 47 f.; MünchKomm-BGB/Leipold, § 2065 Rdnr. 19), sofern dies nicht auf eine Vertretung im (unentschlossenen) Erblasserwillen hinausläuft (Variante 3). Kommt in der Bestimmung das Interesse des Erblassers an einem Gleichlauf in der Person des Begünstigten der mehreren Erbfolgen zum Ausdruck, liegt kein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB vor (vgl. BGHZ 15, 199, 202).

**21 cc)** Hier entspricht eine Auslegung nach der Variante 1 der aus der Urkunde ersichtlichen Intention der notariell beratenen Erblasserin, mit der formulierten Abänderungsbefugnis die eigene Verfügung (zulässig) als bedingte Nacherbfolge auszugestalten. Danach soll ihr Vermögen zunächst ihrem Sohn als (befreitem) Vorerben, danach aber dessen von der Erblasserin namentlich bezeichneten beiden Abkömmlingen, nur ersatzweise deren Abkömmlingen, unter der auflösenden Bedingung als Nacherben zufallen, dass S durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen Änderungen innerhalb dieses von der Erblasserin durch Namensnennung konkretisierten Kreises bis zu einem vollständigen Ausschluss eines Nacherben – bzw. an deren Stelle tretender Ersatznacherben – bewirkt (vgl. BGHZ 59, 220, 223). Dagegen soll die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft nicht gemäß der Variante 2 insgesamt fortfallen, wenn der Vorerbe seinerseits zugunsten der von der Erblasserin bezeichneten Begünstigten oder eines von ihnen testiert. Vielmehr ergibt sich aus der Beschreibung der „Änderungsbefugnis“ als das Recht, (u. a.) einen Begünstigten „zum alleinigen Nacherben einzusetzen“, dass selbst ein Bedingungseintritt an der Nacherbenstellung des oder der Bedachten nichts ändern soll. Darüber hinaus ist S nicht im Sinne der Variante 3 die Möglichkeit eingeräumt, einem anderen – unbekanntem – Abkömmling die Position des Nacherben zu verschaffen, indem er zu dessen Gunsten testiert;

denn in der letztwilligen Verfügung der Erblasserin kommt ein Interesse daran, dass ihr Vermögen zusammen mit dem sonstigen Eigenvermögen des Vorerben erhalten und nur als Gesamtpaket an einen – auch unbekanntem – Abkömmling weitervererbt werden soll, nicht zum Ausdruck. Auch sonst ist der letztwilligen Verfügung kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass die Erblasserin die Person des Nacherben von der Erbeinsetzung eines – auch unbekanntem – Abkömmlings des Vorerben abhängig machen wollte.

**22 dd)** Zwar steht bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht fest, ob die Bedingung eintreten wird. Dies ist für die Entscheidung jedoch unerheblich. Tritt die Bedingung ein, so betrifft die Änderung nur die erbrechtliche Stellung der – namentlich bezeichneten – beiden Nacherben bzw. der an deren Stelle tretenden Ersatznacherben. In allen Fällen führt die gegenständliche Verfügung unter Lebenden zu einer Entlassung des Grundstücks aus der Nacherbmasse, weil die (einzig in Betracht kommenden) Nacherben der Verfügung zugestimmt haben.

**23 ee)** Die Zustimmung etwaiger Ersatznacherben ist – wovon das Grundbuchamt zutreffend ausgeht – zur Wirksamkeit der Verfügung nicht erforderlich (BGH, FGPrax 2014, 98; Senat vom 25.2.2015, 34 Wx 3/15, FGPrax 2015, 118).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Der zugrunde liegende Sachverhalt berührt gleich drei aktuelle Fragen an der Schnittstelle von Erbrecht und Grundbuchverfahrensrecht: die Berechtigung und Verpflichtung des Grundbuchamtes zur Testamentsauslegung, die Löschung des Nacherbenvermerks aus dem Grundbuch und Gestaltungen zur „Superbefreiung“ des Vorerben. Er ist im Ergebnis richtig entschieden. Die Begründung überzeugt jedoch nicht. Über die Diskussion der Auslegungsmöglichkeiten gerät die an sich nahe liegende Entwicklung, die das Grundbuchamt als bedrohlich empfand, aus dem Blick. Allerdings hatte sich auch der Beschwerdeführer ersichtlich schwer getan und sich einerseits auf die Unwirksamkeit des Änderungsvorbehalts berufen, dann aber wieder auf die Ausnutzung eben dieser (dann wohl als wirksam vorausgesetzten) Klausel.

Angenommen, der Erblasserin wird nach Vollzug der hier angestrebten Ehegattenüberlassung ein Urenkel (als Abkömmling des Beteiligten A oder B) geboren und der Vorerbe fertigt daraufhin eine letztwillige Verfügung: „In Ausnutzung des mir verliehenen Änderungsvorbehalts bestimme ich zum alleinigen Nacherben der Erblasserin nunmehr den Urenkel“ – wie ordnen wir dann die Ehegattenüberlassung ein?

#### 1. Mögliche Gestaltungen

Die Gestaltungsüberlegungen, um dem Vorerben eine Beseitigung der Nacherbfolge oder zumindest Einflussnahme auf diese zu gestatten, sind zahlreich. Höchstrichterlich anerkannt ist die Einfügung einer auflösenden (Potestativ-)Bedingung, durch welche die Nacherbfolge bedingt auf eine

letztwillige Verfügung insgesamt entfällt und der Vorerbe zum Vollerben wird.<sup>1</sup>

Diskutiert wird ferner, die Nacherben – unter Beibehaltung der Nacherbfolge – nach den testamentarisch berufenen Eigenerben des Vorerben zu bestimmen.<sup>2</sup> Wegen der Eigenbestimmungspflicht des § 2065 BGB ist dieser Vorschlag zwar kritischer zu sehen, wird aber wohl anerkannt, wenn der Vorerbe auch Eigeninteressen verfolgt und sein Testament mehr anordnet als die bloße Bestimmung der Nacherben des Erblassers.<sup>3</sup>

## 2. Lösung des OLG

Um die Änderungsbefugnis des Vorerben argumentativ zu retten (§ 2084 BGB), stützt sich das OLG auf den Schlusssatz des Änderungsvorbehalts, in dem die Nacherbfolge als bedingt bezeichnet wird. Dies stuft das OLG als auflösende Bedingung ein<sup>4</sup> und kann sich dazu auf frühere Aussagen des BGH berufen. Das OLG sieht aber später selbst, dass aus dem Gesamtzusammenhang der Passage heraus ja nicht die Nacherbfolge insgesamt auflösend bedingt sein sollte (mit der Folge, dass ab Bedingungseintritt der Vorerbe zum Vollerben wird und sodann nur er beerbt wird<sup>5</sup>). Vielmehr sollte der Vorerbe doch immer nur dazu berechtigt sein, „Nacherben einzusetzen“. Schon deswegen lag eine Auslegung des Testaments im Sinne der vom OLG vorgeschlagenen Variante 1 dahin gehend, dass der Vorerbe zur Ausnutzung des Änderungsvorbehalts eine Verfügung „über seinen eigenen Nachlass, nicht über den des Erblassers“<sup>6</sup> treffen sollte, ganz fern.<sup>7</sup> Auf diese Weise hätte die Erblasserin den Vorerben nämlich gezwungen, bei einer Ausnutzung des Abänderungsvorbehalts seine eigene Ehefrau zu übergehen. Das wäre keine nahe liegende Auslegung und hätte im Gegenteil womöglich eine sittenwidrige Willensbeeinflussung begründet.<sup>8</sup> Die Bestimmung der Eigenerben als Nacherben wird zwar als Wirksamkeitskriterium für befreiende Gestaltungen diskutiert (siehe oben), war aber nach der hier mitgeteilten Formulierung weder erforderlich noch überhaupt von der Erblasserin angedacht.

Mit der auflösend bedingten Nacherbeneinsetzung der Beteiligten A oder B korrespondiert vielmehr zwingend eine aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung künftiger Urenkel der Erblasserin. Das sieht das OLG zwar auch unter Rdnr. 22, zieht daraus aber keine Konsequenzen. Im Ge-

genteil beruft es sich unter Rdnr. 18 ausschließlich auf die zulässige, von BGH und herrschender Meinung anerkannte *auflösende* Potestativbedingung. Dabei hatte der BGH für die Zustimmung zu einer Vorerbenverfügung zwar nicht die Zustimmung der Ersatznacherben, sehr wohl aber „alle(r) Nacherben, auch bedingt eingesetzte(r)“ verlangt.<sup>9</sup> Diese Aussage des BGH stützte gerade die Rechtsauffassung des Grundbuchamtes!

## 3. Empfohlener Lösungsweg

Richtig hätte der Sachverhalt deswegen wie folgt gelöst werden müssen:

a) Das Grundbuchamt hat in dieser Situation die Verpflichtung, die letztwillige Verfügung in vollem Umfang auszulegen und muss dazu – entgegen Rdnr. 15 – auch notwendige Ermittlungen anstellen, begrenzt immer – aber auch nur – durch die grundbuchverfahrensrechtlich zulässigen Nachweismittel. Eine Weitergabe der Ermittlungspflicht an das Nachlassgericht gemäß der Option des § 35 GBO scheidet nämlich aus, weil das Nachlassgericht nur die Erbberechtigung nach Eintritt des Nacherbfalles feststellt. Es nimmt jedoch nicht hypothetisch dazu Stellung, wer zu einem bestimmten Zeitpunkt Nacherbe wäre, wenn der Nacherbfall zu diesem Zeitpunkt eintreten würde.

b) Der Änderungsklausel ist nach § 2065 BGB die Wirksamkeit insgesamt zu versagen. Der Hinweis auf die Bedingung ist letztlich nur eine unzulässige Umgehung dieser Norm. Man mag eine auflösende Potestativbedingung im Rahmen einer Vor-/Nacherbschaft anerkennen, wenn die Bedingung dazu führt, dass die Nacherbschaft insgesamt entfällt und das Vermögen damit volles Eigenvermögen des Vorerben (bzw. ab dann: Vollerben) wird, dann aber mit allen Risiken (Schuldenhaftung, pflichtteilserhöhende Wirkung des Vermögenserwerbs etc.). Das war aber in dieser Klausel, nach der jede Änderung auch wieder nur im Rahmen der Nacherbfolge stattfinden sollte, nicht gewünscht. Das lässt sich auch durch wohlwollende Auslegung nicht wegdiskutieren. Eine Umdeutung der Klausel weg von der Drittbestimmung des Erben hin zu einer bloßen Erbenbezeichnung scheidet aus, weil die Klausel keine Anhaltspunkte liefert, was mit dieser Bezeichnung bezweckt würde und anhand welcher Kriterien der Erbe zu ermitteln wäre. Die letztwillige Verfügung der Erblasserin wollte dem Vorerben vielmehr eine Änderung ihrer eigenen – nicht seiner – Erben nach freiem Ermessen vorbehalten, nur beschränkt auf ihre Enkel und Urenkel. Das gestattet unsere Rechtsordnung nicht.

c) Entgegen Rdnr. 17 führt das aber mit Selbstverständlichkeit nicht zur Anwendung des § 2104 BGB als Auslegungsregel, weil die Erblasserin ausdrücklich etwas anderes bestimmt hatte, nämlich die Nacherbenberufung der Beteiligten A und B. Deren Nacherbenstellung, vorbehaltlich lediglich der für sich auch wieder fixen Ersatznacherbenberufung, war damit eingefroren, sodass andere Nacherben nicht in Betracht kamen.

1 BGH, Urteil vom 26.4.1951, IV ZR 4/50, NJW 1951, 959; BGH, Urteil vom 14.7.1972, V ZR 124/70, NJW 1972, 1987; BGH, Urteil vom 4.12.1980, IVa ZR 46/80, NJW 1981, 2051 (obiter); *Dieterle*, BWNNotZ 1971, 14, 15.

2 *Dieterle*, BWNNotZ 1971, 14, 17; *Ivo*, DNotZ 2002, 260.

3 *Ivo*, DNotZ 2002, 260; insgesamt kritisch zu dieser Klausel aber BeckOGK-BGB/*Küpper*, Stand: 1.9.2017, § 2100 Rdnr. 405.

4 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

7 Anders, damit aber in sich widersprüchlich, dann das OLG wiederum unter Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

8 Vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 15.10.2014, 5 U 19/13, DNotZ 2015, 691; BVerfG, Beschluss vom 22.3.2004, 1 BvR 2248/01, DNotZ 2004, 798.

9 BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, MittBayNot 2014, 460 Rdnr. 11.

d) Richtigerweise bedarf die Zustimmung der Nacherben zu einer Vorerbenverfügung lediglich der Zustimmung derjenigen Personen, die im Zeitpunkt der Verfügung Nacherben wären, wenn zu diesem Zeitpunkt der Nacherbfall eintreten würde. Das mag zwar dazu führen, dass bei einer späteren Ersatznacherbfolge der wirtschaftliche Effekt bei den Ersatznacherben, nicht beim Primärnacherben, eintritt. Das ist aber hinzunehmen. Auch die sonstigen Wirkungen der Nacherbfolge während des Laufs der Vorerbschaft (§§ 2118, 2120, 2121, 2123, 2128 BGB; vgl. auch § 2108 Abs. 2 BGB) sind immer nur auf die hypothetisch-aktuellen Nacherben bezogen, nicht auf die letztlich tatsächlich berufenen Nacherben.<sup>10</sup> Natürlich ist es widersprüchlich, für Vorerbenverfügungen nur die Zustimmung von Nacherben und bedingten Nacherben zu verlangen, bei einer isolierten Löschung des Nacherbenvermerks aber auch die Bewilligung der Ersatznacherben. Das ruft aber nicht zu einer Korrektur der ersteren, sondern zu einer Überprüfung der letzteren Aussage auf.

<sup>10</sup> BayObLG, Beschluss vom 22.10.1992, 2 Z BR 85/92, DNotZ 1993, 404, 406; BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, MittBayNot 2014, 460.

## 16. Sittenwidrigkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts

OLG Hamm, Urteil vom 8.11.2016, 10 U 36/15

BGB § 138 Abs. 1, §§ 2346, 2347  
ZPO § 513 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Die Sittenwidrigkeit eines Erbverzichts und damit dessen Unwirksamkeit kann sich aus der gebotenen Gesamtwürdigung mit der dem Verzicht zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergeben. Das ist insbesondere der Fall, wenn die getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden ausweisen.**

### SACHVERHALT:

**1** A. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts, den der Kläger mit notarieller Urkunde vom 29.10.2013 gegenüber dem Beklagten erklärt hat.

**2** Der 1995 geborene Kläger ist ein Sohn des Beklagten aus dessen Ehe mit der Mutter des Klägers, die nur von kurzer Dauer war und bereits 1997 geschieden wurde. Der Kläger ist bei seiner Mutter aufgewachsen. Der Beklagte lebt mit seiner langjährigen Lebensgefährtin und einer aus dieser Beziehung stammenden Tochter zusammen. Er ist selbstständig praktizierender Zahnarzt und Gesellschafter einer GmbH, die ein Dentallabor betreibt. Anfang 2013 bot er dem Kläger, der zu diesem Zeitpunkt die 11. Klasse eines Gymnasiums besuchte und mit erheblichen Schulschwierigkeiten zu kämpfen hatte, an, bei der GmbH eine Ausbildung zum Zahntechniker zu machen. Im Januar 2013 absolvierte der Kläger ein Praktikum bei der GmbH. Während dieser Zeit lebte er im Haushalt des Beklagten. Im Sommer 2013 verließ er die Schule, ohne das angestrebte Fachabitur erreicht zu

haben. Er zog zu dem Beklagten und begann bei der GmbH eine Ausbildung zum Zahntechniker. Etwa zur gleichen Zeit erwarb der Beklagte von einem Bekannten – zunächst leihweise – einen Sportwagen, für den sich der Kläger besonders begeistert hatte. Hierbei handelte es sich um einen Nissan GTR X mit einem Anschaffungspreis von ca. 100.000 €, der eine Höchstgeschwindigkeit von ca. 320 km/h erreichen und in 2,8 Sek. von 0 auf 100 km/h beschleunigen kann. Der Beklagte ließ den Kläger mehrfach in diesem Fahrzeug mitfahren und dieses auch einige Male selbst lenken, was den Kläger außerordentlich faszinierte.

**3** Am 29.10.2013, zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers, fuhr der Beklagte mit dem Kläger zu einem Notar. Dort ließen die Parteien einen im Auftrag des Beklagten vorbereiteten „Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruchsverzicht“ beurkunden, in dem es auszugsweise heißt:

„Der [Kläger] verzichtet hiermit für sich auf das ihm beim Tode des [Beklagten] zustehende gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht. Dieser Verzicht betrifft insbesondere Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche.

Der [Beklagte] nimmt diese Verzichte jeweils an.

Als Gegenleistung für die Verzichte erhält der [Kläger] den Pkw Nissan GT-R 35 Coupé (...), jedoch unter der aufschiebenden Bedingung, dass

- a) der [Kläger] sein 25. Lebensjahr vollendet hat und
- b) der [Kläger] seine Gesellenprüfung zum Zahntechniker bis zum 31.12.2017 mit der Note 1 bestanden hat und
- c) der [Kläger] seine Meisterprüfung zum Zahntechniker bis zum 31.12.2021 mit der Note 1 bestanden hat.“

(...)

**8** Schon am Nachmittag nach der Beurkundung, nachdem er mit seiner Mutter telefoniert und mit ihr über den Vorgang gesprochen hatte, reute den Kläger der Vertragsschluss. Er teilte dem Notar telefonisch mit, dass er die Vereinbarung rückgängig machen wolle. Mit Anwaltschriftsatz vom 28.7.2014 teilte der Kläger dem Beklagten mit, dass er die Vereinbarung für sittenwidrig und damit nichtig halte. Vorsorglich erklärte er zudem die Anfechtung des Vertrages und forderte den Beklagten vergeblich auf, die Nichtigkeit des Vertrages anzuerkennen. Inzwischen hat der Kläger die Ausbildung in dem Unternehmen des Beklagten abgebrochen und ist zu seiner Mutter zurückgezogen, um dort seine Schulausbildung fortzusetzen.

**9** Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Vertrages vom 29.10.2013 begehrt. Er hat behauptet, der Beklagte habe ihn mit dem Vertrag überrumpelt. Er habe ihm am Tag der Beurkundung lediglich erklärt, es gebe eine Überraschung und er müsse mit ihm zum Notar fahren. Bei dem Notar habe er dann den Vertrag unterschreiben sollen, von dem er – was insoweit unstrittig ist – zuvor keinen Entwurf erhalten habe. Den Inhalt und die Bedeutung des Vertrages habe er nicht vollständig verstanden, der Notar habe die Bedeutung auch nicht hinreichend erklärt. Seinen Wunsch, vor der Unterzeichnung mit seiner Mutter telefonieren zu dürfen, habe der Beklagte ihm unter Hinweis auf angeblichen Zeitdruck abgeschlagen. Der Beklagte habe ihm zudem erklärt, dass dies seine einzige Möglichkeit sei, überhaupt etwas von ihm zu erhalten, da er praktisch zahlungsunfähig sei. Tatsächlich verfüge der Beklagte hingegen über ein erhebliches Vermögen, bestehend aus mehreren Immobilien und weiteren Sachwerten im Gesamtwert von mindestens 2 Mio. €. Ziel des Beklagten sei von Anfang an gewesen, seine jugendliche Unerfahrenheit auszunutzen und ihn mit der Aussicht auf sein Traumauto zu blenden, um von ihm eine Erklärung zu erschleichen, die er bei verständiger Würdigung der Situation nicht abgegeben hätte.

**10** Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat bestritten, den Kläger mit dem Vertrag überrumpelt zu haben. Er habe ihm vielmehr bereits im August 2013 in Aussicht gestellt, ihm das Fahrzeug zu schenken, vorausgesetzt er bringe seine Ausbildung mit gutem Ergebnis zu Ende. Auch habe er dem Kläger bereits zu diesem Zeit-

punkt und auch noch mehrfach vor der Beurkundung erklärt, wenn er ihm das Fahrzeug schenke, sei das ein vorweggenommenes Erbe. Mit einer solchen Schenkung müssten dann auch alle Erb- und Pflichtteilsansprüche des Klägers erledigt sein. Damit habe sich der Kläger einverstanden erklärt. Er habe dies auch richtig verstanden und gegenüber zwei Zeugen genau so erläutert. Der Kläger habe auch den Zweck der Fahrt zum Notar gekannt. Er habe gewusst, dass dort nun der bereits besprochene Vertrag geschlossen werden sollte. Der Notar habe ihn ausführlich über die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages belehrt und ihm erläutert, dass er außer dem Wagen nichts mehr aus dem Erbe des Beklagten erhalten werde. Der Notar habe den Kläger auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er nicht wisse, welches Vermögen der Beklagte einmal hinterlassen werde, es könne ein Millionenvermögen sein oder aber auch gar nichts. Ziel des Vertrages sei es nicht gewesen, den Kläger zu übervorteilen, sondern ihn zu motivieren, seine Ausbildung und sein Leben zielstrebig und eigenverantwortlich in die Hand zu nehmen und fleißig und erfolgreich zu sein.

(...)

**12** Das LG hat antragsgemäß die Nichtigkeit des Notarvertrages vom 29.10.2013 festgestellt. Nach einer Gesamtwürdigung des Inhalts, Beweggrundes und Zwecks des Vertrages sei dieser sittenwidrig. (...)

**13** Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der geltend macht, das LG habe die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit verkannt und nicht beachtet, dass ein Erbverzicht auch ohne jede Abfindung wirksam vereinbart werden könne, weshalb eine Sittenwidrigkeit des Verzichts nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden könne. Ein solcher Ausnahmefall sei hier nicht gegeben.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**17 B.** Die Berufung des Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

(...)

**19** (...) Das LG hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der notarielle Erb-, Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsverzicht vom 29.10.2013 gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist. Das Vorbringen der Berufung rechtfertigt keine andere Beurteilung.

**20 I.** Auf den Erbverzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden finden die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung, also auch die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB (Palandt/*Weidlich*, 75. Aufl., § 2346 Rdnr. 5).

**21** Sittenwidrig und damit nichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, wenn es nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Folgt die Sittenwidrigkeit nicht schon allein aus dem Inhalt des Geschäfts, kann sie sich aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts sowie der äußeren Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben ergeben (st. Rspr., vgl. etwa die Nachweise bei Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rdnr. 8.; speziell zum Erbverzicht OLG München, Urteil vom 25.1.2006, 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.2.2013, I-3 Wx 193/12, NJW-RR 2013, 966 Rdnr. 27). Subjektiv ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt. Dem steht es gleich, wenn er sich der Er-

kenntnis einer erheblichen Tatsache bewusst oder grob fahrlässig verschließt (st. Rspr., vgl. die Nachw. bei Palandt/*Ellenberger*, a. a. O.).

**22** Nach dieser Maßgabe hat das LG rechtsfehlerfrei und unter zutreffender Würdigung des Sach- und Streitstands die Sittenwidrigkeit des Vertrags festgestellt.

**23 1.** Zu beachten ist allerdings, dass es sich beim Erbverzicht um ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft handelt, das unmittelbar den Verlust des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts bewirkt (Palandt/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 4). Als Verfügungsgeschäft ist der Erbverzicht grundsätzlich wertneutral (MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, 6. Aufl., § 2346 Rdnr. 35b). Hiervon zu unterscheiden ist das dem Erbverzicht zugrunde liegende Kausalgeschäft. Wird der Erbverzicht gegen eine Abfindung erklärt, liegt ihm ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft zugrunde, das einerseits den Rechtsgrund für den Erbverzicht und andererseits den Rechtsgrund für die Abfindung bildet (Palandt/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 8).

**24** Erbverzicht und Abfindungsvereinbarung sind im Grundsatz selbstständige Rechtsgeschäfte. Sie können nach dem Parteiwillen aber als ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB verknüpft sein, mit der Folge, dass eine etwaige Unwirksamkeit der Abfindungsvereinbarung auch den Erbverzicht erfasst. Voraussetzung ist, dass nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Geschäftswillen der Parteien beide Geschäfte miteinander „stehen und fallen sollen“ (MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, § 2346 Rdnr. 21 und 27 m. w. N.).

**25** Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Werden nämlich der Erbverzicht und die Abfindungsvereinbarung – wie hier – in einer Urkunde aufgenommen, spricht nach herrschender Meinung eine tatsächliche Vermutung für einen solchen Verknüpfungswillen (BeckOK-BGB/*Litzenburger*, 40. Ed., § 2346 Rdnr. 36; MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, § 2346 Rdnr. 27; jurisPK-BGB/*Hau*, 7. Aufl., § 2346 Rdnr. 28; OLG Bamberg, OLGR 1998, 169). In diesem Fall kann sich eine Unwirksamkeit des Verzichts nach § 138 Abs. 1 BGB aus dem Gesamtcharakter der dem Verzicht zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarung ergeben (MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, § 2346 Rdnr. 35b).

**26 2.** Die demnach gebotene Gesamtwürdigung der dem Erbverzicht zugrunde liegenden Vereinbarungen führt hier zum Verdikt der Sittenwidrigkeit.

**27 a)** Nach ihrem Inhalt weisen die im Vertrag getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden aus. Dieses Ungleichgewicht resultiert in erster Linie daraus, dass der Erbverzicht mit sofortiger Wirkung und unbedingte – insbesondere unabhängig vom Eintritt der Bedingungen für die Gegenleistung – vereinbart ist, während die Gegenleistung unter drei kumulativ zu erfüllende Bedingungen gestellt ist, mit der Folge, dass der Erbverzicht bei Nichteintritt auch nur einer der Bedingungen unentgeltlich erlangt ist.

**28** Die Bedingungen für die Gegenleistung stoßen zudem auch für sich betrachtet inhaltlich auf die vom LG aufgezeigten Bedenken:

So hat das LG bei seiner Gesamtwürdigung zu Recht berücksichtigt, dass sich der Wert des als Gegenleistung für den

Erbverzicht versprochenen Fahrzeugs durch die mit der ersten Bedingung gesetzte zeitliche Komponente aufgrund des in der Zwischenzeit unweigerlich eintretenden Wertverlusts erheblich reduziert. Soweit der Beklagte demgegenüber einwendet, tatsächlich habe der Kläger das Fahrzeug auch schon vor der Vollendung des 25. Lebensjahres zur Verfügung gestellt bekommen sollen, ergibt sich das nicht aus dem Vertrag. Ein entsprechender Rechtsanspruch auf Nutzung des Fahrzeugs vor Vollendung des 25. Lebensjahrs ist durch den Vertrag gerade nicht begründet. Eine eventuelle Gestattung der vorzeitigen Nutzung hing damit allein vom Gutdünken des Beklagten ab.

Richtig ist auch, dass die beiden weiteren Bedingungen für den Erhalt des Fahrzeugs geeignet waren, den Kläger in zu missbilligender Weise in der Wahl seines beruflichen Werdegangs einzuschränken. Zu Recht betont das LG, dass die starre Vorgabe der zu absolvierenden Ausbildung in einem bestimmten Zeitrahmen von der Gesellenprüfung bis hin zum Erwerb des Meisterbriefs dem Kläger keinerlei Spielraum zu einer beruflichen Umorientierung lässt. Die Bedingungen entfalten so eine knebelnde Wirkung, die einen unzulässigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des noch jugendlichen Klägers darstellt, der seine Ausbildung gerade erst begonnen hatte. Verschärft wird die hierdurch erzeugte Druckwirkung noch dadurch, dass die Bedingung nur bei Erreichen der Bestnote bei den Abschlussprüfungen erfüllt sein sollte. Insofern ist es unerheblich, wenn der Beklagte nunmehr erklärt, er hätte im Ernstfall nicht wirklich auf dem Erreichen der Bestnote bestanden. Denn auch dies wäre mangels entsprechender vertraglicher Regelung allein in sein Gutdünken gestellt gewesen. Ob die Bestnote auch nach damaliger eigener Einschätzung des Klägers leicht zu erreichen war, ist ebenfalls unerheblich. Denn zum einen ist zu bedenken, dass der Kläger seinerzeit gerade erst am Beginn seiner Ausbildung stand und daher mögliche Schwierigkeiten noch gar nicht zuverlässig einschätzen konnte. Zum anderen hängen in einer Abschlussprüfung erzielte Ergebnisse erfahrungsgemäß jedenfalls nicht ausschließlich von Umständen ab, die der Absolvent beeinflussen kann.

**29 b)** Im Vordergrund stehender Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts war für den Beklagten die Erlangung des Erbverzichts zur Erweiterung seiner Testierfreiheit gegen eine verhältnismäßig geringe Abfindung und ggf. sogar ohne jegliche Gegenleistung. Dies folgt erkennbar aus der dargestellten Vertragsgestaltung, die unstreitig auf einseitigen Vorgaben des Beklagten beruht. Soweit der Beklagte nunmehr behauptet, es sei ihm bei dem Rechtsgeschäft in erster Linie aus Gründen der Fürsorge für seinen Sohn darauf angekommen, diesen zu einer zügigen und erfolgsorientierten Ausbildung zu motivieren, ist dieses Motiv ersichtlich vorgeschoben. Denn zur Erreichung dieses Ziels hätte es nicht der Vertragsgestaltung bedurft, wie sie nach den Vorgaben des Beklagten umgesetzt worden ist. Vielmehr hätte es genügt, dem Kläger das Fahrzeug als Belohnung zu versprechen, wenn er die vorgegebenen Ausbildungsziele erreicht, und gleichzeitig den Erbverzicht ebenfalls an den Eintritt dieser Bedingung zu knüpfen. Den Erbverzicht hingegen mit sofortiger Wirkung und ohne jede Bedingung zu vereinbaren und allein die Abfindung von der Erfüllung strikter Vorgaben abhängig zu machen, zeigt deut-

lich, dass der Beklagte bei diesem Rechtsgeschäft in erster Linie seine eigenen Ziele und Vorstellungen im Blick hatte und nicht das Wohl seines Sohnes. Wäre es dem Beklagten bei der Vertragsgestaltung des Weiteren nur darum gegangen, dass der erhebliche Wert des versprochenen Fahrzeugs bei einer späteren Geltendmachung des Pflichtteils berücksichtigt wird, hätte es vollkommen genügt, eine einfache und allgemein übliche Anrechnungsbestimmung in den Vertrag aufzunehmen.

**30 c)** Für eine Sittenwidrigkeit der getroffenen Vereinbarungen sprechen schließlich besonders deutlich die äußeren Umstände des Geschäfts. Hiernach hat der Beklagte nämlich die in erheblichem Gegensatz zu seiner eigenen Geschäftsgewandtheit stehende jugendliche Unerfahrenheit und Beeinflussbarkeit seines Sohnes zu seinem Vorteil ausgenutzt.

**31** Dies folgt schon aus der Wahl des Gegenstands der in Aussicht gestellten Abfindung. Hier hat sich der Beklagte ersichtlich zielgerichtet die alters- und persönlichkeitsbedingte nahezu fanatische Begeisterung des Klägers für den Sportwagen zunutze gemacht. Das LG spricht insoweit zu Recht von einem Rationalitätsdefizit beim Kläger, das dem Beklagten bestens bekannt war und das er durch die Anschaffung des Fahrzeugs im Vorfeld noch gefördert hat.

**32** Weitere entscheidende Gesichtspunkte sind der Zeitpunkt des Geschäfts, zwei Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers, sowie die näheren Umstände der Beurkundung. Der Beklagte hat für sein Vorhaben bewusst den Eintritt der Volljährigkeit des Klägers abgewartet, wohlwissend, dass er eine Zustimmung zu dem Geschäft von Seiten der Mutter nicht erlangt hätte, geschweige denn die nach § 2347 BGB erforderliche Genehmigung des Familiengerichts. Zum anderen hat er mit der Wahl des Beurkundungstermins den Eindruck erweckt, es handele sich um ein Geburtstagsgeschenk für den Kläger. Diese Vorgehensweise war geeignet, dem Kläger eine Ablehnung des Angebots emotional zu erschweren.

**33** Zudem hat der Beklagte den Kläger nicht in die Vorbereitung des Beurkundungstermins mit einbezogen. Einen Entwurf der nach seinen Vorgaben gestalteten Vereinbarung hat er dem Kläger unstreitig nicht gezeigt und erläutert.

**34** Schließlich war der Kläger auch nicht in sonstiger Weise über die wesentlichen Bedingungen des Geschäfts im Vorfeld informiert. (...)

**36 d)** Die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB sind ebenfalls erfüllt. Der Beklagte kannte unstreitig alle aufgezeigten Tatsachen, aus denen die Sittenwidrigkeit des Erbverzichts folgt. Ob er das Verdikt der Sittenwidrigkeit erkannt hat und ob er seinen Sohn gezielt schädigen wollte, braucht nach dem Gesagten nicht näher festgestellt zu werden.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor Dr. **Tobias Andrissek**,  
Regensburg

Das Urteil ist meines Erachtens im Ergebnis richtig und wenig überraschend, die Begründung überzeugt allerdings bei näherer Betrachtung in vielen Punkten nicht. Das OLG Hamm liefert zwar zahlreiche Argumente dafür, dass der erklärte Erb- und Pflichtteilsverzicht sogar angesichts des absoluten Ausnahmecharakters von § 138 Abs. 1 BGB keinen Bestand haben kann. Wie so oft bei Entscheidungen aufgrund einer „Gesamtwürdigung“ fällt es jedoch schwer, dem stark einzelfallorientierten Urteil grundsätzliche rechtliche Weichenstellungen zu entnehmen.

### 1. Prüfprogramm des Gerichts

Bei der Formulierung seiner Obersätze schließt sich das Gericht der herrschenden Meinung an: Der Verzicht selbst ist ein abstraktes Verfügungsgeschäft, auf das in aller Regel § 138 Abs. 1 BGB gar nicht anwendbar ist.<sup>1</sup> Das OLG Hamm prüft und bejaht deshalb die Fragen, ob erstens das zugrunde liegende Kausalgeschäft sittenwidrig ist und ob zweitens das Verfügungsgeschäft mit dem Kausalgeschäft über § 139 BGB verknüpft ist, also mit diesem „steht und fällt“.<sup>2</sup>

Bei der Bewertung des Kausalgeschäfts genügt dem Gericht hier nicht schon dessen Inhalt, um zum Urteil der Sittenwidrigkeit zu kommen. Vielmehr nimmt es wie gesagt eine Gesamtwürdigung vor, bei der auch Beweggrund und Zweck sowie die äußeren Umstände mit abgewogen werden.<sup>3</sup> Das ist auch gut so, denn die Sittenwidrigkeit ergibt sich im entschiedenen Fall gerade nicht allein aus einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, auch nicht aus verwerflichen Motiven des künftigen Erblassers, sondern erst im Lichte der Vorgeschichte und der konkreten Situation bei Vertragsschluss.<sup>4</sup>

### 2. Inhalt der Vereinbarung

Bei der Überprüfung des Inhalts der Vereinbarung stellt das Gericht ein objektives Ungleichgewicht fest, legt aber einen zu strengen Maßstab an. Es überlegt dabei vor allem, wie leicht die drei Bedingungen für die Gegenleistung zu erfüllen sind. Dabei hätte man stärker herausstellen müssen, dass es sich für den Verzichtenden bei jedem Pflichtteilsverzicht und erst recht beim Erbverzicht um ein Risikogeschäft handelt.<sup>5</sup> Der Pflichtteilsanspruch entsteht erst mit dem Tod und

hängt in seiner Höhe davon ab, wie groß der Nachlass und die gesetzliche Erbquote zu diesem Zeitpunkt sind; das Erbe kann meist sogar jederzeit durch Verfügung von Todes wegen entzogen werden.

Wie die Berufung zutreffend feststellt, kann ein Verzicht – zum Glück für die Praxis – auch ohne jede Gegenleistung wirksam sein.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund ist die inhaltliche Ausgestaltung der Bedingungen zu sehen: Es liegt hier kein klassischer „Knebelungsvertrag“<sup>7</sup> vor, da sich der Verzichtende nicht direkt zu etwas verpflichtet. Zu fragen wäre vielmehr danach, ob der Verzichtende bei Nichteintritt der Bedingungen in seiner wirtschaftlichen Freiheit so sehr beschränkt wäre, dass er seine Selbstbestimmung ganz oder im Wesentlichen einbüßte. Und dabei wäre wiederum der Risikocharakter des Geschäfts zu bedenken.

### 3. Motive des künftigen Erblassers

Die gerichtlichen Erwägungen zu Beweggrund und Zweck erweisen sich als ziemlich blutleer. Man kann dem künftigen Erblasser bei einem Erb- und Pflichtteilsverzicht nicht vorwerfen, dass er diesen nur abschließt, um seine Testierfreiheit zu erweitern – das ist nämlich typischerweise sein Hauptziel. Außerdem ist er grundsätzlich auch bei einem Rechtsgeschäft mit Verwandten nicht zu einer besonderen Fürsorge verpflichtet, er darf – wie jeder Vertragsschließende – seine eigenen Interessen verfolgen. Er muss sich auch nicht darauf verweisen lassen, dass eine für ihn ungünstigere Regelung doch seinen Zwecken genügt hätte.

### 4. Äußere Umstände

Bleiben also die äußeren Umstände des Vertragsschlusses, die sich hier als ausschlaggebend erweisen. In der Begründung fällt das Stichwort „Rationalitätsdefizit“, wobei das OLG Hamm dieses zutreffend im Einzelfall prüft und nicht schon deshalb pauschal annimmt, weil es sich um den Verzicht eines jungen Erwachsenen handelt.<sup>8</sup> Sehr fraglich erscheint mir allerdings, ob die „fanatische Begeisterung des Klägers für Sportwagen“ und deren Ausnutzung hier berücksichtigt werden können. Zwar erhält der Sachverhalt gerade dadurch ein besonderes „Gschmackl“; durch die Hintertür wird hier aber erneut eine zu strenge objektive Inhaltskontrolle eingeführt. Wie viel die Gegenleistung dem Verzichtenden wert ist, muss er vor allem angesichts der angesprochenen vertragstypischen Risiken selbst entscheiden.

Das „Rationalitätsdefizit“ ergibt sich im vorliegenden Fall vielmehr entscheidend daraus, dass der künftige Erblasser den Verzichtenden aktiv überrumpelt und die rechtliche Bedeutung der Bedingungen für die Gegenleistung verschleiert hat. Da das resultierende Informationsgefälle hier offenbar auch nicht durch die Übersendung eines notariellen Entwurfs im Vorfeld oder eine hinreichende Belehrung bei Ver-

1 Siehe nur Palandt/Ellenberger, 75. Aufl. 2016, § 138 Rdnr. 20; Staudinger/Sack, Neub. 2003, § 138 Rdnr. 140.

2 Vgl. zum zweiten Punkt MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rdnr. 27.

3 So auch schon OLG München, Urteil vom 25.1.2006, 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313; vgl. allgemein Palandt/Ellenberger, § 138 Rdnr. 8; Staudinger/Sack, § 138 Rdnr. 3 ff.

4 Ähnlich im Ergebnis Everts, ZEV 2017, 166; siehe auch Zimmer, NJW 2017, 513, 517.

5 Darauf weist Everts, ZEV 2017, 166 zutr. hin; ausführlich Staudinger/Schotten, Neub. 2004, Einl. zu § 2346 Rdnr. 24 ff., § 2346 Rdnr. 21.

6 Siehe nur Staudinger/Schotten, § 2346 Rdnr. 173.

7 Dazu Palandt/Ellenberger, § 138 Rdnr. 39.

8 Für die Annahme eines strukturellen Rationalitätsdefizits Röthel, NJW 2012, 337; mit Recht kritisch dazu Everts, ZEV 2017, 166; Grziwotz, DNotZ 2016, 732.

tragsschluss ausgeglichen werden konnte, sind Kausalgeschäft und Verzicht nichtig.

## 5. Folgerungen für die Praxis

Der Notar muss bei Erb- und Pflichtteilsverzichten auch in Zukunft keine gerichtliche Inhaltskontrolle wie bei Eheverträgen befürchten.<sup>9</sup> Die Aufnahme von Motiven der Beteiligten in die Urkunde erscheint ebenfalls überflüssig und sogar gefährlich, wenn man darin Einfallstore für eine mögliche Anfechtung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage sieht.<sup>10</sup>

Aufgrund der schwachen materiellen Schranken erscheint es aber umso wichtiger, dass der Notar die kompensierende Funktion des vorgeschriebenen Beurkundungsverfahrens ernst nimmt. Die nötige Intensität der Belehrung hängt dabei stets vom Einzelfall ab, „unerfahrene und ungewandte Beteiligte“ sind aber besonders zu schützen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Wenn möglich, sollte man dem Verzichtenden außerdem rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin einen Entwurf zur Verfügung stellen – diesen Punkt stellt das OLG Hamm mit Recht deutlich heraus.

9 So auch *Everts*, ZEV 2017, 166; siehe ferner MünchKommBGB/*Wegerhoff*, § 2346 Rdnr. 35 ff.

10 Siehe dazu etwa *Bengel*, ZEV 2006, 192.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 17. Einstellung des Verfahrens auf Löschung im Vereinsregister

BGH, Beschluss vom 16.5.2017, II ZB 9/16 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 15.3.2016, 22 W 87/14)

*FamFG* § 70 Abs. 1, §§ 71, 74 Abs. 4, § 393 Abs. 3, § 395 Abs. 1 und 3

*BGB* §§ 21, 22

*GG* Art. 9 Abs. 1

*AO* §§ 51, 52, 55, 62

#### LEITSATZ:

**Die Anerkennung eines Vereins als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO ist nicht automatisch gleichbedeutend damit, ob ein Verein nicht auf einen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 21 BGB ausgerichtet ist. Eine Indizwirkung kommt diesem Umstand gleichwohl zu. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### 18. Registeranmeldung der Gesellschaftsauflösung und Liquidatorenbestellung vor dem Wirksamkeitszeitpunkt

OLG Jena, Beschluss vom 15.3.2017, 2 W 26/17

*GmbHG* § 60 Abs. 1 Nr. 2, §§ 65, 67 Abs. 1

*FamFG* § 58 Abs. 1, § 70 Abs. 2, § 81 Abs. 1 Satz 2, § 382 Abs. 3

#### LEITSÄTZE:

- Die Anmeldung einer in das Handelsregister einzutragenden Tatsache kann nicht bedingt oder befristet erfolgen. Zulässig ist es hingegen, wenn nicht die Anmeldung selbst unter eine Bedingung oder eine Befristung gestellt wird, sondern die angemeldete Tatsache unter einer Befristung steht (hier: Auflösung der Gesellschaft und Bestellung von Liquidatoren mit Wirkung zu einem zukünftigen kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt). (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Für die Beurteilung des Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen ist auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen. Die Eintragung hat daher nach Anmeldung einer mit einer Befristung versehenen Tatsache jedenfalls dann zu erfolgen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 30.11.2016 wurde die Antragstellerin zum Ablauf des 31.12.2016 aufgelöst und der Geschäftsführer, Herr K, zum alleinvertretungsberechtigten Liquidator bestellt. Dies meldete der Geschäftsführer der Antragstellerin mit Erklärung vom 9.12.2016 zur Eintragung in das Handelsregister an. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin übermittelte die Anmeldungserklärung am 20.12.2016 an das Registergericht.

**2** Mit Verfügung vom 22.12.2016 wies das Registergericht den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin darauf hin, dass die Anmeldung nicht vollzugsreif und deswegen zurückzunehmen und zu gegebener Zeit neu einzureichen sei. Sie werde zurückgewiesen, wenn nicht bis zum 28.12.2016 die Rücknahme erfolge. Mit seiner Antwort vom 23.12.2016 regte der Verfahrensbevollmächtigte eine Bearbeitung am 2.1.2017 an.

**3** Mit dem angefochtenen Beschluss vom 9.1.2017 wies das Registergericht die Anmeldung kostenpflichtig zurück. Der Beschluss wurde dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 11.1.2017 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 17.1.2017 bei Gericht eingegangene Beschwerde. Das Registergericht half der Beschwerde nicht ab und legte sie dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vor.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**4** Die gemäß § 382 Abs. 3, § 58 Abs. 1 FamFG statthafte sowie auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet. Die Zurückweisung des Eintragungsantrages kann mit der gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

**5** 1. Die Eintragung der gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG beschlossenen und gemäß § 65 GmbHG anzumeldenden Auflösung mit den durch den Gesellschafterbeschluss bestellten und gemäß § 67 Abs. 1 GmbHG anzumeldenden Liquidatoren wirkt deklaratorisch (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl., § 65 Rdnr. 15, § 67 Rdnr. 16) und hat ihre Bedeutung in erster Linie im Rahmen des § 15 HGB.

**6** 2. Die Anmeldung ist wirksam.

**7** Die Anmeldung ist als Eintragungsantrag Verfahrenshandlung. Sie enthält das an das Registergericht gerichtete Begehren auf Eintragung. Die Anmeldung ist zugleich Eintragungsgrundlage, in der die dazu verpflichteten oder berechtigten Personen die einzutragenden Tatsachen glaubhaft darstellen und damit deren Eintragung gestatten sowie die sonst zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vortragen (OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2001, 15 W 378/01 Rdnr. 12, zitiert nach juris). Die Anmeldung einer in das Handelsregister einzutragenden Tatsache kann nicht bedingt oder befristet erfolgen (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 12 Rdnr. 2; Röhricht/Ries, HGB, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 29; BayObLG, Beschluss vom 25.6.1992, 3 Z BR 30/92 Rdnr. 20, zitiert nach juris).

**8** Davon ist aber der hier vorliegende Fall zu unterscheiden, dass nicht die Anmeldung selbst – also der auf das Verfahren gerichtete Antrag – unter eine Bedingung oder eine Befristung gestellt wird, sondern die angemeldete Tatsache – hier die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung der Liquidatoren – unter einer Befristung steht. Die Anmeldung als solche, d. h. der öffentlich beglaubigte Antrag, das Registerverfahren zum Zweck einer Eintragung einzuleiten, ist hier weder durch Bedingungen noch Befristungen eingeschränkt (vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2007, 15 W 34/07 Rdnr. 11, zitiert nach juris). Die Anmeldung ist daher zulässig, wenn die angemeldete Auflösung und Bestellung von Liquidatoren bereits erfolgte und der Eintritt der Rechtswirkungen nur noch von dem Eintritt des Kalenderdatum abhängt (*Gustavus*, Handelsregister-Anmeldungen, 8. Aufl., A 3.; *Krafka/Kühn*, Handelsregisterrecht, 10. Aufl., Rdnr. 147). Zudem ist die Anmeldung von dem vor dem Eintritt der im Gesellschafterbeschluss liegenden Befristung noch vertretungsbefugten Geschäftsführer der Antragstellerin abgegeben worden, der zugleich durch den Beschluss der Gesellschafterversammlung zum ersten Liquidator der Gesellschaft bestellt wurde. Auch unter dem Gesichtspunkt der Vertretungsberechtigung ergeben sich vorliegend daher keine Probleme (vergleiche hierzu *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl., Rdnr. 78a, 147).

**9** 3. Die Eintragung konnte im vorliegenden Falle nicht zurückgewiesen werden, weil im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eintragungsantrag die Befristung eingetreten war.

**10** Die Eintragung erfolgt, wenn der Antrag im Zeitpunkt der über ihn zu treffenden Entscheidung zulässig und begründet

ist. Daraus folgt, dass für die Beurteilung des Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen ist (OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2001, 15 W 378/01 Rdnr. 12, zitiert nach juris; OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2007, 15 W 34/07 Rdnr. 11, zitiert nach juris; Röhricht/Ries, HGB, § 8 Rdnr. 31). Die Eintragung hat daher nach Anmeldung einer mit einer Befristung versehenen Tatsache jedenfalls dann zu erfolgen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen (in diesem Sinne auch: Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 65 Rdnr. 19; Rowedder/Gesell, GmbHG, 5. Aufl., § 65 Rdnr. 4; *Lutter/Kleindiek*, GmbHG, 19. Aufl., § 65 Rdnr. 1; Bork/Schäfer/Servatius, GmbHG, 3. Aufl., § 65 Rdnr. 5; MünchKomm-GmbHG, 2. Aufl., § 65 Rdnr. 10; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 78a, 147).

(...)

## 19. Gesellschafterliste: Befugnis des Geschäftsführers zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste trotz Mitwirkung eines Notars an den Veränderungen

OLG Rostock, Beschluss vom 25.1.2017, 1 W 55/16

*GmbHG* § 40 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

- 1. Das Registergericht darf prüfen, ob die eingereichte Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht. Es ist berechtigt, bei Beanstandungen die Entgegennahme zu verweigern. (Leitsatz der Schriftleitung).**
- 2. Die Berechtigung eines Geschäftsführers zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste ist auf solche Fälle zu begrenzen, in denen es sich um die Korrektur einer vom Notar eingereichten Liste handelt; es besteht keine generelle Berechtigung des Geschäftsführers zur Listeneinreichung (Anschluss an BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, MittBayNot 2014, 174). (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

**1** Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Befugnis des Geschäftsführers einer GmbH zur Einreichung einer geänderten Liste der Gesellschafter, obwohl ein Notar an den Veränderungen mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

**2** Die Beteiligte zu 1 wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 23.2.2006 gegründet. Geschäftsführer ist seit der Gründung der Beteiligte zu 2; er war bei Gründung am 23.2.2006 auch Alleingesellschafter (Gesellschaftsvertrag vom 23.2.2006). Gemäß einer am 10.9.2015 ins Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste verfügte die GmbH zu diesem Zeitpunkt über zwei Gesellschafter, Frau M und Herrn L, mit je einem Geschäftsanteil i. H. v. 12.500 €.

**3** Am 15.12.2015 verhandelte der Notar einen Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag. Darin veräußerte die Gesellschafterin M

gemäß §§ 2 und 3 des Vertrages ihren Geschäftsanteil in Höhe von nominal 12.500 € an ihren Mitgesellschafter L. In Vollzug des Vertrages übertrug die Veräußerin den Geschäftsanteil an den Erwerber unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen und vorbehaltlosen Zahlung der Gegenleistung (§ 6 des Vertrages). Vereinbart wurde in § 11 des Vertrages, dass der beurkundende Notar verpflichtet ist, unverzüglich nach Wirksamwerden der Anteilsübertragung eine neue Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen. Weiter heißt es zu dieser Regelung:

„Die Veräußerin und der Erwerber verpflichten sich bereits heute dem beurkundenden Notar unter Verwendung der – mit der Übersendung dieser Urkunde an die Beteiligten im Entwurf beigefügten Bestätigung schriftlich mitzuteilen, dass die Anteilsübertragung in vollem Umfang wirksam ist und vollzogen werden kann. Der Notar soll erst dann die neue Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einreichen, sobald ihm die Vollmacht vom 14.12.2015 in Urschrift vorliegt und die vorstehende Mitteilung von allen Beteiligten zugegangen ist und eine Abschrift der geänderten Liste der Gesellschafter an die Gesellschaft übermitteln.“

**4** Der Geschäftsführer L erstellte unter dem 30.5.2016 eine geänderte, hier verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste, die ihn als Alleingesellschafter ausweist. Diese Liste wurde durch den Notar am gleichen Tage beim AG Rostock (Registergericht) mit dem Hinweis „Die Übermittlung erfolgt als Bote der Beteiligten“ eingereicht.

**5** Das Registergericht erhob gegen die Freigabe der geänderten Gesellschafterliste im elektronischen Registerportal Bedenken und teilte diese dem Geschäftsführer der Gesellschaft mit Schreiben vom 2.6.2016 mit. Da an der Geschäftsanteilsübertragung ein Notar mitgewirkt habe, obliege es diesem, die geänderte Gesellschafterliste zu erstellen und für deren Richtigkeit zu unterzeichnen. Eine Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste durch einen Geschäftsführer sei nur möglich, wenn es sich um die Korrektur einer vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG eingereichten unrichtigen Gesellschafterliste handeln würde; hierbei sei zuvor (vor der Korrektur) auch dem betroffenen Gesellschafter noch Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

**6** Diesem Hinweis des Registergerichts traten die Verfahrensbevollmächtigten für die Beschwerdeführerin entgegen. Sie vertreten die Ansicht, § 40 Abs. 2 GmbHG regle keine ausschließliche Zuständigkeit des Notars für das Einreichen einer (neuen) Gesellschafterliste.

**7** Der Gesellschafterwechsel sei – wie behauptet wird – eingetreten; der vereinbarte Kaufpreis bezahlt. Die Parteien des Kauf- und Abtretungsvertrages hätten jedoch dem Notar gegenüber keine übereinstimmende schriftliche Erklärung zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung betreffend die wirksame Übertragung des Geschäftsanteils (Zahlung des Kaufpreises) abgegeben. Eine entsprechende Mitteilung habe aber Voraussetzung für die Einreichung einer neuen Liste der Gesellschafter beim Handelsregister durch den Notar sein sollen, so dass dieser sich auftragsgemäß verhalte. Bleibe aber der Notar „durch seine Unklarheit über das Wirksamwerden des beurkundeten Gesellschafterwechsels untätig“, müsse „subsidiär der zuständige Geschäftsführer weiter zur Einreichung der Liste befugt sein, wenn er entsprechende Nachweise zum Eintritt der Bedingung erhält“. Im vorliegenden Fall sei der Geschäftsführer der Gesellschaft auch der Erwerber der Geschäftsanteile, sodass diesem mit der von ihm selbst vorgenommenen Kaufpreiszahlung zwangsläufig auch die Mitteilung über die Veränderung des Bestandes der Gesellschafter nachweisbar vorliege. Die sichere Kenntnis vom Eintritt der Veränderungen in der Zusammensetzung der Gesellschafter berechtige ihn trotz Notarbefassung die geänderte Gesellschafterliste dem Register selbst mitzuteilen.

**8** Mit Schreiben vom 4.7.2016 bat das Registergericht den beteiligten Notar um Stellungnahme, die jedoch ebenso ausblieb wie die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch ihn.

**9** Die Verfahrensbevollmächtigten teilten später ergänzend mit, die von der Anteilsübertragung betroffene Gesellschafterin sei mit

Schreiben vom 31.8.2016 darüber informiert worden, dass die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer und Anteilserwerber erfolgen werde. Dazu habe sie bis zum 5.9.2016 Stellung nehmen können. Eine Reaktion sei jedoch nicht erfolgt.

**9** Mit Beschluss vom 6.9.2016 lehnte das Registergericht die Freigabe der geänderten Gesellschafterliste vom 30.5.2016 im elektronischen Registerportal ab. Begründend verwies das AG auf seine bereits geäußerte Rechtsauffassung. Nach § 40 Abs. 2 GmbHG obliege es dem Notar, die geänderte Gesellschafterliste beim Registergericht einzureichen. Da das bisher nicht geschehen sei, seien materielle Mängel bei der Anteilsübertragung zu vermuten. Das Registergericht sehe sich deshalb auch unter haftungsrechtlichen Aspekten gehindert, die Gesellschafterliste ins elektronische Handelsregister aufzunehmen.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**14 2.** In der Sache erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Das Registergericht hat die Entgegennahme der (geänderten) Gesellschafterliste zur Aufnahme in das elektronisch geführte Handelsregister mit Recht abgelehnt, weil sie nicht von dem nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Einreichung verpflichteten Notar, sondern dem Geschäftsführer der Gesellschaft – mittels eines Boten – vorgelegt worden ist, dem eine Befugnis in diesem Fall jedoch nicht zugestanden hat.

**15 a)** Zu den Voraussetzungen, unter denen eine gemäß § 40 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in das Handelsregister aufzunehmen ist, gehört nicht nur, dass Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung bereits eingetreten sind, sondern auch, dass die geänderten Eintragungen in der eingereichten Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) oder dem Notar stammen, der an den Veränderungen mitgewirkt hat, § 40 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rdnr. 9, zitiert nach juris).

**16 b)** Nach § 40 Abs. 1 GmbHG sind die Geschäftsführer verpflichtet, unverzüglich „nach Wirksamwerden jeder Veränderung“ in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste zum Handelsregister einzureichen. Hat ein Notar an Veränderungen im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat er unverzüglich „nach deren Wirksamwerden“ ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Steht die Abtretung eines Geschäftsanteils unter einer aufschiebenden Bedingung, setzt die Verpflichtung des Notars, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen, nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut erst mit Wirksamwerden der Veränderung in der Person des Gesellschafters, das heißt mit Bedingungseintritt, ein (BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rdnr. 11 m. w. N., zitiert nach juris).

**17 c)** Einigkeit besteht zwar darüber, dass das Registergericht die Gesellschafterliste lediglich entgegen nimmt und verwahrt,

ohne eine inhaltliche Prüfpflicht zu haben (BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, a. a. O. Rdnr. 7; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.1.2011, 20 W 378/10, GmbHR 2011, 823 Rdnr. 32 m. w. N., zitiert nach juris; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2010, 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598 Rdnr. 17, zitiert nach juris; OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09, GmbHR 2009, 781 Rdnr. 5, zitiert nach juris; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 40 Rdnr. 75; Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, 8. Aufl., § 40 Rdnr. 11). Das ergibt sich schon aus der Begründung der mit dem MoMiG eingeführten Neufassung von § 40 GmbHG (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38, 44).

**18 d)** Das Registergericht darf jedoch gleichwohl prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, und ist berechtigt, bei Beanstandungen die Entgegennahme zu verweigern (BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, a. a. O. Rdnr. 10 m. w. N., zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, a. a. O. Rdnr. 8; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.1.2011, 20 W 378/10, a. a. O. Rdnr. 33 m. w. N.; OLG Hamm, Beschluss vom 24.5.2016, I-27 W 27/16, GmbHR 2016, 1090 Rdnr. 8, zitiert nach juris; KG Berlin, Beschluss vom 5.7.2016, 22 W 114/15, GmbHR 2016, 1157 Rdnr. 19, zitiert nach juris; Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, § 40 Rdnr. 14; Saenger/Inhvester/Lücke/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 40 Rdnr. 31; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 15; Schneider, GmbHR 2009, 393, 394), wobei im Einzelnen unterschiedliche Ansicht zum Umfang des angenommenen Prüfungsrechts bestehen.

**19** Dieses formale Prüfungsrecht gibt dem Registergericht die Befugnis, die Gesellschafterliste jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn für das AG ohne Weiteres ein Sachverhalt fest steht, nach dem entweder eine vom Notar einzureichende Gesellschafterliste oder aber eine vom Geschäftsführer einzureichende Liste vorzulegen ist, und die dann tatsächlich vorgelegte Gesellschafterliste nicht diesem Unterschriftserfordernis entspricht (siehe OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.1.2011, 20 W 378/10, a. a. O. Rdnr. 36). Im Hinblick auf die durch die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner eintretende Legitimations- und Rechtsscheinwirkung (vgl. § 16 GmbHG) darf das Registergericht nicht wissentlich an der Schaffung eines falschen Rechtsscheins mitwirken und damit möglicherweise die Grundlage für Schädigungen Dritter oder von Gesellschaftern schaffen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.1.2011, 20 W 378/10, a. a. O. Rdnr. 42, zitiert nach juris).

**20 e)** Mit Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 wurde die Bedeutung der Gesellschafterliste deutlich aufgewertet. Sie ist neben der Satzung das bedeutendste Dokument in der GmbH (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rdnr. 1, 3). In der zwingenden (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rdnr. 1; Saenger/Inhvester/Lücke/Simon, GmbHG, § 40 Rdnr. 2) Vorschrift von § 40 GmbHG hat der Gesetzgeber – wie bereits dargestellt – die Verantwortlichkeit zur Listenaufstellung und -einreichung zwischen Geschäftsführer und Notar aufgeteilt (vgl. näher Wachter, GmbHR Sonderheft 2008, 51, 54).

**21 aa)** Da das Gesetz in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG von „anstelle“ spricht, wurde nach seiner Neufassung zunächst

überwiegend die Ansicht vertreten, es handele sich um eine wechselseitig ausschließliche Zuständigkeit, sodass der Notar in Fällen, in denen er an den in Abs. 1 genannten Veränderungen mitgewirkt hat, vollständig an die Stelle des Geschäftsführers trete (Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, § 40 Rdnr. 16; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rdnr. 23; Goette/Habersack/Reichert/Weiler, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, S. 92; Wachter, a. a. O., S. 55; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 40 Rdnr. 57; kritisch Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 40 GmbHG Rdnr. 29).

**22 bb)** Dieser Auffassung ist der BGH jedoch in zwei parallel am 17.12.2013 ergangenen Entscheidungen (BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, GmbHR 2014, 198, „Listenkorrektur“, zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, a. a. O., „Listeneinreichung durch einen ausländischen Notar“) entgegen getreten und hat sie als rechtsirrig bezeichnet (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, a. a. O. Rdnr. 12). Eine Berechtigung des Geschäftsführers zur Listeneinreichung könne auch in Fällen bestehen, in denen gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG der Notar zur Einreichung verpflichtet sei (BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, a. a. O. Rdnr. 32 ff., und BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, a. a. O. Rdnr. 12).

**23 f)** Im vorliegenden Fall hat ausweislich des eingereichten Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrages vom 15.12.2015 an diesem ein Notar gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG mitgewirkt. Nach der gesetzlichen Regelung von § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG musste es mithin dem Notar obliegen, eine von ihm unterschriebene (neue) Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Das vermochte das Registergericht im Rahmen seiner formalen Prüfungscompetenz – ohne dass es weiterer inhaltlicher (materiellrechtlicher) Untersuchung bedurfte – zu beurteilen und deshalb die Einreichung durch den Geschäftsführer nicht genügen lassen.

**24 g)** Eine andere Sichtweise begründet sich nicht unter Berücksichtigung der angeführten Rechtsprechung des BGH.

**25 aa)** Das sog. „Listenkorrektur-Urteil“ des BGH befasst sich konkret mit der Frage, ob der Geschäftsführer zur Korrektur einer unrichtigen Gesellschafterliste befugt ist, die der Notar gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereicht hat. Diese Frage ist im Grundsatz bejaht worden (BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, a. a. O. Rdnr. 33 ff.). Der BGH geht im Hinblick auf das Korrekturverfahren und die Korrekturbefugnis des Geschäftsführers von einer Regelungslücke aus und hat der analogen Anwendung von § 67 Abs. 5 AktG eine Absage erteilt (vgl. BGH, a. a. O. Rdnr. 37 f.; zustimmend Lieder, NZG 2014, 329, 331). Dass mit der Einreichung der Liste durch den Notar eine höhere Richtigkeitsgewähr einhergehen kann, spricht hierbei nicht für eine ausschließliche Korrekturzuständigkeit desselben. Denn die Erhöhung der Richtigkeitsgewähr sehen die Gesetzesmaterialien in der nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vorgesehenen Bescheinigung des Notars und seiner Mitwirkung an der Veränderung, nicht aber in der Mitwirkung an der Listenführung (siehe BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, a. a. O. Rdnr. 35 m. w. N.).

26 bb) Ein Fall der Listenkorrektur liegt hier jedoch ersichtlich nicht vor, da der Notar gar nicht tätig geworden ist.

27 cc) Zwar kann im Anschluss an die BGH-Rechtsprechung nicht mehr an der ausschließlichen Notarzuständigkeit in Fällen des § 40 Abs. 2 GmbHG festgehalten werden, jedoch ist die Berechtigung eines Geschäftsführers zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste auf solche Fälle zu begrenzen, in denen es sich um eine Korrektur einer vom Notar eingereichten Liste handelt. Anlass für weitergehende Folgerungen aus der BGH-Rechtsprechung sieht der Senat auch vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf zum MoMiG nicht gegeben.

Der Gesetzgeber hat zu § 40 Abs. 2 GmbHG erläuternd ausgeführt:

„Die Formulierung ‚anstelle‘ in § 40 Abs. 2 Satz 1 stellt klar, dass die Erstellung und Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt. Die Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste bleibt unberührt.“ (Begr. RegE zum MoMiG vom 25.7.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 44).

28 dd) Damit lässt sich eine Berechtigung des Geschäftsführers, in den Fällen des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG generell zur Listeneinreichung beim Registergericht befugt zu sein, nicht vereinbaren.

29 h) Die Einreichung durch den Notar entspricht im Übrigen auch der Parteivereinbarung. Im Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag haben diese unter § 11 vereinbart, dass der beurkundende Notar verpflichtet ist, eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, wenn die Anteilsübertragung wirksam geworden ist. Dazu hatten ihm die Beteiligten mitzuteilen, dass die Anteilsübertragung wirksam ist und vollzogen werden kann. Da diese Voraussetzungen offenbar noch nicht vorliegen, kann der Notar nicht tätig werden.

30 aa) Insoweit geht auch die Berufung der Beschwerdeführerin darauf fehl, dem Geschäftsführer sei vorliegend subsidiär die Befugnis zur Einreichung der Gesellschafterliste gegeben, weil der Notar ob einer „Unklarheit“ über das Wirksamwerden des beurkundeten Gesellschafterwechsels untätig geblieben sei. Eine Unklarheit hat nämlich für den Notar nicht vorgelegen. Seine Untätigkeit erklärt sich vielmehr – wie auch von der Beschwerdeführerin selbst vorgetragen wird – aus dem Umstand, dass ihm der Bedingungseintritt für die Wirksamkeit der Geschäftsanteilsübertragung (Zahlung des Kaufpreises) bisher nicht mitgeteilt wurde.

31 bb) Zwar mag es im Übrigen zutreffen, dass die Gesellschaft den Notar nicht im Wege einer Notarbeschwerde zum Tätigwerden zu zwingen vermag, da dieser sich gemäß den ihm in § 11 des Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrages erteilten Weisungen verhält. Das von ihr erstrebte Ziel, eine geänderte Gesellschafterliste zur Aufnahme in den Registerordner zu bringen, vermag die Beschwerdeführerin jedoch dadurch zu erreichen, indem sie die Veräußerin des Geschäfts-

anteils dazu bewegt, dem Notar gegenüber Mitteilung über die Zahlung des für den Verkauf geschuldeten Preises zu machen. Für eine Erzwingung des Verhaltens steht ihr ggf. die Möglichkeit der Klage vor den ordentlichen Gerichten offen.

32 3. Nach allem bleibt der Beschwerde der Erfolg versagt.

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 20. Zur unentgeltlichen Zahlung einer Kommanditgesellschaft an ihren Kommanditisten

BGH, Urteil vom 20.4.2017, IX ZR 189/16 (Vorinstanz: LG Heilbronn, Urteil vom 29.7.2016, Bö 7 S 21/15)

*InsO § 134 Abs. 1*  
*HGB §§ 169, 171, 172*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Zahlung einer Kommanditgesellschaft an ihren Kommanditisten, der ein gewinnunabhängiges Zahlungsverprechen im Gesellschaftsvertrag zugrunde liegt, ist nicht schon deswegen unentgeltlich, weil die Zahlung nicht durch Gewinne der Kommanditgesellschaft gedeckt ist.
2. Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus sind Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist.

#### SACHVERHALT:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf Gläubigerantrag vom 29.9.2011 am 9.12.2011 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Z GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin), einer Publikums-KG, an der sich der Beklagte als Kommanditist mit einer in das Handelsregister eingetragenen Hafteinlage von 20.000 € beteiligte.

2 § 18.6 des Gesellschaftsvertrages lautet:

„Für die Geschäftsjahre 2004 bis einschließlich 2008 erhalten die Kommanditisten vorab eine garantierte Verzinsung auf die von ihnen geleistete Kommanditeinlage i. H. v. 6 v. H. per anno für den Zeitraum vom Tage der Wertstellung der Einlage auf dem Konto der Gesellschaft bis zum jeweiligen Ende des Geschäftsjahres, zahlbar bis jeweils Ende des 3. Monats des Folgejahres. Es wird auf den Zinsgarantievertrag verwiesen. Die Verzinsung wird auf das Ergebnis angerechnet.“

3 Im Geschäftsjahr 2007 erzielte die Schuldnerin keine Gewinne. Am 31.3.2008 zahlte die Schuldnerin an den Beklagten einen als Garantiausschüttung für das Jahr 2007 bezeichneten Betrag von 1.200 €. Die auf anfechtungsrechtliche Rückgewähr dieses Betrages nebst Zinsen gerichtete Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**4** Die Revision ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

**5 I.** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der geltend gemachte Anspruch stehe dem Kläger nicht zu, weil die Zahlung an den Beklagten keine unentgeltliche Leistung im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO sei. Es handele sich nicht um die Zahlung eines Scheingewinns, sondern um eine in § 18.6 des Gesellschaftsvertrags vorgesehene, gewinnunabhängige Ausschüttung, für die sich die Frage nach einem der Zahlung ausgleichenden Gewinn nicht stelle. Hieran ändere auch die vereinbarte Anrechnung auf etwaige Gewinne nichts, eine Rückzahlung bei ausbleibenden Gewinnen sei gerade nicht vereinbart. Unentgeltlichkeit liege auch nicht deswegen vor, weil die Auszahlung der Sache nach eine Rückgewähr der Einlage bilde; andernfalls würden – jedenfalls wenn ein vertraglicher Anspruch auf Auszahlung bestände – die Regelungen der §§ 171, 172 HGB unterlaufen.

**6 II.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage der getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen mit Recht angenommen, dass die Leistung an den Beklagten nicht unentgeltlich im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO erfolgte.

**7 1.** Unentgeltlich ist eine Leistung im hier gegebenen Zweipersonen-Verhältnis, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (vgl. BGH, Urteil vom 5.3.2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231; vom 15.9.2016, IX ZR 250/15, WM 2016, 2312 Rdnr. 20 f.). Zahlungen, mit denen eine Kommanditgesellschaft den Anspruch auf Rückgewähr einer Einlage oder auf Zahlung eines Auseinsetzungs Guthabens erfüllt, sind keine unentgeltlichen Leistungen (vgl. BGH, Urteil vom 22.4.2010, IX ZR 225/09, ZIP 2010, 1455 Rdnr. 11; vom 18.7.2013, IX ZR 198/10, NJW 2014, 305 Rdnr. 9). Auszahlungen von in „Schneeballsystemen“ erzielten Scheingewinnen können demgegenüber unbeschadet eines ordnungsgemäßen Zustandekommens des Gewinnverwendungsbeschlusses als objektiv unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO angefochten werden (BGH, Urteil vom 22.4.2010, a. a. O.; vom 18.7.2013, a. a. O.). Erhält ein Anleger in derartigen Fällen Auszahlungen, die sowohl auf Scheingewinne als auch auf die Einlage erfolgen, so sind diese nur gemäß § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar, soweit es um die Auszahlung auf Scheingewinne geht. Die Rückzahlung der Einlage stellt in diesen Fällen regelmäßig den Gegenwert für die vom Anleger erbrachte Einlage dar (BGH, Urteil vom 22.4.2010, a. a. O.).

**8 2.** Das Berufungsgericht hat zutreffend eine Unentgeltlichkeit der Leistung an den Beklagten verneint.

**9 a)** Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus sind Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11, NJW 2013, 2278 Rdnr. 9 m. w. N.). Solche Ausschüttungen können in der Weise vereinbart werden, dass sie auch insoweit zu gewähren und zu belassen sind, als sie nicht durch Gewinne gedeckt

sind, also letztlich in Form einer festen Kapitalverzinsung oder garantierter Mindesttantieme zulasten des Kapitals gehen (BGH, a. a. O.). Sie sind entgeltlich, wenn sie die Gegenleistung für die Pflichteinlage darstellen. So verhält es sich hier.

**10 aa)** Der Gesellschaftsvertrag gewährt hier den Kommanditisten für ihre tatsächlich geleistete Einlage einen Anspruch auf eine gewinnunabhängige Ausschüttung. Dies kann der Senat selbst feststellen, weil Gesellschaftsverträge von Publikums-gesellschaften nach ihrem objektiven Erklärungsbefund auszulegen sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 19.7.2011, II ZR 153/09, NZG 2011, 1142 Rdnr. 11; vom 12.3.2013, II ZR 73/11, NJW 2013, 2278 Rdnr. 13). Zwar ist § 18 des Gesellschaftsvertrags mit „Ergebnisverteilung“ überschrieben. Aber nach dem insoweit klaren Wortlaut der Regelung in § 18.6 wird den Kommanditisten eine Verzinsung mit einem festen, gewinnunabhängigen Zinssatz garantiert. Dass diese Zinszahlungen auf etwaige Gewinne angerechnet werden, lässt die Verpflichtung zu deren Zahlung nicht für den Fall entfallen, dass Gewinne tatsächlich nicht erwirtschaftet werden. Entgegen dem Revisionsvorbringen kann sich anderes weder aus dem nur auszugsweise vorgelegten Anlageprospekt noch aus dem sog. Ausschüttungsgarantievertrag ergeben. Der Prospekt spricht von „Garantieausschüttungen“ und „garantierten Vorabausschüttungen“ und stellt diesen „Ausschüttungen, wie in den Planzahlen offeriert“, gegenüber, die sich nach dem wirtschaftlichen Ergebnis der Gesellschaft richten. Nach dem Ausschüttungsgarantievertrag (in § 18.6 des Gesellschaftsvertrags als Zinsgarantievertrag bezeichnet) hat die J AG die „abstrakte Garantieerklärung“ abgegeben, der Schuldnerin einen Betrag zur Begleichung der „vertraglich vereinbarten“ 6 % p. a. zur Verfügung zu stellen, falls die Ertragslage der Schuldnerin eine solche Zahlung ganz oder teilweise nicht zulässt.

**11 bb)** Ebenso wenig sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Kommanditisten die Auszahlungen gemäß § 18.6 des Gesellschaftsvertrags unter dem Vorbehalt einer Rückforderung erhalten haben. Dass der Gesellschaftsvertrag keine dahin gehende Regelung enthält, steht zwar der Annahme einer gewinnabhängigen Vorabausschüttung nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 18.7.2013, IX ZR 198/10, NJW 2014, 305 Rdnr. 40). Aus deren Fehlen kann aber nicht geschlossen werden, es müsse sich (deswegen) um gewinnabhängige Vorabausschüttungen handeln. Vielmehr ist ein Kommanditist, wenn an ihn auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eine Auszahlung geleistet wurde, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird oder eine bereits bestehende Belastung vertieft wird, nur dann zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag dies hinreichend klar vorsieht (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2013, a. a. O. Rdnr. 8, 10; vom 16.2.2016, II ZR 348/14, NJW-RR 2016, 550 Rdnr. 10, 15; OLG Hamm, Urteil vom 4.2.2015, 8 U 89/14 Rdnr. 58, zitiert nach juris; OLG Hamburg, Urteil vom 14.10.2016, 11 U 23/16 Rdnr. 48 ff., zitiert nach juris). Eine solche Regelung wird von der Revision nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

**12 cc)** Die Vorschriften des HGB stehen einer derartigen Vertragsgestaltung nicht entgegen. Sie kennen für die KG keinen

im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz. Die Gesellschafter können ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis insoweit untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten (BGH, Urteil vom 12.3.2013, a. a. O. Rdnr. 12; vom 16.2.2016, a. a. O. Rdnr. 10). Deswegen kann entgegen der Auffassung der Revision auch der Umstand, dass es sich bei der Zahlung an den Beklagten mangels erwirtschafteter Gewinne um die Rückgewähr von Einlagen handele, keine Unentgeltlichkeit der Leistung im Sinne von § 134 InsO begründen. Solche Zahlungen können zwar zu einer Haftung nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis und nicht dessen Verhältnis zur Gesellschaft (BGH, Urteil vom 12.3.2013, a. a. O.; vom 16.2.2016, a. a. O.).

**13 b)** Nach dem festgestellten Sachverhalt war die Ausübung des Anspruchs auf Auszahlung der garantierten Zinsen zum Zeitpunkt der Zahlung vorliegend nicht durch eine Treuepflicht des Gesellschafters eingeschränkt. Auf die Senatsentscheidung vom 18.7.2013 (IX ZR 193/10, NJW 2014, 305, 310 Rdnr. 44) kann sich die Revision insoweit nicht berufen, als diese Vorauszahlungen auf künftig aller Voraussicht nach nicht anfallende Gewinne betrifft, die nur aus Einlagen neu beitretender Gesellschafter finanziert werden können.

**14 3.** Ob das Klagebegehren auch unter dem Gesichtspunkt der §§ 171 ff. HGB, § 93 InsO hätte geprüft werden müssen, bedarf keiner Entscheidung. Die Klagebegründung ist ausschließlich auf die Voraussetzungen der §§ 143, 134 InsO ausgerichtet. Das Vorliegen der Voraussetzungen der § 171 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB ist nicht schlüssig dargetan; hinreichend konkreten Vortrag, den die Vordergerichte übergangen haben, behauptet die Revision nicht.

•

## 21. Zustimmung des Sicherungsgebers zur Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers

BGH, Urteil vom 29.1.2016, V ZR 285/14 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.11.2014, 13 U 101/13)

BGB § 275 Abs. 1 und 4, § 280 Abs. 1 und 3, §§ 283, 1142, 1143, 1192 Abs. 1  
ZVG § 49 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 1

### LEITSÄTZE:

- Zahlt der Ersteher des Grundstücks zur Ablösung einer in der Zwangs- oder Teilungsversteigerung bestehen gebliebenen Grundschuld eine unter deren Nennbetrag liegende Summe, darf der Grundschuldgläubiger die Löschung der Grundschuld, die ihm in Höhe des restlichen Nennbetrags weiterhin zusteht, ohne eine entsprechende Vereinbarung mit dem Sicherungsgeber nicht bewilligen (Abgrenzung zu dem Urteil des Senats vom 4.2.2011, V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 Rdnr. 13).**

- Wird bei der Zwangsversteigerung die Grundschuld – einschließlich ihres nicht valuierten Teils – als bestehenbleibendes Recht (§ 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG) von dem Ersteher übernommen, haftet dieser für den Nennbetrag der Grundschuld dinglich. Die Übernahme der Grundschuld bildet einen Teil des von ihm geschuldeten Versteigerungserlöses.**

### SACHVERHALT:

**1** Die Klägerin war Eigentümerin zweier Grundstücke, von denen eines in W, eines in I belegen war. An beiden Grundstücken bestanden Sicherungsgrundschulden jeweils zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beklagten, die insgesamt Forderungen i. H. v. 278.857,34 € sicherten. An dem Grundstück in W waren drei erstrangige Grundschulden im Wert von insgesamt rund 219.855,51 € sowie eine nachrangige Grundschuld von rund 35.790,43 € bestellt.

**2** Die Beklagte, die als Rechtsnachfolgerin der Grundschuldgläubigerin in die Sicherungsabreden eingetreten war, betrieb die Zwangsversteigerung in das Grundstück in W aus der zweitrangigen Grundschuld. Der Verkehrswert wurde auf 308.000 € festgesetzt. Vor dem Versteigerungstermin traf die Beklagte eine schriftliche Absprache mit einem Dritten (Ersteher). Dieser sollte das Grundstück für insgesamt 200.000 € erhalten. Vereinbarungsgemäß gab er ein Gebot über 175.000 € ab und erhielt den Zuschlag. Gegen Zahlung von weiteren 25.000 € bewilligte die Beklagte die Löschung der erstrangigen Grundschulden und betrieb anschließend die Vollstreckung in das Grundstück in I. Die darauf bezogene Vollstreckungsgegenklage der Klägerin war erfolgreich. In dem vorliegenden Verfahren hat die Beklagte ausdrücklich erklärt, keine weiteren Forderungen gegen die Klägerin mehr geltend zu machen.

**3** Mit der Klage verlangt die Klägerin – soweit von Interesse – Schadensersatz i. H. v. 115.998,16 € nebst vorgerichtlichen Anwaltskosten. Sie meint, die Beklagte müsse sich an dem Zuschlagsbeschluss festhalten lassen. Daher habe sie 175.000 € (Bargebot) zuzüglich 219.855,51 € (bestehen gebliebene Grundschulden) erzielt, mithin 394.855,51 €. Abzüglich der persönlichen Forderungen von 278.857,34 € errechnet sie die Klageforderung von 115.998,16 €. Das LG hat der Klage vollen Umfangs stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch weiter.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**4 I.** Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Beklagte ihre Pflichten aus der Sicherungsabrede verletzt hat. Sie habe ohne ersichtlichen Grund die Zwangsvollstreckung aus der zweitrangigen Grundschuld betrieben und damit verhindert, dass potenzielle andere Interessenten ein realistisches Angebot abgegeben hätten. Nachdem der Ersteher das Grundstück wegen der getroffenen Vereinbarung im Ergebnis für 200.000 € erhalten habe, müsse sich die Beklagte so behandeln lassen, als seien die persönlichen Forderungen von 278.857,34 € vollständig getilgt worden.

**5** Dagegen bestehe kein Anspruch auf Ersatz des in diesem Verfahren geltend gemachten, über die persönlichen Forderungen hinausgehenden Schadens. Der Beklagten seien nicht 394.855,51 € zugeflossen, weil der Ersteher zu einer Ablösung der Grundschulden nicht verpflichtet gewesen sei. Gestatte der Grundschuldgläubiger – wie hier – die Ablösung, sei er aufgrund des durch die Sicherungsabrede begründeten Treuhandverhältnisses mit dem persönlichen Schuldner zur Verwertung der Grundschuld nur in der Weise verpflichtet, dass

dieser von der persönlichen Schuld vollständig befreit werde. Die Klägerin könne lediglich verlangen, so gestellt zu werden, als hätte die Beklagte aus den erstrangigen Grundschulden vollstreckt. Dass dabei ein die persönlichen Forderungen i. H. v. 278.857,34 € übersteigendes Gebot abgegeben worden wäre, habe sie nicht schlüssig dargelegt. Es sei schon streitig, ob überhaupt andere Interessenten im Termin anwesend gewesen seien. Die Klägerin habe selbst vorgetragen, der Ersteher habe zu Beginn des Termins erklärt, er werde bis 400.000 € bieten, woraufhin andere Bieter von Geboten abgesehen hätten. Ein Gebot, das die persönlichen Forderungen überstiege, sei nach der Lebenserfahrung als völlig unwahrscheinlich anzusehen, weil diese rund 90 % des Verkehrswerts erreichten.

**6 II.** Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der geltend gemachte Anspruch nicht verneint werden.

**7 1.** Im Ausgangspunkt trifft es zwar zu, dass die Beklagte ihre treuhänderischen Pflichten aus der Sicherungsabrede verletzt hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt dies aber nicht daraus, dass sie die Zwangsvollstreckung ohne ersichtlichen Grund aus der nachrangigen Grundschuld betrieben hat. Ein solches Vorgehen stand ihr als Grundschuldgläubigerin frei, mag es auch wirtschaftlich nicht sinnvoll sein. Ebenso frei stand es ihr, die interne Absprache mit dem Ersteher zu treffen, die für die hieran nicht beteiligte Klägerin keine Bindungswirkung entfaltete und deshalb – anders als der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gemeint hat – im Verhältnis zu dieser nicht pflichtwidrig war. Gegen die Sicherungsabrede hat die Beklagte vielmehr dadurch verstoßen, dass sie nach dem Zuschlag die Löschungsbewilligung hinsichtlich der erst-rangigen Grundschulden erteilte, obwohl die Zahlung von 25.000 € unter dem Nennbetrag von 219.855,51 € lag. Infolgedessen ist sie ihrer Pflicht zur Rückgewähr der Grundschuld nicht nachgekommen.

**8 a)** Die Grundschuld ist von einer etwa bestehenden persönlichen Forderung unabhängig, auch wenn sie – wie hier – als Sicherung für eine solche Forderung dient. Deshalb steht sie dem Grundschuldgläubiger weiterhin zu, wenn die gesicherte Forderung ganz oder teilweise nicht (mehr) besteht. Aufgrund des Sicherungsvertrags hat der Sicherungsgeber (hier die Klägerin) dann einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten Rückgewähranspruch, der sich auf Abtretung oder Aufhebung des nicht valuierten Teils der Grundschuld oder einen entsprechenden Verzicht richtet (vgl. Senat, Urteil vom 18.7.2014, V ZR 178/13, BGHZ 202, 150 Rdnr. 7, 11).

**9 b)** Wird bei der Zwangsversteigerung die Grundschuld – einschließlich ihres nicht valuierten Teils – als bestehen bleibendes Recht (§ 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG) von dem Ersteher übernommen, haftet dieser für den Nennbetrag der Grundschuld dinglich. Die Übernahme der Grundschuld bildet einen Teil des von ihm geschuldeten Versteigerungserlöses. Zusätzlich des bar zu zahlenden Teils des geringsten Gebots (§ 49 Abs. 1 ZVG) ergibt sich der Preis, den der Ersteher für das Grundstück zu bezahlen hat. Ob die Grundschuld im Zeit-

punkt des Zuschlags valuiert ist oder nicht, ist für die dingliche Haftung des Erstehers ohne Bedeutung (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 9.2.1989, IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 377 f.; Urteil vom 21.5.2003, IV ZR 452/02, BGHZ 155, 63, 67 f.; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 90 Rdnr. 8.2; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 1131).

**10 c)** Löst der Ersteher die bestehen gebliebene Grundschuld in voller Höhe ab, geht sie kraft Gesetzes auf ihn über (§§ 1142, 1143 BGB analog, vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1986, IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2112, insoweit in BGHZ 97, 280 nicht abgedruckt; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 824 m. w. N.). Den erzielten Erlös muss der Grundschuldgläubiger – seinen Pflichten aus dem Sicherungsvertrag entsprechend – zunächst auf die gesicherte Forderung verrechnen. Im Hinblick auf den nicht valuierten Teil der Grundschuld tritt an Stelle des zuvor bestehenden, aufschiebend bedingten Anspruchs auf Rückgewähr der Grundschuld nunmehr der verbleibende „Übererlös“, den der Grundschuldgläubiger an den Sicherungsgeber auskehren muss (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 19.10.1988, IVb ZR 70/87, NJW-RR 1989, 173, 175; Urteil vom 18.2.1992, XI ZR 134/91, NJW 1992, 1620; Urteil vom 11.10.1995, XII ZR 62/94, NJW-RR 1996, 234, 235; *Clemente*, ZfIR 2003, 608; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 1138). Hierdurch wird ausgeglichen, dass der bar zu zahlende Teil des Versteigerungserlöses um den vollen Betrag der Grundschuld einschließlich ihres nicht mehr valuierten Teils gemindert war (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.1988, IVb ZR 70/87, NJW-RR 1989, 173, 175; *Clemente*, ZfIR 2003, 608).

**11 d)** Zahlt der Ersteher des Grundstücks dagegen – wie hier – zur Ablösung einer in der Zwangs- oder Teilungsversteigerung bestehen gebliebenen Grundschuld eine unter deren Nennbetrag liegende Summe, wird die Grundschuld nur in Höhe der Zahlung zur Eigentümergrundschuld des Erstehers (vgl. *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 835, 1140). Der Grundschuldgläubiger darf die Löschung der Grundschuld, die ihm in Höhe des restlichen Nennbetrags weiterhin zusteht, ohne eine entsprechende Vereinbarung mit dem Sicherungsgeber – an der es hier fehlt – nicht bewilligen; es ist unerheblich, ob er seinerseits dem Ersteher die Löschung der Grundschuld gegen eine geringere Summe zugesagt hat. Es kann dahinstehen, ob und inwieweit der Grundschuldgläubiger verpflichtet ist, den über seine persönlichen Forderungen hinausgehenden Grundschuldbetrag selbst geltend zu machen und den Übererlös sodann an den Sicherungsgeber auszukehren. Jedenfalls kann der Sicherungsgeber die Rückgewähr der Grundschuld beanspruchen, die entweder durch Abtretung der Grundschuld an ihn oder in Gestalt der Auskehrung des Übererlöses als Surrogat des dinglichen Rechts erfolgen muss. Diesen Rückgewähranspruch darf der Grundschuldgläubiger nicht vereiteln, indem er die Löschung der Grundschuld bewilligt (vgl. *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 1134, 1140).

**12 e)** Nichts anderes ergibt sich aus dem von dem Berufungsgericht herangezogenen Urteil des Senats vom 4.2.2011

(V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 Rdnr. 13). Zwar heißt es dort, der Gläubiger genüge seinen Pflichten aus dem Sicherungsvertrag, indem er die Grundschild in der Weise verwerte, dass der Sicherungsgeber von der persönlichen Schuld befreit werde. Dies betraf aber ausschließlich die Verpflichtung des Gläubigers, nicht valutierte dingliche Zinsen anzumelden. Eine solche Verpflichtung hat der Senat in verschiedenen Fallkonstellationen verneint (vgl. Senat, Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 ff.; Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11, BGHZ 192, 131 ff.; Urteil vom 3.2.2012, V ZR 133/11, NJW 2012, 1142 f.). Zur Begründung hat er in hypothetischer Betrachtung darauf abgestellt, welche Rechte dem Sicherungsgeber bestenfalls zukommen, wenn die Rückgewähr der Grundschild zu einer Vereinigung des Grundpfandrechts mit dem Eigentum führt. In diesem Fall erstreckt sich die Pflicht zur Rückgewähr der Grundschild nicht auf die Grundschildzinsen, da das Grundpfandrecht gemäß § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB unter anderem für Rückstände von Zinsen erlischt (vgl. Senat, Urteil vom 16.12.2011, V ZR 52/11, BGHZ 192, 131 Rdnr. 16 f.).

**13** Hier geht es dagegen um den Nennbetrag des dinglichen Rechts. Insoweit treffen die auf nicht valutierte Grundschildzinsen bezogenen Überlegungen schon im Ansatz nicht zu. Denn die Grundschild selbst muss nach Wegfall des Sicherungszwecks zurückgewährt werden. Deshalb steht ihr Nennbetrag im wirtschaftlichen Ergebnis (durch Schuldtilgung oder als Übererlös) vollständig dem Sicherungsgeber zu. Dies folgt im Übrigen auch daraus, dass die Übernahme der bestehen gebliebenen Grundschilden – wie ausgeführt – Teil des von dem Ersteher geschuldeten Versteigerungserlöses und damit ein Surrogat für das durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung verlorene Eigentum an dem versteigerten Grundstück ist (vgl. *Stöber*, ZVG, § 91 Rdnr. 2.5, § 114 Rdnr. 1.4).

**14** 2. Hiernach hat die Beklagte die Rückgewähr der Grundschilden im Hinblick auf deren restlichen Nennbetrag schuldhaft unmöglich gemacht und ist dem Grunde nach gemäß § 275 Abs. 1 und 4, § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. Senat, Urteil vom 19.4.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 6). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist es für den Bestand und die Höhe des Schadensersatzanspruchs ohne Bedeutung, ob bei der ebenfalls möglichen Vollstreckung aus den erstrangigen Grundschilden ein unter den persönlichen Forderungen liegender Betrag bzw. ein geringerer Übererlös erzielt worden wäre.

**15** a) Allerdings kann der Einwand des Schädigers, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, nach der Rechtsprechung des BGH für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Seine Erheblichkeit richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022 Rdnr. 17 m. w. N.). Die Voraussetzungen für eine Berufung auf ein solches rechtmäßiges Alternativverhalten liegen jedoch nicht vor.

**16** aa) Rechtswidrig war – wie ausgeführt – die Erteilung der Löschungsbewilligungen, nicht aber die Vollstreckung aus der zweitrangigen Grundschild als solche. Daher kann die Vollstreckung aus den erstrangigen Grundschilden schon im

Ausgangspunkt nicht als rechtlich beachtliches Alternativverhalten herangezogen werden. Die Handlungsalternative zu der Erteilung der Löschungsbewilligungen war die Geltendmachung des Nennbetrags und Auskehrung des Übererlöses bzw. die Abtretung des nicht mehr valutierenden Teils der Grundschilden. Hierbei wäre der Schaden jeweils nicht entstanden; die Abrede mit dem Ersteher muss die Klägerin nicht gegen sich gelten lassen.

**17** bb) Darüber hinaus wäre der Klägerin durch die Vollstreckung aus den erstrangigen Grundschilden kein Schaden im Rechtssinne entstanden. Eine solche Vorgehensweise wäre für sie zwar vermutlich wirtschaftlich weniger vorteilhaft gewesen, weil ein geringerer Versteigerungserlös und infolgedessen kein oder ein geringerer Übererlös erzielt worden wäre. Hierin liegt aber kein Vermögensschaden, auf den die Beklagte den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens stützen könnte. Grund hierfür ist, dass die erstrangigen Grundschilden bei dieser Vorgehensweise nicht Teil des geringsten Gebots gewesen wären (§ 44 Abs. 1 ZVG). Da sie als gesetzlich vorgeschriebene Folge des Zuschlags erloschen wären (§ 91 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG), hätte der Klägerin keine Vermögensposition mehr zugestanden, die beeinträchtigt werden konnte.

**18** b) Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten hat die Klägerin auch keinen Vorteil erlangt, der bei der Ermittlung des Schadens nach der Differenzmethode zu berücksichtigen sein könnte, also bei einem rechnerischen Vergleich zwischen dem im Zeitpunkt der Schadensberechnung vorhandenen Vermögen der Klägerin und dem Vermögen, das sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Sicherungsabrede gehabt hätte. Die Vorteilsausgleichung setzt voraus, dass die Nichterfüllung des Vertrags zu adäquat kausalen Vorteilen für den Geschädigten geführt hat (vgl. nur Senat, Urteil vom 31.3.2006, V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rdnr. 8 m. w. N.). Schon daran fehlt es, weil die Löschung der Grundschilden die mit Erteilung des Zuschlags entstandene Vermögenslage der Klägerin verschlechtert und keine Vorteile bewirkt hat. Wie das LG zutreffend hervorgehoben hat, muss die Beklagte sich an den von ihr selbst herbeigeführten Versteigerungsbedingungen und damit an dem Zuschlagsbeschluss festhalten lassen, der das Bestehenbleiben der Rechte zur Folge hatte. Hierdurch ist der von dem Ersteher geschuldete Versteigerungserlös erzielt worden, der – wie ausgeführt – Surrogat für das versteigerte Grundstück ist. Die wirtschaftlichen Folgen ihrer internen Absprache mit dem Ersteher hat die Beklagte zu tragen.

**19** III. Die Abweisung der Klage kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist unter Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Sie ist nicht entscheidungsreif.

**20** 1. Im Hinblick auf die Hauptforderung fehlt es an Feststellungen, die eine abschließende Entscheidung zur Höhe des Anspruchs erlauben. Zwar kann die Schadensermittlung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO von dem Nennbetrag ausgehen, da es sich um werthaltige erstrangige Rechte handelt. Anders als die Klägerin meint, kann aber nicht ohne Weiteres das gesamte Bargebot zu dem Nennbetrag addiert und der Schaden sodann durch Abzug der persönlichen Forderungen ermittelt

werden. Denn das Berufungsgericht hat – von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig – nicht festgestellt, wie sich das Bargebot zusammensetzte und wie der Versteigerungserlös verteilt worden ist.

**21 a)** Der Überschuss ergibt sich gemäß § 109 ZVG erst nach Abzug der Kosten des Verfahrens. Ferner stehen bei der Zuteilung berücksichtigte, angemeldete Rechtsverfolgungskosten (vgl. § 10 Abs. 2 ZVG) der Beklagten zu. Diese Positionen müssen bei der Schadensberechnung außer Betracht bleiben.

**22 b)** Im Übrigen kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass das Bargebot der Beklagten zugeflossen ist. Zwar wird das geringste Bargebot, das sich nach Darstellung der Klägerin auf 174.470,02 € belaufen haben soll, Zinsen auf die der Beklagten zustehenden erstrangigen Grundschulden enthalten haben (vgl. § 49 Abs. 1, § 12 Nr. 2 ZVG). Maßgeblich ist aber, in welcher Höhe der Versteigerungserlös der Beklagten zugeteilt worden ist. Dies hängt auch davon ab, ob und in welcher Höhe Zuteilungen an andere Gläubiger erfolgt sind. In Betracht kommen insbesondere etwaige angemeldete Ansprüche der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ZVG, die gegenüber den Rechten der Beklagten Vorrang genießen und daher ggf. sowohl im geringsten Gebot (§ 49 Abs. 1 ZVG) als auch bei der Verteilung berücksichtigt werden mussten (vgl. § 109 Abs. 2 ZVG).

**23 2.** Im Hinblick auf die Nebenforderung weist der Senat darauf hin, dass der in dem Urteil des LG ausgesprochene Zinsbeginn ab dem 29.1.2009 (dem Tag nach dem Zuschlagsbeschluss) nicht zutreffen kann. Entstanden ist die Schadensersatzforderung nicht durch den Zuschlag, sondern durch die Löschung der Grundschulden. Außerdem ist sie gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2, §§ 286, 288 BGB nur während des Verzugs zu verzinsen, der nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 286 BGB eintritt. In der Regel bedarf es hierfür einer Mahnung.

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt **Martin Gladenbeck**, München

### 1. Gegenstand der Entscheidung

Der 5. Zivilsenat verdeutlicht mit seiner Entscheidung vom 29.1.2016 erneut, welchen erheblichen Wert der Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers einer Grundschuld hat und wie wichtig es für den Sicherungsnehmer zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen ist, seine Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag ernst zu nehmen.

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die beklagte Grundschuldgläubigerin in einem ersten Schritt zunächst die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betrieben. Dabei ging sie – zumindest untypisch – nicht aus den für sie im Erstrang eingetragenen drei Grundschulden vor, sondern aus einer weiteren, insoweit nachrangigen Grundschuld. Demgemäß fielen die erstrangigen Grundpfandrechte in das geringste Gebot (§ 44 Abs. 1 ZVG) und blieben auch nach dem Zuschlag zulasten des Ersteher bestehen (§ 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Für die Löschung dieser Grundpfandrechte verlangte die Beklagte vom Ersteher im zweiten Schritt anschließend einen Betrag, der mit 25.000 €

deutlich sowohl hinter der persönlichen, mit der Grundschuld besicherten Forderung von rund 279.000 € als auch hinter dem Nennbetrag der Grundpfandrechte von ca. 220.000 € zurückblieb. Sie wollte sich offenbar aus der Verwertung eines weiteren Objekts vollständig befriedigen.

Vom BGH zu klären war nun der Schadensersatzanspruch des Sicherungsgebers dem Grunde sowie der Höhe nach.

### 2. Pflichtverletzung zutreffend bejaht

Anders als zuvor das Berufungsgericht ist der BGH der Ansicht, es sei der Grundschuldgläubigerin nicht vorzuwerfen, dass sie aus der zweitrangigen Grundschuld vorging und nicht aus der rangbesten Position. Diese Auffassung ist teilweise kritisch kommentiert worden. Nach *Wolfsteiner*<sup>1</sup> war die Versteigerung aus dem zweiten Rang vertragswidrig. Sie habe allein das Ziel gehabt, den Erlös gering zu halten und andere Bieter zum Schaden der Sicherungsgeberin von Geboten abzuhalten. *Kessler*<sup>2</sup> spricht gar von einem kollusiven Zusammenwirken zwecks Schädigung des Sicherungsgebers.

Die Auffassung des BGH verdient gleichwohl Zustimmung. Für Mutmaßungen über die Motivlage der Gläubigerin ist kein Raum. Entscheidend dürfte es vielmehr sein, dass die Sicherungsnehmerin mehrere insoweit eigenständige Grundpfandrechte als fiduziarische Sicherheit zur Verfügung gestellt bekam. Diese konnte und durfte sie einerseits in dem vom ZVG und von der ZPO vorgegebenen prozessualen Rahmen verwerten. Andererseits hatte sie die Grundpfandrechte bei Erledigung des Sicherungszwecks nach Maßgabe des Sicherungsvertrags zurück zu gewähren. Ein Nachteil ist der Sicherungsgeberin nicht kausal durch die Vollstreckung aus der Nachrangposition entstanden, sondern allein durch die Aufgabe der bestehen gebliebenen Grundschuld ohne adäquaten Ausgleich in Geld.

Hinsichtlich der bestehen bleibenden Grundschulden unterlag die Sicherungsnehmerin den Bindungen des Sicherungsvertrags. Dieser gebietet es, die Grundschuld(en), soweit nicht mehr als Sicherheit benötigt, an den Sicherungsgeber zurück zu gewähren. Speziell für die Versteigerungssituation hat der BGH in seiner insoweit grundlegenden Entscheidung vom 9.2.1989<sup>3</sup> zutreffend festgestellt, dass eine Grundschuldrückgewähr durch Verzicht dem Rückgewährgläubiger nicht mehr zugutekommt, wenn der Verzicht nach dem durch Zuschlag eintretenden Eigentumsverlust erfolgt. Gleiches gilt für die Löschungsbewilligung, wenn nicht im Gegenzug die dingliche Forderung vollständig vom Ersteher abgegolten wird und der Zahlbetrag dem Sicherungsgeber durch Verrechnung mit den besicherten persönlichen Verbindlichkeiten bzw. Auskehrung eines etwaigen Übererlöses zufließt.

Eben diese vollständige Abgeltung der dinglichen Forderung wurde im vorliegenden Fall versäumt. Der BGH stellt die

1 ZfIR 2016, 322, 323.

2 DNotZ 2016, 701, 702.

3 IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375 = NJW 1989, 1349 = WuB I F 3 – 9.89 *Rimmelspacher*.

Schadensersatzpflicht des Sicherungsnehmers dem Grunde nach zutreffend fest.

### 3. Beschränkung auf den Grundschnulnennbetrag?

Ist es aber – wie der BGH offenbar meint – mit der Anforderung des Grundschnulnennbetrags in jedem Fall getan oder müssten nicht dem Ersteher grundsätzlich auch die dinglichen Zinsen ab Zuschlag abverlangt werden? Der Senat hatte diese für die Praxis überaus bedeutsame Frage nicht abschließend zu entscheiden.

Der BGH begründet die Beschränkung der Rückgewährpflicht auf den Grundschnulnennbetrag mit § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach erlöschen bei Entstehen einer Eigentümergrundschnul die Zinsrückstände. Bei einer hypothetisch (vor dem Eigentumsverlust) erfolgenden Abtretung an den Eigentümer stünden diesem demgemäß keine Zinsen zu, weshalb der Sicherungsgeber auch vom Ersteher keine Zinsen fordern müsse. Gegen diese Schlussfolgerung bestehen gerade in der vorliegenden Konstellation Bedenken.<sup>4</sup> Denn die Argumentation mit § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB passt in zweierlei Hinsicht nicht: Zum einen kann der Rückgewährgläubiger grundsätzlich frei wählen, ob die Rückgewähr durch Abtretung an ihn oder an Dritte erfolgen soll. Entscheidet er sich als (Noch-)Eigentümer für die Abtretung an einen Dritten, ist und bleibt die Grundschnul auch nach der Abtretung eine Fremdgrundschnul. Der Zinsverlust über § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB bleibt aus. Zum anderen würde auch im Falle der Abtretung erst nach dem Eigentumsverlust durch Zuschlag die Grundschnul ein Fremdrecht bleiben, sodass auch dann die ins Feld geführte Vorschrift nicht zur Anwendung kommen könnte. Jedenfalls bei Rückgewährfällen nach einem Eigentumsverlust kann die Beschränkung der Rückgewährpflicht auf den Grundschnulnennbetrag nicht überzeugen.

### 4. Schadenshöhe

Kritisch zu hinterfragen ist das Urteil ferner in Bezug auf die vom BGH angestellte Schadensermittlung:

Im Schadensersatzrecht gilt die Differenzhypothese. Danach ist der Geschädigte so zu stellen, wie er ohne die Pflichtverletzung gestanden hätte. Dann hätte die Sicherungsnehmerin vom Ersteher zumindest (vgl. oben 3.) den gesamten Grundschnulnennbetrag fordern müssen. Würde man (freilich unter Berücksichtigung der Kosten des Verfahrens und der Zuteilung an andere Gläubiger) dem Sicherungsgeber den sich so ergebenden Mehrbetrag einschränkungslos zusprechen, käme er unter Berücksichtigung des vorliegenden Verkehrswertes des Belastungsobjekts in den Genuss einer Schadensersatzleistung, die weit über das hinausgeht, was ihm bei der alternativen Vorgehensweise zugeflossen wäre. Es würde im Ergebnis ein Erlös aus dem Grundstück fingiert, der mit 394.855,51 € deutlich über den Verkehrswert i. H. v. nur 308.000 € hinausgeht. Der Geschädigte soll jedoch durch den Schadensersatz nicht bes-

ser stehen als ohne das schädigende Ereignis. Von einem fiktiven Erlös i. H. v. 394.855,51 € auszugehen, erschiene nur dann nicht unbillig, wenn besondere Umstände dafür sprechen, dass dieser Gesamterlös auch wirklich hätte erzielt werden können. Von Interesse ist insoweit die wohl unstrittig im Zwangsversteigerungstermin erfolgte Ankündigung des Erstehers, bis zu 400.000 € bieten zu wollen. Das könnte aber auch eine bloß taktische Äußerung gewesen sein. Bestand tatsächlich keine realistische Aussicht, für das Objekt mehr als den Verkehrswert zu erlösen, wäre der fiktive Erlös auf die Höhe des festgesetzten Verkehrswertes zu begrenzen.

### 5. Schlussfolgerungen für die Praxis

Soweit Grundschnulden in einem Zwangsversteigerungsverfahren bestehen bleiben, sollte der Gläubiger sich darauf einstellen, dass er vom Ersteher bei dessen Ablösungsverlangen neben dem Grundschnulnennbetrag auch die dinglichen Zinsen ab Zuschlag zu verlangen hat. Dies gilt wegen der Abstraktheit der Grundschnul unabhängig von der Höhe der besicherten persönlichen Forderung. Ein etwaiger Übererlös wäre an den Rückgewährgläubiger auszukehren. Ausbietungsvereinbarungen mit Bietinteressenten sind vor diesem Hintergrund enge Grenzen gesetzt. Im Schadensfall erscheint die Berücksichtigung des Verkehrswertes unter dem Aspekt der Differenzhypothese nahe liegend. Wegen der Unwägbarkeiten bei der Feststellung des letztlich zutreffenden Wertes einer Immobilie kann jedoch nicht geraten werden, diesen Aspekt zum Maßstab für das künftige Verhalten des rückgewährpflichtigen Gläubigers zu machen. Dies gilt umso mehr in Zeiten, in denen es wegen hoher Nachfrage auf dem Immobilienmarkt immer wieder auch zu Geboten teilweise weit oberhalb des festgesetzten Verkehrswertes kommt.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 22. Beurkundungszwang für Reservierungsvereinbarung

AG München, Urteil vom 1.7.2016, 191 C 28518/15

BGB § 125 Satz 1, § 305 Abs. 1 Satz 1, §§ 305b, 307 Abs. 1 Satz 1, § 311b Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Ein Kaufvertrag über eine Immobilie und eine in diesem Zusammenhang geschlossene Reservierungsvereinbarung bilden eine rechtliche Einheit im Sinne des Beurkundungserfordernisses aus § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, da die Vereinbarung zum Zwecke eines späteren Kaufvertrages geschlossen wird. Eine Reservierungsvereinbarung muss unabhängig vom Zweck des Beurkundungszwangs jedenfalls beurkundet werden, wenn das in der Vereinbarung ver-

<sup>4</sup> Kritisch auch Kessler, DNotZ 2016, 707; Wolfsteiner, ZfIR 2016, 322, 323; a. A. wohl Zimmer, NotBZ 2016, 261, 263.

sprochene Entgelt 10 bis 15 % der vereinbarten Provision übersteigt (im Anschluss an BGH, Urteil vom 2.7.1986, IV a ZR 102/85, MittBayNot 1986, 241).

Daraus ergibt sich, dass ein Vergleich zwischen Maklerprovision und Reservierungsvereinbarung anzustellen ist, und nicht etwa die Reservierungsgebühr ins Verhältnis zum Kaufpreis zu setzen ist. Der Formzwang gilt auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Die Pflicht zur Zahlung einer Reservierungsgebühr bzw. der ausnahmslose Ausschluss der Rückzahlung dieses Entgelts bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrags reicht über die Wahrung schutzwürdiger Interessen des Beklagten hinaus und stellt aus diesem Grund eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, wenn dadurch eine erfolgsunabhängige Vergütung für den Verwender gesichert wird und keine Unterlassungspflicht begründet ist, die Wohnung einem Dritten anzubieten und an diesen zu veräußern. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 Die Parteien streiten um die Rückzahlung einer Reservierungsgebühr.

2 Der Beklagte war Eigentümer der Einzimmerwohnung (...) in (...) Berlin, die er zum Kaufpreis von 141.000 € zum Verkauf anbot. Der Kläger interessierte sich für die Wohnung. Nach den ersten Verkaufsgesprächen unterzeichneten der Kläger und seine Ehefrau (...) eine Reservierungsvereinbarung, die auszugsweise wie folgt lautet:

„1. Der Kaufpreis beträgt € 140.740. Darüber hinaus ist vom Käufer bei Kaufvertragsabschluss eine Provision an (...) in Höhe von insgesamt 7,14 % inklusive gesetzlicher MwSt, somit € 10.049 zu bezahlen. Dem Käufer ist bekannt, dass eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem Verkäufer und (...) besteht. (...) Sollte der notarielle Kaufvertrag aus Gründen, die der Käufer zu vertreten hat, zwischen den Parteien nicht zustande kommen, so steht der Betrag entsprechend Ziffer 3 als pauschalierter Schadenersatz dem Verkäufer zu.“

3 Der Kläger und seine Ehefrau zahlten die Reservierungsgebühr i. H. v. 3.000 € an den Beklagten. Die Reservierungsfrist wurde durch den Beklagten bis zum 22.7.2015 verlängert. Der Kläger bat den Beklagten per E-Mail vom 29.7.2015 um eine Reduzierung des Kaufpreises und bot dem Beklagten nach Einholung eines Sachverständigengutachtens einen Kaufpreis von 110.000 €. Der Beklagte lehnte sämtliche Verhandlungen über den Kaufpreis ab und erklärte die Vertragsverhandlungen für gescheitert. Mit E-Mail (...) forderte der Kläger den Beklagten unter Fristsetzung (...) auf, die erhaltene Reservierungsgebühr i. H. v. 3.000 € zurückzuzahlen. Mit E-Mail (...) lehnte der Beklagte jegliche Rückzahlung ab. Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers (...) wurde der Beklagte aufgefordert, die einbehaltene Reservierungsgebühr an den Kläger zurückzuzahlen. Der Beklagte ließ beide Schriftsätze unbeantwortet.

4 Der Kläger ist der Ansicht, die Reservierungsgebühr sei wegen Formnichtigkeit unwirksam. Die Vereinbarung übe einen unangemessenen wirtschaftlichen Druck auf den Käufer aus und sei mangels notarieller Beurkundung nach § 125 BGB unwirksam. Darüber hinaus handele es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, die den Käufer unangemessen benachteiligten.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

9 Die zulässige Klage ist begründet.

(...)

11 II. Dem Kläger steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung der Reservierungsgebühr i. H. v. 3.000 € aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu.

(...)

13 2. Der Beklagte hat durch die Leistung des Klägers die Reservierungsgebühr i. H. v. 3.000 € ohne Rechtsgrund erlangt.

14 a) Die von den Parteien unterzeichnete Reservierungsvereinbarung ist gemäß § 125 Satz 1, § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB wegen Formnichtigkeit unwirksam, da keine notarielle Beurkundung erfolgte.

15 Die Reservierungsvereinbarung bedurfte der notariellen Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Beurkundungszwang soll die Parteien auf die Bedeutung des Geschäfts hinweisen und vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen schützen (Warnfunktion). Zudem soll eine sachkundige Beratung der Parteien sichergestellt werden (Beratungsfunktion). Daher erstreckt sich die Pflicht zur notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Gesamtheit aller Verträge und Vereinbarungen, sofern diese rechtlich eine Einheit bilden. Das ist dann der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien nicht für sich alleine gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen (vgl. Palandt/*Grüneberg*, 75. Aufl. 2016, § 311b Rdnr. 2, 32). Ein Kaufvertrag über eine Immobilie und eine in diesem Zusammenhang geschlossene Reservierungsvereinbarung bilden eine solche rechtliche Einheit, da die Vereinbarung zum Zwecke eines späteren Kaufvertrages geschlossen wird.

16 Unabhängig vom Zweck des Beurkundungszwangs hat eine Beurkundung in jedem Fall dann zu erfolgen, wenn das in der Vereinbarung versprochene Entgelt 10 bis 15 % der vereinbarten Provision übersteigt (vgl. BGH, Urteil vom 2.7.1986, IV a ZR 102/85). Daraus ergibt sich, dass ein Vergleich zwischen Maklerprovision und Reservierungsvereinbarung anzustellen ist, und nicht etwa, wie von der Beklagtenpartei angenommen, die Reservierungsgebühr ins Verhältnis zum Kaufpreis zu setzen ist. Der Formzwang gilt auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern.

17 Vorliegend macht die Reservierungsgebühr 29,7 % der Maklerprovision aus. Die maßgeblichen Grenzwerte sind damit weit überschritten. Auch übte die Zahlungsverpflichtung i. H. v. 3.000 € einen unangemessenen Druck auf den Kläger aus, die Immobilie zu erwerben. Durch die Verpflichtung, wonach der Verkäufer den Zahlbetrag einbehalten darf, wenn es nicht zum Abschluss des Kaufvertrages kommt, wird der Kläger in seiner Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkt, da er nutzlose Aufwendungen zu befürchten hat. Durch das unterzeichnete Vertragsstrafversprechen wurde der Kläger mittelbar zum Kaufvertragsschluss gedrängt (vgl. BGH, Urteil vom 2.7.1986, IV a ZR 102/85).

18 b) Darüber hinaus ist die Reservierungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, da der Kläger unangemessen benachteiligt wird.

19 aa) Bei der Vereinbarung über die Zahlung der Reservierungsgebühr handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, die die Beklagtenpartei der Klagepartei bei Abschluss gestellt hat. Entgegen der Auffassung des Beklagten liegt keine Individualabrede im Sinne des § 305b BGB vor, da die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien im Einzelnen nicht ausgehandelt wurden. Ein Aushandeln einzelner Vertragsbedingungen ändert an dem Vorliegen von AGB grundsätzlich nichts. Vorliegend hat die Beklagtenpartei den Kerngehalt seiner Bedingungen nicht ernsthaft zur Disposition gestellt und der Klagepartei keine Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen und Verhandlungsspielraum eingeräumt.

20 bb) Die Vereinbarung über die Reservierungsgebühr stellt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB dar. Eine unangemessene Benachteiligung ist dann anzunehmen, wenn der Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen. Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch zumindest gleichwertige Interessen des Verwenders der AGB gerechtfertigt ist.

21 Die dabei erforderliche Interessenabwägung führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass die Pflicht zur Zahlung der Reservierungsgebühr bzw. der ausnahmslose Ausschluss der Rückzahlung dieses Entgelts bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrags über die Wahrung schutzwürdiger Interessen des Beklagten hinausgeht und aus diesem Grund eine unangemessene Benachteiligung der Klagepartei vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 23.9.2010, III ZR 21/10; BGH, Urteil vom 10.2.1988, IVa ZR 268/86, BGHZ 103, 235, 239 f.).

22 Der Beklagte sicherte sich durch die Vereinbarung eine erfolgsunabhängige Vergütung. Dieser Leistung des Klägers stand kein gleichwertiges Äquivalent entgegen. Vom Wortlaut der Vereinbarung bestand seitens des Beklagten keine Unterlassungspflicht, die Wohnung einem Dritten anzubieten und an diesen zu veräußern. Die Klagepartei zahlt damit einen nicht ganz unerheblichen Betrag, ohne dafür die Gewähr zu haben, das fragliche Objekt erwerben zu können. Diese Tatsache begrenzt den Nutzen der Vereinbarung für den Kläger in unangemessener Weise (BGH, a. a. O.).

23 Für diese Beurteilung ist es nicht von ausschlaggebender Bedeutung, welche Rechtsnatur der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung zukommt und ob bei der vorliegenden Konstellation die Anwendung maklerrechtlicher Grundsätze gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 23.9.2010, III ZR 21/10). Entgegen der Auffassung des Beklagten finden die vorgenannten Grundsätze nicht nur auf Reservierungsvereinbarungen im Rahmen von Maklerverträgen Anwendung, sondern auch im vorliegenden Fall zwischen zwei Privatpersonen. Dies gilt dann umso mehr, wenn zwischen Makler und Verkäufer eine wirtschaftliche Verflechtung besteht.

(...)

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 23. Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes hinsichtlich Verfügungsbeschränkungen nach dem GrdstVG

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.4.2017, 20 W 359/16

GBO §§ 13, 19, 20

GrdstVG § 1 Abs. 1 Satz 1, § 2

#### LEITSÄTZE:

1. **Das Grundbuchamt hat die Verfügungsbefugnis der an der Auflassung eines Grundstücks Beteiligten von Amts wegen zu prüfen. Dazu gehört grundsätzlich auch die Prüfung, ob eine Verfügungsbeschränkung aufgrund des GrdstVG besteht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Hierbei ist das Grundbuchamt zur Anstellung von Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet. Bei Zweifeln hat das Grundbuchamt über die Frage der Genehmigungspflicht vielmehr aufgrund des Grundbuchinhalts oder offenkundiger Tatsachen selbst zu entscheiden. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Bleiben gleichwohl begründete Zweifel über die Genehmigungspflicht, darf das Grundbuchamt diese Zweifel nicht durch eigene Ermittlungen (z. B. Ortsbesichtigung) aufklären, sondern hat sich darauf zu beschränken, vom Antragsteller Genehmigung oder Negativzeugnis zu verlangen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 Der Antragsteller zu 1 ist als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Kaufvertrag vom 26.4.2016 veräußerte der Antragsteller zu 1 unter Erklärung der Auflassung einen Miteigentumsanteil von ½ des streitgegenständlichen Grundbesitzes an die Antragstellerin zu 2. Diesbezüglich wurde am 8.6.2016 in Abt. II lfd. Nr. 2 des Grundbuchblattes eine Auflassungsvormerkung für die Antragstellerin zu 2 eingetragen.

2 Mit Schriftsatz vom 21.9.2016 hat der verfahrensbevollmächtigte Notar beantragt, die Eigentumsumschreibung zu ½ auf die Antragstellerin zu 2 vorzunehmen.

3 Mit Verfügung vom 26.9.2016 hat die Grundbuchrechtspflegerin mitgeteilt, es bedürfe noch der Vorlage der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG), da das Grundstück bebaut sei. Alternativ könne eine Erklärung in notarieller Form vorgelegt werden, dass das Objekt nicht landwirtschaftlich genutzt werde. Im Zusammenhang mit weiterer Korrespondenz wurde dem verfahrensbevollmächtigten Notar ein Formschreiben der Grundbuchrechtspfleger/innen des Amtsgerichts Wetzlar übersandt zum Erfordernis einer Genehmigung nach § 2 GrdstVG bzw. eines Zeugnisses nach § 5 GrdstVG.

4 Mit Beschluss vom 27.10.2016 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag auf Eigentumsumschreibung sodann zurückgewiesen. Sie hat unter Bezugnahme auf das übersandte Formschreiben im Wesentlichen ausgeführt, es sei bei dem streitgegenständlichen bebauten Grundstück grundsätzlich eine Genehmigung bzw. ein Zeugnis des Kreisausschusses nach §§ 2, 5 GrdstVG erforderlich, es sei denn, es werde in die notarielle Urkunde ein Zusatz aufgenommen, dass das Grundstück nicht land- oder forstwirtschaftlich genutzt werde. Die Bebauung eines Grundstücks bedeute nämlich

nicht zwangsläufig, dass dieses Grundstück nicht landwirtschaftlich genutzt werde. Die Formulierung im Bestandsverzeichnis „Gebäude- und Freifläche“ lasse gerade nicht ersehen, welcher Art die Nutzung des Gebäudes sei. So sei auch ein Bauernhof ein Gebäude. Diese Möglichkeit sei auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das streitgegenständliche Grundstück mit 233 m<sup>2</sup> klein bemessen sei.

**5** Die Antragsteller haben mit Schriftsatz vom 13.12.2016 gegen den Beschluss vom 27.10.2016 Beschwerde eingelegt. Sie sind der Auffassung, eine Genehmigung nach § 2 GrdstVG sei nicht erforderlich, da die Grundstücksgröße nur 233 m<sup>2</sup> betrage. Das Grundstück sei mit einem Wohnhaus bebaut, welches nur zu Wohnzwecken diene. Es werde auf die Ausführungsgesetze für das Land Hessen verwiesen. Des Weiteren sei aus der – in Anlage beigefügten – Flurkarte zu entnehmen, dass sich das Grundstück scheinbar im Kern der Stadt befinde. Eine andere Nutzung als zu Wohnzwecken sei überhaupt nicht möglich.

**6** Die Grundbuchrechtspflegerin hat mit Beschluss vom 15.12.2016 der Beschwerde nicht abgeholfen. Eine schriftliche Erklärung des Notars ohne Siegel stelle keine notarielle Erklärung dar; eine solche sei aber vorliegend erforderlich. Sie hat sodann die Akte dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**9** Auch in der Sache hat die Beschwerde Erfolg. Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung der Eigentumsumschreibung zu ½ auf die Antragstellerin zu 2 zu Unrecht zurückgewiesen.

**10** Soweit das Grundbuchamt die Zurückweisung des mit Schriftsatz vom 21.9.2016 gestellten Antrags auf Eigentumsumschreibung auf die fehlende Vorlage der mit Verfügung vom 26.9.2016 angeforderten Unterlagen (nämlich eine Genehmigung nach dem GrdstVG oder eine Erklärung in notarieller Form, dass das Objekt nicht landwirtschaftlich genutzt werde) gestützt hat, hält dies einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

**11** Das Grundbuchamt hat die Verfügungsbefugnis der an der Auflassung eines Grundstücks Beteiligten von Amts wegen zu prüfen. Dazu gehört grundsätzlich auch die Prüfung, ob eine Verfügungsbeschränkung aufgrund des GrdstVG besteht. Hierbei ist das Grundbuchamt zur Anstellung von Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet, vielmehr obliegt es dem jeweiligen Antragsteller, die erforderlichen Unterlagen beizubringen. Wird das Grundbuchamt also mit einem Antrag befasst, bei dessen Erledigung die Anwendung des GrdstVG in Frage kommt, muss es die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit selbst prüfen, wenn ihm weder die Erteilung der Genehmigung nachgewiesen noch ein Zeugnis darüber vorgelegt wird, dass die Genehmigung nicht erforderlich ist (Senat, Beschlüsse vom 28.10.2010, 20 W 296/10, n.v., vom 22.8.2011, 20 W 87/11 Rdnr. 8, zitiert nach juris, und vom 23.5.2013, 20 W 141/13, n.v.).

**12** Das Grundbuchamt hat hierbei in eigener Zuständigkeit zunächst zu prüfen, ob der Rechtsvorgang seiner Art nach in den Geltungsbereich des GrdstVG fällt, ob also ein landwirtschaftliches oder forstwirtschaftliches Grundstück im Sinne des § 1 Abs. 1 GrdstVG betroffen ist. Denn die Genehmigungsbehörde hat nicht darüber zu befinden, ob das GrdstVG überhaupt Anwendung findet, sondern nur darüber, ob im Rahmen seines Anwendungsbereichs ein Fall der Genehmigungspflicht aus objektiven und subjektiven Gesichts-

punkten gegeben ist (OLG Saarbrücken, RNotZ 2006, 619; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4025). Bei Zweifeln daran, ob es sich um ein solches Grundstück handelt, hat das Grundbuchamt über die Frage der Genehmigungspflicht aufgrund des Grundbuchinhalts oder seiner eigenen Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse (Offenkundigkeit) selbst zu entscheiden.

**13** Steht nach dem Vertragsinhalt fest, dass auch bei Anwendbarkeit des GrdstVG auf jeden Fall dessen Befreiungsvorschriften gelten, so kann das Grundbuchamt weder Genehmigung noch Negativzeugnis verlangen. Bleiben allerdings noch begründete Zweifel über die Genehmigungspflicht bestehen, liegen also entsprechende konkrete Anhaltspunkte dafür vor, so darf das Grundbuchamt diese Zweifel nicht etwa durch eigene Ermittlungen (wie etwa eine Ortsbesichtigung und dergleichen) aufklären, sondern hat sich vielmehr darauf zu beschränken, dem Antragsteller aufzugeben, die Entscheidung der zuständigen Behörde über die Frage der Genehmigungspflicht beizubringen (OLG Rostock, Beschluss vom 8.5.2015, 3 W 94/14, zitiert nach juris; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 125). Das Grundbuchamt hat insofern nicht die Aufgabe, ähnlich einem Prozessgericht, alle Zweifel zu entscheiden. Seine Aufgabe ist es in erster Linie, die Zuverlässigkeit des Grundbuchs zu sichern und die Eintragung zweifelhafter Rechte, die den Grundstücksverkehr mit einer erheblichen Unsicherheit belasten könnte, zu verhindern. Insofern obliegt es in diesem Fall dem Antragsteller, die erforderlichen Unterlagen beizubringen (Senat, Beschluss vom 31.3.1980, 20 W 134/80 Rdnr. 8, zitiert nach juris, m. w. N.). Bei Verfügungen über Kleingrundstücke nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG hat das Grundbuchamt zunächst in eigener Zuständigkeit zu beurteilen, ob ggf. eine Genehmigungspflicht nach landesrechtlichen Bestimmungen entfällt.

**14** Im vorliegenden Falle sind konkrete Zweifel an der Genehmigungsfreiheit des Grundstückskaufvertrages nicht ersichtlich.

**15** Entgegen der Auffassung des verfahrensbevollmächtigten Notars, der in seiner Beschwerde pauschal auf die Ausführungsgesetze für das Land Hessen verweist, besteht vorliegend zwar allein aufgrund der geringen Grundstücksgröße von 233 m<sup>2</sup> keine Genehmigungsfreiheit. Das Land Hessen hat von der Möglichkeit des § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG Gebrauch gemacht und Grundstücke, die kleiner als 0,25 ha sind, von der Genehmigungspflicht ausgenommen (§ 1 des hessischen Gesetzes über die Genehmigungsfreiheit im Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken vom 17.4.1962 in der Fassung vom 18.12.1989). In § 1 des Gesetzes ist allerdings bestimmt, dass die Genehmigungsfreiheit nur für nicht bebaute Grundstücke gilt. Insofern sind die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Ausnahmenvorschrift vorliegend nicht erfüllt. Denn das streitgegenständliche Grundstück mit 233 m<sup>2</sup> ist zwar kleiner als 0,25 ha, aber es ist bebaut und unterliegt damit nicht der größenbedingten Genehmigungsfreiheit.

**16** Unter Berücksichtigung des vorgelegten notariellen Kaufvertrages samt Anlagen sowie des Inhalts des Grundbuchs bestehen jedoch deshalb keine ernsthaften Zweifel an der Genehmigungsfreiheit, weil all diesen Umständen keinerlei nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür entnommen werden

können, dass es sich vorliegend bei dem veräußerten Grundbesitz um ein land- oder forstwirtschaftliches Grundstück im Sinne des § 1 GrdstVG handeln könnte.

**17** Soweit das Grundbuchamt im Hinblick auf die von ihm vorzunehmende Einordnung des streitgegenständlichen Grundstückes nach dem GrdstVG eine Erklärung in notarieller Form des Inhalts verlangt hat, dass das Grundstück nicht land- und forstwirtschaftlich genutzt werde, ist dies fehlerhaft.

**18** Entgegen der Darstellung des verfahrensbevollmächtigten Notars wurde seitens des Grundbuchamts allerdings lediglich eine Erklärung der Antragsteller in notarieller Form als Zusatz zur Kaufvertragsurkunde gefordert und nicht eine inhaltliche Erklärung durch den Notar selbst.

**19** Der pauschale Verweis der Grundbuchrechtspflegerin auf das nicht datierte Formblatt des AG Wetzlar zum Erfordernis einer Genehmigung nach § 2 GrdstVG bzw. eines Zeugnisses nach § 5 GrdstVG ersetzt vorliegend nicht die seitens des Grundbuchamts gebotene eigenständige Prüfung des Eingreifens von § 1 GrdstVG. Dieses Formblatt, erstellt von den Grundbuchrechtspflegern/innen des AG in Zusammenarbeit mit den Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeitern des Kreis-ausschusses – Abteilung für den ländlichen Raum –, mag eine faktische Arbeitserleichterung darstellen. Einen rechtsverbindlichen Prüfungsmaßstab für das Grundbuchamt hinsichtlich der Voraussetzungen des § 1 GrdstVG kann es allerdings nicht setzen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des letzten Aufzählungspunktes, wonach bei Veräußerung eines bebauten Grundstücks innerhalb einer „geschlossen Ortschaft“, das kleiner als 2.500 m<sup>2</sup> ist, ein in die Urkunde aufgenommener Zusatz nicht bestehender land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung dazu führe, dass eine Genehmigung nicht erforderlich sei. Denn eine bloße Erklärung der Vertragsparteien ersetzt nicht die gebotene inhaltliche Prüfung des Grundbuchamtes. Vorstellbar wäre z. B. in diesem Zusammenhang die Konstellation, dass bei tatsächlich bestehender landwirtschaftlicher Nutzung eine entsprechende Erklärung seitens der Parteien wahrheitswidrig abgegeben wird. Darüber hinaus bedarf es einer solchen Erklärung nicht bestehender land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung für das Grundbuchamt in den Konstellationen gerade nicht, in denen dies offenkundig ist. In letzterem Fall gibt es keine Rechtsgrundlage für das Grundbuchamt, die formale Anforderung der Vorlage einer solchen Erklärung aufzustellen. Insofern ist gerade in Fällen bestehender Offenkundigkeit fehlender land- oder forstwirtschaftlicher Nutzung von Grundstücken ein die gebotene Einzelfallprüfung ersetzender Pauschalverweis auf ein nur intern erstelltes Formblatt nicht ausreichend und die Abgabe einer Erklärung der Vertragsparteien in notarieller Form nicht erforderlich.

**20** Vorliegend bleiben auch ohne eine solche Erklärung der Antragsteller für das Grundbuchamt keine begründeten Zweifel bezüglich einer bestehenden Genehmigungsfreiheit.

**21** Die Grundbuchrechtspflegerin hat diesbezüglich ohne eine vertiefte inhaltliche Auseinandersetzung mit den vorgelegten Urkunden in ihrem Zurückweisungsbeschluss vom 27.10.2016 lediglich dargelegt, dass die Bebauung eines Grundstücks und auch die Formulierung „Gebäude- und Freifläche“ keinen Rückschluss auf die Art der Nutzung zulasse. Die solcher-

maßen erfolgte Annahme konkreter Zweifel seitens des Grundbuchamts ist vorliegend nicht tragfähig.

**22** Zwar ergibt sich weder aus dem notariellen Kaufvertrag vom 26.4.2016 noch aus dem Inhalt des Grundbuchs eindeutig eine nicht bestehende land- oder forstwirtschaftliche Nutzung des streitgegenständlichen Grundstücks. Entgegen der Darstellung des verfahrensbevollmächtigten Notars in seinem Schriftsatz vom 29.12.2016 enthält der notarielle Kaufvertrag vom 26.4.2016 auch keine Erklärung der Parteien, dass es sich bei der Bebauung des Grundstücks um ein Wohnhaus handele. Der Kaufvertrag übernimmt vielmehr lediglich in Ziffer I die Bezeichnung aus dem Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes „Gebäude- und Freifläche“ mit dem Zusatz, der Antragsteller zu 1 habe den Grundbesitz in sanierungsbedürftigem Zustand erworben und Sanierungsmaßnahmen vorgenommen. Diese Informationen allein lassen damit noch keinen Rückschluss auf die Bebauung mit einem Wohnhaus zu. Auch soweit der verfahrensbevollmächtigte Notar nunmehr in der Beschwerdeinstanz die Kopie eines Kartenauszugs vorlegt, genügt diese bereits nicht der Form des § 29 GBO.

**23** Wie sich aus den Grundakten ergibt, wurde der streitgegenständliche Grundbesitz im Jahr 2012 zwangsversteigert, wobei der Ersteigerer sodann im Jahr 2015 den Grundbesitz an den Antragsteller zu 1 veräußerte. Dem damaligen notariellen Vertrag ist zu entnehmen, dass eine sanierungsbedürftige Bebauung bestand und das Kaufobjekt unter Denkmalschutz steht (§ 5 Ziffer 2 des Vertrages). In der damaligen Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA vom 26.1.2016 ist eine land- und forstwirtschaftliche Nutzung nicht angegeben. Die Eintragung des Antragstellers zu 1 als Eigentümer im Grundbuch erfolgte am 30.3.2016, ohne dass seitens des Grundbuchamts eine Genehmigung oder notarielle Erklärung gefordert worden wäre. Insgesamt ist der gesamten Grundakte keinerlei Hinweis darauf zu entnehmen, dass vorliegend eine land- und forstwirtschaftliche Nutzung des Grundbesitzes in Betracht käme. Insofern ist bereits nicht nachvollziehbar, dass das Grundbuchamt, welches Anfang des Jahres 2016 keine konkreten Zweifel an der Art der Nutzung des streitgegenständlichen Grundbesitzes hatte, solche Zweifel nunmehr ohne diesbezügliche Begründung Ende des Jahres 2016 zu erkennen vermeint. Hinzu kommt, dass die dem Eigentumsumschreibungsantrag vom 21.9.2016 als Anlage beigefügte Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA vom 9.8.2016 in der ihr zugrunde liegenden Veräußerungsanzeige ausdrücklich vermerkt, der streitgegenständliche Grundbesitz sei mit einem Wohngebäude bebaut. Land- und forstwirtschaftliche Nutzung hingegen ist nicht angekreuzt. Diese Unbedenklichkeitsbescheinigung erfüllt nach § 29 Abs. 3 GBO (Unterschrift mit Stempel) auch die Voraussetzungen an eine Erklärung in grundbuchmäßiger Form.

**24** Insgesamt bestehen vor diesem Hintergrund keine begründeten Zweifel an der zur Genehmigungsfreiheit führenden fehlenden land- und forstwirtschaftlichen Nutzung des streitgegenständlichen bebauten Grundbesitzes.

**25** Der Zurückweisungsbeschluss vom 27.10.2016 war somit aufzuheben, und das Grundbuchamt wird über den Antrag auf Eigentumsumschreibung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senates erneut zu befinden haben.

## STEUERRECHT

### 24. Nutzung zu eigenen Wohnzwecken – Begünstigung von Zweit- und Ferienwohnungen

BFH, Urteil vom 27.6.2017, IX R 37/16 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 18.10.2016, 8 K 3825/11)

ESTG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 und 3

#### LEITSÄTZE:

1. Ein Gebäude wird auch dann zu eigenen Wohnzwecken genutzt, wenn es der Steuerpflichtige nur zeitweilig bewohnt, sofern es ihm in der übrigen Zeit als Wohnung zur Verfügung steht. Unter § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG können deshalb auch Zweitwohnungen, nicht zur Vermietung bestimmte Ferienwohnungen und Wohnungen, die im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung genutzt werden, fallen.
2. Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken „im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren“ (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2 EStG) liegt vor, wenn das Gebäude in einem zusammenhängenden Zeitraum genutzt wird, der sich über drei Kalenderjahre erstreckt, ohne sie – mit Ausnahme des mittleren Kalenderjahrs – voll auszufüllen.

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten streiten über die Frage, ob der Gewinn aus der Veräußerung einer als Zweitwohnung genutzten Immobilie als privates Veräußerungsgeschäft zu versteuern ist.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) und ihr Bruder erwarben am 5.3.1998 von ihrem Vater ein bebautes Grundstück in A zu jeweils hälftigem Miteigentum. Die Klägerin und ihr Bruder vermieteten die Immobilie anschließend an den Vater. Das Mietverhältnis endete mit Ablauf des Monats November 2004. Danach nutzte die Klägerin die Immobilie selbst. Am 2.6.2006 erwarb sie von ihrem Bruder dessen hälftigen Miteigentumsanteil hinzu.

3 Mit Vertrag vom 7.9.2006 veräußerte die Klägerin das Objekt. Sie erzielte einen Veräußerungsgewinn.

4 In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2006) gab die Klägerin den Veräußerungsgewinn nicht an. Mit geändertem Einkommensteuerbescheid 2006 vom 4.12.2009 berücksichtigte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) den Veräußerungsgewinn als sonstige Einkünfte aus einem privaten Veräußerungsgeschäft und setzte die Einkommensteuer entsprechend höher fest. Das FA vertrat insoweit die Auffassung, dass eine Anwendung der Ausnahmeregelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht in Betracht käme. Der Einspruch der Klägerin blieb mit Einspruchsentscheidung vom 14.11.2011 ohne Erfolg.

5 Das FG hat die Klage abgewiesen (EFG 2017, 222). Eine Eigennutzung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin im Streitjahr ihren Hauptwohnsitz in B innegehabt habe und es sich bei dem Objekt um eine Zweitwohnung gehandelt habe, die sie lediglich für Ferienaufenthalte genutzt habe. Der Gesetzgeber habe mit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nur beruflich genutzte Wohnungen begünstigen wollen.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die Revision ist begründet. Das FG hat zu Unrecht die Voraussetzungen von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG (Nutzung zu eigenen Wohnzwecken) verneint.

11 1. Nach § 22 Nr. 2 EStG sind sonstige Einkünfte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) auch Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i. S. d. § 23 EStG. Dazu gehören gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unter anderem Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Ausgenommen sind Wirtschaftsgüter, die im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken (Alt. 1) oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken (Alt. 2) genutzt wurden (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG).

12 a) Der Ausdruck „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ setzt in beiden Alternativen lediglich voraus, dass eine Immobilie zum Bewohnen geeignet ist und vom Steuerpflichtigen auch bewohnt wird. Der Steuerpflichtige muss das Gebäude zumindest auch selbst nutzen; unschädlich ist, wenn er es gemeinsam mit seinen Familienangehörigen oder einem Dritten bewohnt (vgl. Urteile des BFH vom 23.7.1997, X R 143/94, BFH/NV 1998, 160 unter II. 3. a); vom 28.11.2001, X R 27/01, BFHE 197, 218 = BStBl. II 2002, S. 145 unter II. 1., beide jeweils zu § 10e EStG; vom 18.1.2006, IX R 18/03, BFH/NV 2006, 936 unter II. 1. a); vom 25.5.2011, IX R 48/10, BFHE 234, 72 = BStBl. II 2011, S. 868 unter II. 1. a); BFH, Beschluss vom 28.5.2002, IX B 208/01, BFH/NV 2002, 1284 unter II. 2. a); BMF-Schreiben in BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 22; Seitz, DStR 2001, 277, 280). Eine Nutzung zu „eigenen Wohnzwecken“ liegt hingegen nicht vor, wenn der Steuerpflichtige die Wohnung entgeltlich oder unentgeltlich an einen Dritten überlässt, ohne sie zugleich selbst zu bewohnen (vgl. BFH-Urteile in BFH/NV 1998, 160 unter II. 3. b), vom 14.3.2000, IX R 8/97, BFHE 191, 502 = BStBl. II 2001, S. 66 unter II. 1. a), zu § 7 Abs. 5 Satz 2 EStG a. F., und in BFHE 197, 218 = BStBl. II 2002, S. 145 unter II. 1.; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 36. Aufl., § 23 Rdnr. 18).

13 b) Ein Gebäude wird auch dann zu eigenen Wohnzwecken genutzt, wenn es der Steuerpflichtige nur zeitweilig bewohnt, sofern es ihm in der übrigen Zeit als Wohnung zur Verfügung steht (vgl. BFH-Urteile vom 31.5.1995, X R 140/93, BFHE 178, 140 = BStBl. II 1995, S. 720 unter 2. a); vom 28.3.1990, X R 160/88, BFHE 160, 481 = BStBl. II 1990, S. 815 unter 2. a), beide jeweils zu § 10e EStG; in BFH/NV 1998, 160 unter II. 3. c); BFH-Beschluss in BFH/NV 2002, 1284 unter II. 2. a); BFH-Urteil in BFHE 197, 218 = BStBl. II 2002, S. 145 unter II. 1. a)). Denn eine Nutzung zu „eigenen Wohnzwecken“ setzt weder die Nutzung als Hauptwohnung voraus noch muss sich dort der Schwerpunkt der persönlichen und familiären Lebensverhältnisse befinden. Ein Steuerpflichtiger kann deshalb mehrere Gebäude gleichzeitig zu eigenen Wohnzwecken nutzen. Erfasst sind daher auch Zweitwohnungen, nicht zur Vermietung bestimmte Ferienwohnungen und Wohnungen, die im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung genutzt werden. Ist deren Nutzung auf Dauer angelegt, kommt es nicht darauf an, ob der Steuerpflichtige noch eine (oder mehrere) weitere Wohnung(en) hat und wie oft er sich darin aufhält.

**14 c)** Anders als § 13 Abs. 1 Nr. 4a bis 4c ErbStG spricht § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht von einem „Familienheim“. Vor diesem Hintergrund bietet der Wortlaut der Vorschrift keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber nicht dauernd bewohnte Zweitwohnungen und ausschließlich eigengenutzte Ferienwohnungen von der Begünstigung ausnehmen wollte (vgl. BMF-Schreiben in BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 22; Oberfinanzdirektion Frankfurt/M. vom 21.2.2011, S 2256 A 13-St 225 Rdnr. 22, zitiert nach juris; Blümich/*Glenk/Ratschow*, EStG, § 23 Rdnr. 53; Bordewin/*Brandt/Bachem*, EStG, § 23 Rdnr. 129a; Littmann/*Bitz/Pust/Hoheisel*, EStG, § 23 Rdnr. 79; *Kirchhof/Kube*, EStG, 16. Aufl., § 23 Rdnr. 6; Herrmann/*Heuer/Raupach/Musil*, EStG und KStG, § 23 EStG Rdnr. 130; *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann*, EStG, § 23 Rdnr. B 46; Kanzler/*Kraft/Bäumli/Bäumli*, EStG, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 180; *Bruschke*, DStZ 2008, 728, 729; *Risthaus*, DB/Beilage Nr. 13/2000, S. 12; *Paus*, Die Information für Steuer und Wirtschaft 1999, 513, 515; zur Behandlung der Ferienwohnung bei § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG vgl. BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, BFHE 242, 153 = BStBl. II 2013, S. 1051 unter II. 2.). Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich nichts anderes; in ihr wird lediglich auf die Selbstnutzung und deren Aufgabe (z. B. wegen Arbeitsplatzwechsels) Bezug genommen (BT-Drucks. 14/265, S. 181).

**15** Die Gegenansicht, wonach eine Nutzung zu „eigenen Wohnzwecken“ wie in § 10e EStG und in § 2 Satz 2 des Eigenheimzulagengesetzes (EigZulG) bei einer Nutzung als Zweit- oder Ferienwohnung nicht vorliegen soll (vgl. Schmidt/*Weber-Grellet*, § 23 Rdnr. 18; *Höck*, Finanz-Rundschau 2000, 764, 765; *Seitz*, DStR 2000, 277, 280) findet im Gesetz keine Stütze. Wenn der Gesetzgeber Zweit- und Ferienwohnungen von der Begünstigung hätte ausnehmen wollen, hätte es nahe gelegen, dies – wie in § 10e Abs. 1 Satz 2 EStG und § 2 Satz 2 EigZulG – ausdrücklich zu regeln (vgl. BFH, Urteil in BFHE 178, 140 = BStBl. II 1995, S. 720 unter 2. a)). Dies ist jedoch nicht geschehen, obwohl der Gesetzgeber in der Vergangenheit die mit der Nutzung von Zweit- oder Ferienwohnungen verbundenen Fragestellungen regelmäßig in den Blick genommen hat. Die Abgrenzung nach der Intensität der Nutzung wäre im Übrigen in der Praxis nicht nur mit erheblichem Ermittlungsaufwand verbunden, sondern würde im Einzelfall auch zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Steuerpflichtige, die aufgrund fester Arbeitszeiten ihre Zweitwohnung nur an Wochenenden und in den Ferien nutzen können, wären ggf. von der Begünstigung ausgeschlossen, während Steuerpflichtige, die nicht an feste Arbeitszeiten oder an einen festen Arbeitsplatz gebunden sind und daher die Zweitwohnung häufiger und insbesondere auch an Wochentagen und außerhalb der Ferienzeiten nutzen können, ohne ersichtlichen Grund begünstigt sein könnten (vgl. BFH-Urteil in BFHE 160, 481 = BStBl. II 1990, S. 815 unter 2. a)). Eine Ungleichbehandlung bestünde ggf. auch zwischen Steuerpflichtigen, deren Zweitwohnung in einem räumlich nahen Umfeld belegen ist und daher auch nach der Arbeit aufgesucht werden kann, und anderen Steuerpflichtigen, deren Zweitwohnung weiter entfernt liegt und daher nur an Wochenenden und in den Ferien genutzt werden kann.

**16 d)** § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 1 EStG setzt voraus, dass die Wohnung im Zeitraum zwischen Anschaffung oder

Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt worden ist. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2 EStG verlangt demgegenüber eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren. Im Jahr der Veräußerung und im zweiten Jahr vor der Veräußerung muss die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken nicht während des gesamten Kalenderjahrs vorgelegen haben. Es genügt ein zusammenhängender Zeitraum der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken, der sich über drei Kalenderjahre erstreckt, ohne sie – mit Ausnahme des mittleren Kalenderjahrs – voll auszufüllen (vgl. BMF-Schreiben in BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 25; Herrmann/*Heuer/Raupach/Musil*, § 23 EStG Rdnr. 131; *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann*, § 23 EStG Rdnr. B 55; Littmann/*Bitz/Pust/Hoheisel*, § 23 EStG Rdnr. 74; a. A. *Kirchhof/Kube*, § 23 Rdnr. 6; Schmidt/*Weber-Grellet*, § 23 Rdnr. 18).

**17 2.** Diesen Maßstäben entspricht das angefochtene Urteil nicht. Zu Recht hat das FG allerdings die von der Klägerin zu unterschiedlichen Zeitpunkten erworbenen jeweils hälftigen Miteigentumsanteile einer getrennten Betrachtung unterzogen (vgl. dazu Schmidt/*Weber-Grellet*, § 23 Rdnr. 15; *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann*, § 23 EStG Rdnr. B 45). Die Erwägungen des FG zu den Voraussetzungen von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG weichen jedoch von der dargestellten Rechtslage ab. Das Urteil kann deshalb keinen Bestand haben.

**18 3.** Die Sache ist spruchreif. Nach den tatsächlichen Feststellungen des FG hat die Klägerin den von ihrem Vater erworbenen Miteigentumsanteil im Jahr der Veräußerung (2006) und in den beiden vorangegangenen Kalenderjahren (seit Dezember 2004) in einem zusammenhängenden Zeitraum zu eigenen Wohnzwecken (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2 EStG) und den von ihrem Bruder erworbenen Miteigentumsanteil im Zeitraum zwischen der Anschaffung und der Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 1 EStG) genutzt. Daher hat die Klägerin mit der Veräußerung des Grundstücks kein steuerbares privates Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG verwirklicht.

**19** In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob die Klägerin den Miteigentumsanteil des Bruders voll- oder teilentgeltlich erworben hat. Denn im Fall eines teilentgeltlichen Erwerbs tritt der Erwerber hinsichtlich des unentgeltlichen Teils in die noch laufende Zehnjahresfrist des Rechtsvorgängers ein (vgl. Bordewin/*Brandt/Bachem*, § 23 EStG Rdnr. 92; Herrmann/*Heuer/Raupach/Musil*, § 23 EStG Rdnr. 233).

(...)

## 25. Vorbehaltsnießbrauch hindert steuerneutrale unentgeltliche Übertragung eines Gewerbebetriebs

BFH, Urteil vom 25.1.2017, X R 59/14 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 18.9.2014, 13 K 724/11 E)

ESTG § 6 Abs. 3 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. Die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG setzt voraus, dass der Übertragende seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt. Daran fehlt es, wenn die einzige wesentliche Betriebsgrundlage aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs vom bisherigen Betriebsinhaber weiterhin gewerblich genutzt wird (Bestätigung der BFH-Urteile vom 2.9.1992, XI R 26/91, BFH/NV 1993, 161, und vom 12.6.1996, XI R 56, 57/95, BFHE 180, 436 = BStBl. II 1996, S. 527; in Abgrenzung zur Rechtsprechung zur Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, vgl. BFH-Urteile vom 26.2.1987, IV R 325/84, BFHE 150, 321 = BStBl. II 1987, S. 772, und vom 7.4.2016, IV R 38/13, BFHE 253, 390 = BStBl. II 2016, S. 765).
2. Es ist insoweit unerheblich, ob ein aktiv betriebener oder ein verpachteter Betrieb unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen wird.

### SACHVERHALT:

1 A. Der Revisionskläger ist Alleinerbe seiner Mutter (M), der im Laufe des Revisionsverfahrens verstorbenen Klägerin und Revisionsklägerin. M ihrerseits war Alleinerbin ihres im Streitjahr verstorbenen Ehemanns (E). Dieser war Alleineigentümer des bebauten Grundstücks B-Straße 57 in G (Grundstück). In dem Gebäude befinden sich eine Gaststätte sowie vermietete Wohnungen und Büros. Ab 1967 verpachtete E die Gaststätte, die er zunächst selbst betrieb, an wechselnde Pächter. Er behandelte Grundstück und Gebäude in vollem Umfang als Betriebsvermögen und erklärte die aus der (Betriebs-)Verpachtung bzw. Vermietung erzielten Einkünfte auch nach der Verpachtung als solche aus Gewerbebetrieb gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

2 Hinsichtlich des Grundstücks schlossen E und sein Sohn W, der Revisionskläger, unter Beteiligung der M am 10.3.1990 einen notariell beurkundeten Übertragungsvertrag. Nach dessen § 2 übertrug E das Grundstück – ohne Vereinbarung eines Entgelts (vgl. § 7 des Vertrages) – auf den Revisionskläger. Jedoch sollte es erst nach dem Tod des E und der M aufgelassen werden (§ 3 des Vertrages). Zur Sicherung seines Anspruchs wurde dem Revisionskläger die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt (§ 6 des Vertrages). Nach § 9 des Vertrages sollten Besitz, Nutzen und Lasten des übertragenen Grundstücks erst nach dem Tod des E und der M auf ihn übergehen. Sollte E vor der M versterben, stand ihr bis zu ihrem Tod ein uneingeschränktes, rechnungsfreies Nießbrauchsrecht an dem Grundstück zu (§ 10 des Vertrages).

3 Steuerliche Folgerungen wurden aus diesem Vertrag nicht gezogen. E erklärte bezüglich der (Betriebs-)Verpachtung bzw. Vermietung der sonstigen Räumlichkeiten weiterhin Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Nach dem Tode des E am 17.2.2005 ließen M und der Revisionskläger am 4.5.2005 unter Bezugnahme auf den Übertragungsvertrag vom 10.3.1990 folgende (auszugsweisen) Erklärungen notariell beurkunden:

„§ 1 Vorbemerkungen und Grundbuchbestand

(...) Die Erschienenen zu 1) und 2) sind übereingekommen, dass die Auflassung des Grundbesitzes an den Erschienenen

zu 2) und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch bereits zu Lebzeiten der Erschienenen zu 1) erfolgen soll, und zwar unter gleichzeitiger Eintragung eines Nießbrauchsrechts für diese.

§ 2 Auflassung

Aufgrund der zu § 3 des vorgenannten Übertragungsvertrags erteilten Auflassungsvollmacht erklärt der Erschienenene zu 2) mit Zustimmung der Erschienenen zu 1) die Auflassung nunmehr wie folgt:

Es besteht Einigkeit darüber, dass der im Grundbuch von G Blatt (...) gebuchte Grundbesitz von dem verstorbenen Vater des Erschienenen zu 2) nunmehr auf den Erschienenen zu 2) als Alleineigentümer übergehen soll. (...)

§ 3 Nießbrauchsrecht

Unter Bezugnahme auf die Bestimmungen in § 10 des vorgenannten Übertragungsvertrags bewilligen die Erschienenen zu 1) und 2) die Eintragung des Nießbrauchsrechts zugunsten der Erschienenen zu 1) ... mit der Maßgabe, dass zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen soll.“

4 Eine Regelung zum Übergang von Nutzen und Lasten enthält dieser Vertrag nicht. Die Eigentumsumschreibung und das Nießbrauchsrecht wurden am 27.10.2005 im Grundbuch eingetragen.

5 M erklärte für sich selbst und für E bezüglich der Verpachtung der Gaststätte und der Vermietung der sonstigen Räumlichkeiten für das gesamte Streitjahr 2005 Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Im Einzelnen gab sie Einkünfte für E i. H. v. 13.681 € und für sich selbst i. H. v. 58.380 € an. Dem folgte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) zunächst und setzte die Einkommensteuer erklärungsgemäß fest.

6 Im Rahmen einer Außenprüfung vertrat die Prüferin die Auffassung, es entstehe ein Entnahmegewinn, wenn ein Einzelunternehmer unter dem Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchsrechts Grundstücke des Betriebsvermögens auf seine Kinder übertrage. Dementsprechend seien die Einkünfte aus der Verpachtung der Gaststätte bzw. der Vermietung der sonstigen Räumlichkeiten ab dem Zeitpunkt der Entnahme als solche aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG zu behandeln. Es ergebe sich danach ein begünstigter Aufgabegewinn gemäß § 16 EStG i. H. v. 1.075.500 €. Der laufende Gewinn aus Gewerbebetrieb sei um 46.704 € zu mindern und in derselben Höhe seien Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung anzusetzen, von denen jedoch Absetzungen für Abnutzung (AfA) i. H. v. 10.720 € abzuziehen seien.

7 Das FA erließ dementsprechend einen Änderungsbescheid für 2005, in dem laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb des E i. H. v. 13.681 €, der M i. H. v. 11.676 € und ein Aufgabegewinn i. H. v. 1.075.750 € der Besteuerung zugrunde gelegt wurden. Als Einkünfte der M aus Vermietung und Verpachtung setzte das FA 35.984 € an. Auf den Aufgabegewinn wandte es § 34 Abs. 3 EStG an.

8 M war der Meinung, sie habe den Gewerbebetrieb nicht aufgegeben, er bestehe mangels Abgabe einer Aufgabeklarung fort. Sie habe ihn als ruhenden Gewerbebetrieb mit Vertrag vom 4.5.2005 auf ihren Sohn übertragen. Das vorbehaltene Nießbrauchsrecht betreffe den Gewerbebetrieb insgesamt und nicht nur das einzelne Grundstück. Dementsprechend liege auch keine Entnahme vor. Vielmehr sei mit der Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen des Gewerbebetriebs auf den Revisionskläger bei diesem ein neuer ruhender Gewerbebetrieb entstanden. Es liege insoweit ein Fall vor, wie ihn der BFH in seinem Urteil vom 26.2.1987, IV R 325/84 (BFHE 150, 321 = BStBl. II 1987, S. 772) im Bereich der Land- und Forstwirtschaft entschieden habe. Danach unterfalle die unentgeltliche Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs auch unter Zurückbehaltung eines Vorbehaltsnießbrauchs der Vorschrift des § 6 Abs. 3 EStG.

9 Dem stehe das vom FA angeführte BFH-Urteil vom 2.9.1992, XI R 26/91 (BFH/NV 1993, 161) nicht entgegen, das für den streitgegenständlichen ruhenden Gewerbebetrieb, der von der Tätigkeit her Vermögensverwaltung sei, nicht gelten könne. Diesem sei eine Tätigkeitskomponente bereits in dem Augenblick abhandengekommen,

in dem die eigene geschäftliche Tätigkeit aufgegeben und zu einer Verpachtung des Betriebs übergegangen worden sei.

**10** Aber selbst wenn auf die Tätigkeitskomponente eines ruhenden Gewerbebetriebs abgestellt werde, seien die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG erfüllt. Denn für den ruhenden Gewerbebetrieb sei es ausreichend, wenn der Verpächter die Absicht und die objektive Möglichkeit habe, die bisherige gewerbliche Tätigkeit wieder aufzunehmen, und zwar in eigener Person oder durch einen Gesamtrechtsnachfolger oder einen unentgeltlichen Einzelrechtsnachfolger. Dabei sei die Absicht der Wiederaufnahme zu bejahen, solange diese objektiv möglich sei und der Verpächter dem FA gegenüber keine Betriebsaufgabe erklärt habe.

**11** Der Einspruch der M hatte keinen Erfolg. Das FA vertrat die Auffassung, M habe den ruhenden Gewerbebetrieb aufgrund des ihr eingeräumten Nießbrauchsrechts fortgeführt und die hiermit verbundenen Geschäftsbeziehungen weiter genutzt. Dies reiche nicht aus, um die Rechtswirkungen des § 6 Abs. 3 EStG herbeizuführen und infolgedessen die Aufdeckung der stillen Reserven zu vermeiden. Auch die Klage der M war nicht erfolgreich. Das FG befand in dem in EFG 2014, 2133 veröffentlichten Urteil, das FA habe zu Recht den streitbefangenen Vorgang als (Zwangs-)Betriebsaufgabe gemäß § 16 Abs. 3 EStG behandelt und das Vorliegen der Voraussetzungen einer unentgeltlichen Betriebsübertragung gemäß § 6 Abs. 3 EStG verneint.

**12** Der Revisionskläger stützt die Revision auf die Verletzung materiellen Rechts. Das FG habe die Besonderheiten eines ruhenden Gewerbebetriebs verkannt. Es habe mit einem tätigkeitsbezogenen Betriebsbegriff argumentiert, ohne die von der Rechtsprechung des BFH entwickelten besonderen Grundsätze und Merkmale für eine Betriebsunterbrechung zu berücksichtigen. Wie bei der Aufgabe erlösche auch bei der Verpachtung der werbende Betrieb. Im Falle der Verpachtung sei danach ein werbender Betrieb, an den insbesondere die Gewerbesteuerpflicht knüpfe, beim Pächter gegeben, nicht dagegen beim Verpächter. Es liege mithin ein Fall vor, in welchem gerade ohne die Tätigkeitsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG weiterhin gewerbliche Einkünfte erzielt würden.

**13** Dem Großen Senat des BFH komme es in seinem grundlegenden Urteil vom 13.11.1963, GrS 1/63 S (BFHE 78, 315 = BStBl. III 1964, S. 124) nicht auf die gewerbliche Tätigkeit an. Maßgeblich sei vielmehr die weitere steuerliche Verhaftung des Betriebsvermögens gewesen, wie sich aus dem ersten Leitsatz des Urteils entnehmen lasse, in dem von einer Fortführung des Betriebsvermögens und nicht von einer Fortführung des Betriebs gesprochen werde.

**14** Würden die wesentlichen Wirtschaftsgüter eines Betriebs nicht veräußert, sondern insgesamt verpachtet, so bedeute die Verpachtung grundsätzlich die Einstellung der gewerblichen Tätigkeit des bisherigen Betriebsinhabers. Die Einstellung könne allerdings entweder eine endgültige oder aber eine bloße Betriebsunterbrechung sein. Die bloße Betriebsunterbrechung lasse den Fortbestand des Betriebs unberührt. Sie werde ausdrücklich anerkannt und mit ihr die Tatsache, dass die Annahme einer Betriebsaufgabe letztlich von den subjektiven Absichten des Steuerpflichtigen bzw. im Falle der Verpachtung von der Aufgabenerklärung abhängt. Betriebsverpachtung heiße dementsprechend die Beendigung der nach § 15 EStG konstitutiven gewerblichen Tätigkeit, die Nutzung des weiterhin bestehenden Betriebsvermögens in anderer Art sowie die Abhängigkeit des Fortbestandes eines Betriebs und des Betriebsvermögens von der Abgabe der Betriebsaufgabenerklärung. Die Bezugnahme im finanzgerichtlichen Urteil auf § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG gelte mithin nur für den Regelfall, für den nicht zu bezweifeln sei, dass grundsätzlich der Betriebsbegriff tätigkeitsbezogen sei.

**15** Es gebe neben der Betriebsaufgabe und der Veräußerung noch den ruhenden Gewerbebetrieb im engeren Sinne (ohne Verpachtung) und im weiteren Sinne (mit Verpachtung). Auch die Einstellung jedweder Tätigkeit, selbst einer Verpachtungstätigkeit, lasse die Betriebseigenschaft des verbliebenen Betriebsvermögens unberührt, wenn nach den erkennbaren Umständen die Wirtschaftsgüter jederzeit die Wiederaufnahme des Betriebs gestatteten und wahrschein-

lich sei, dass die werbende Tätigkeit innerhalb einer überschaubaren Zeit wieder aufgenommen werde (Senatsurteil vom 26.2.1997, X R 31/95, BFHE 183, 65 = BStBl. II 1997, S. 561). Unbeschadet einer fehlenden gewerblichen Betätigung räume die Rechtsprechung dem Steuerpflichtigen ein Wahlrecht ein und mache das Vorliegen der gewerblichen Einkünfte nicht mehr von seiner Tätigkeit abhängig, sondern ausschließlich von der persönlichen Entscheidung des Steuerpflichtigen. Es entspreche deshalb nicht der BFH-Rechtsprechung, wenn das Urteil des FG die Verpachtung des Gaststättenbetriebs als gewerbliche Tätigkeit der M qualifiziere, jedenfalls in der Weise, dass diese Tätigkeit für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs konstitutiv sei. Es sei eine Tätigkeit, die die gewerblichen Einkünfte unberührt lasse, im Übrigen aber zu einem Ruhen des Gewerbebetriebs führe, wie jedwede Unterlassung einer Tätigkeit, wenn objektiv die Möglichkeit der Wiederaufnahme bestehe.

**16** Im Urteil vom 17.4.1997, VIII R 2/95 (BFHE 183, 385 = BStBl. II 1998, S. 388) unterscheide der BFH zwischen gewerblichen Einkünften aus einer entfalteten gewerblichen Tätigkeit i. S. v. § 15 Abs. 2 EStG und den gewerblichen Einkünften aus einem verpachteten, fortgeführten Betrieb. Dabei handele es sich um zwei unterschiedliche Dinge. Aus den Rechtsfolgen bei dem einen könne nicht auf die Rechtsfolgen bei dem anderen geschlossen werden.

**17** Ebenso wenig sei der Hinweis darauf tragend, dass für die Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG die „Quelle“ übergehen müsse. Denn die Frage sei doch gerade, was hier die Quelle der fortbestehenden gewerblichen Einkünfte sei. Diese sei jedenfalls keine Tätigkeit, denn die im Streitfall ausgeführte Tätigkeit führe allein nur zu Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Es gehe um den „Eigentumsbetrieb“, um die Verhaftung der stillen Reserven. Die Quelle der Einkünfte und damit tragend für das Institut des ruhenden Gewerbebetriebs sei mithin das wirtschaftliche Eigentum an dem – ohne Tätigkeit – fortbestehenden Betriebsvermögen.

**18** Bei der Betriebsverpachtung sei nicht die Tätigkeit prägend und qualifiziere diese als gewerblich. Es sei gerade umgekehrt so, dass der verbleibende Charakter als Betriebsvermögen (mangels Betriebsaufgabe) die aus dem Betriebsvermögen erzielten Einkünfte zu gewerblichen mache. Auf die Tätigkeit komme es – wie bei der echten Betriebsunterbrechung – nicht an.

**19** Es gehe letztlich um die Abgrenzung zur Betriebsaufgabe. Dann aber bestehe keine Veranlassung, eine Betriebsaufgabe anzunehmen, wenn – wie hier – ein Betrieb ohne Tätigkeit im Ganzen übertragen werde und objektiv der neue Inhaber in der Lage sei, kraft seiner zum bisherigen Inhaber des ruhenden Gewerbebetriebs begründeten Rechtsbeziehungen die unterbrochene gewerbliche Tätigkeit wieder aufzunehmen und fortzuführen.

**20** Dem BFH-Urteil in BFHE 183, 385 = BStBl. II 1998, S. 388 könne entnommen werden, dass auch der Inhaber eines ruhenden Gewerbebetriebs diesen trotz Einstellung seiner bisherigen gewerblichen Tätigkeit gemäß § 7 Abs. 1 EStDV bzw. § 6 Abs. 3 EStG übertragen könne. Für die Annahme einer Betriebsaufgabe bestehe dann aber keine Veranlassung, wenn die „andere Tätigkeit“ im Rahmen der unterbrochenen Betriebstätigkeit bei dem Übertragenden verbleibe. In der Sache handele es sich um eine Vermietungstätigkeit, da M über die Nutzungsüberlassung hinaus weder erhebliche zusätzliche Sonderleistungen erbracht habe noch die Tätigkeit nach Art und Umfang ausnahmsweise bereits die Annahme eines Gewerbebetriebs rechtfertige. Die Verpachtung stelle deshalb bezüglich der verbliebenen Tätigkeit regelmäßig eine Vermögensverwaltung dar (vgl. BFH-Urteil in BFHE 183, 385 = BStBl. II 1998, S. 388).

**21** Diese Tätigkeit müsse nicht übergehen, um dennoch einen Betrieb und dementsprechend Betriebsvermögen bejahen zu können. Sie könnte auch ganz entfallen, z. B. wenn die Nießbraucherin den Pachtvertrag beende und die Gaststätte im Einverständnis mit dem Eigentümer bis zur Fortsetzung durch ihn schließe. Was aber bei einer Betriebsunterbrechung im engeren Sinne gelte, müsse auch bei der Übertragung des Betriebs auf einen im Übrigen zur Fortsetzung bereiten und befähigten Dritten gelten. Denn § 6 Abs. 3 EStG wäre

sicher auch dann anzuwenden, wenn eine Betriebsunterbrechung im engeren Sinne vorliege und weder Übertragender noch Übernehmer überhaupt eine Tätigkeit entfaltet.

**22** Dementsprechend verkenne das FG den Betriebsbegriff bei einem ruhenden Gewerbebetrieb und damit die Möglichkeit der Übertragung dieses Betriebs unter Nießbrauchsvorbehalt. Das von ihm zitierte Urteil des IV. Senats des BFH vom 30.3.2006, IV R 31/03 (BFHE 212, 563 = BStBl. II 2006, S. 652) stelle keine Abkehr von dessen bisheriger Rechtsprechung dar, in welcher bei der Land- und Forstwirtschaft explizit der Vorbehalt des Nießbrauchs für unschädlich erklärt werde. Deshalb bleibe die Entscheidung des IV. Senats des BFH vom 28.3.1985, IV R 88/81 (BFHE 143, 559 = BStBl. II 1985, S. 508) für den Bereich der Land- und Forstwirtschaft auch für diesen Fall von Bedeutung.

**23** Es sei – im Gegensatz zur Auffassung des FA – nicht vornehmerlicher Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 EStG, Umstrukturierungen zu erleichtern; dieser liege vielmehr vor allem darin, den unentgeltlichen Betriebsübergang insbesondere in der Generationennachfolge von steuerlichen Belastungen zu verschonen. Insoweit diene diese Vorschrift zugleich der Verwirklichung des durch Art. 14 GG geschützten Erbrechts. Das bedinge geradezu die Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG im Streitfall. Es liege praktisch eine Umstrukturierung mit dem Ziel der Übergabe des Betriebs bzw. der Möglichkeit der Wiederaufnahme des werbenden Betriebs in zwei Stufen vor. Auf der ersten Stufe werde die werbende Tätigkeit altersbedingt aufgegeben und verpachtet, während auf der zweiten Stufe die Übertragung auf die nächste Generation unter Zurückbehaltung von Einkünften vollzogen werde, welche aus dem werbenden Objekt finanziert würden.

**24** Dies sei bei der Übertragung des ruhenden Betriebs gegen Versorgungsleistungen nicht anders. Wenn sich hier der Übertragende von der den Gewerbebetrieb prägenden Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 und Abs. 2 EStG bereits getrennt habe und nur noch eine Tätigkeit ausübe, welche den Rahmen privater Vermögensverwaltung nicht überschreite, sei kein Grund ersichtlich, beide Fälle unterschiedlich zu behandeln. Weder in dem einen noch in dem anderen Fall entfalte der Übertragende eine gewerbliche Tätigkeit.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**28** B. I. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 4 FGO zurückzuweisen.

**29** Es kann dahinstehen, ob M im Streitjahr dem Revisionskläger einen Betrieb oder lediglich ein Grundstück übertragen hat (unter 1.). Auch bei einer unentgeltlichen Übertragung eines Betriebs (unter 2.) hätte das FG zu Recht die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG als nicht erfüllt angesehen (unter 3.). Der erkennende Senat kann es wegen des Verböserungsverbotens dahingestellt sein lassen, ob das FG – dem FA folgend – zu Recht eine tarifbegünstigte Betriebsaufgabe gemäß § 16 Abs. 3 EStG bejaht hat oder ob es sich um eine Entnahme handelt. Aus demselben Grunde ist die Höhe der Einkünfte der M aus Vermietung und Verpachtung nicht zu ändern (unter 4.).

**30** 1. Nicht eindeutig ist, ob durch die Auffassung vom 4.5.2005 in Folge des nicht vollzogenen Übertragungsvertrages vom 10.3.1990 der Verpachtungsbetrieb von M auf ihren Sohn, den Revisionskläger, übertragen wurde oder ob nicht vielmehr lediglich das Grundstück der Übertragungsgegenstand war.

**31** Werden die Vereinbarungen aufgrund ihres Wortlauts dahin gehend ausgelegt, dass lediglich das Grundstück übertragen

wurde, während M ihren Verpachtungsbetrieb – nunmehr mittels des vorbehaltenen Nießbrauchs am Grundstück – fortsetzte, sei es als Gewerbebetrieb, sei es im Wege der Vermietung und Verpachtung nach § 21 EStG, liegt eine Entnahme des Grundstücks vor, die gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG mit dem Teilwert anzusetzen ist, oder aber, der Prüferin folgend, eine Betriebsaufgabe. Damit hätte die Revision des Revisionsklägers bereits aus diesem Grund keinen Erfolg (zu den Berechnungen des Entnahmegewinns im Einzelnen siehe unter B. I. 4.).

**32** 2. Wenn man hingegen davon ausgeht, dass sich die Übertragung nicht auf das Grundstück allein beschränkte, sondern sich vielmehr – da es dessen einzige wesentliche Betriebsgrundlage war – auf den ruhenden verpachteten Betrieb bezog (zur Behandlung der Verpachtung eines Grundstücks, das die alleinige wesentliche Betriebsgrundlage darstellt, als Betriebsverpachtung siehe Senatsurteil vom 7.11.2013, X R 21/11, BFH/NV 2014, 676 Rdnr. 16, m. w. N.), hätte M dem Revisionskläger im Streitjahr einen Gewerbebetrieb unentgeltlich übertragen.

**33** a) Es ist zunächst unstrittig, dass M mit dem Tode ihres Ehemanns E als dessen Gesamtrechtsnachfolgerin Inhaberin eines verpachteten Gewerbebetriebs wurde.

**34** b) Mit der Eintragung des Eigentumsübergangs am Grundstück sowie der gleichzeitigen Bestellung des Nießbrauchsrechts im Grundbuch am 27.10.2005 (vgl. zur Zulässigkeit der Koppelung der unentgeltlichen Grundstücksübergabe mit dem vorbehaltenen Nießbrauch BFH, Urteil vom 28.7.1981, VIII R 124/76, BFHE 134, 130 = BStBl. II 1982, S. 378; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2017, Rdnr. 106) wurde der Revisionskläger nicht nur rechtlicher, sondern auch wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks. Das vorbehaltene „uneingeschränkte und rechnungsfreie“ Nießbrauchsrecht führte nicht dazu, dass M das wirtschaftliche Eigentum gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO weiterhin innehatte.

**35** aa) Eine vom zivilrechtlichen Eigentum abweichende Zuordnung von Wirtschaftsgütern im Abgabenrecht kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn ein anderer als der rechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft ausübt und den nach bürgerlichem Recht Berechtigten (durch vertragliche Vereinbarung oder aus anderen Gründen) für die gewöhnliche Nutzungsdauer wirtschaftlich von der Einwirkung ausschließen kann (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO). Nach ständiger Rechtsprechung ist der Vorbehalt Nießbraucher nur dann wirtschaftlicher Eigentümer, wenn sich seine rechtliche und tatsächliche Stellung gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer des Grundstücks von der normalen – lediglich eine Nutzungsbefugnis vermittelnden – Position eines Nießbrauchers so deutlich unterscheidet, dass er die tatsächliche Herrschaft über das nießbrauchsbelastete Grundstück ausübt (siehe z. B. Senatsurteil vom 28.7.1999, X R 38/98, BFHE 190, 139 = BStBl. II 2000, S. 653 unter II. 2. a) und b) m. w. N.). Entscheidend ist der wirtschaftliche Ausschluss des Eigentümers von der Einwirkung auf die Sache, den die Rechtsprechung dann annimmt, wenn nach dem Gesamtbild der Verhältnisse kein Herausgabeanspruch besteht oder der Herausgabeanspruch des zivilrechtlichen Eigentümers keine wirtschaftliche Bedeu-

tung mehr hat. Dies gilt unabhängig davon, ob das Verfügungsrecht, insbesondere das Recht zur Belastung und Veräußerung, beim zivilrechtlichen Eigentümer verbleibt (z. B. Senatsurteile vom 12.4.2000, X R 20/99, BFH/NV 2001, 9 unter II. 2. c), und vom 18.9.2003, X R 21/01, BFH/NV 2004, 306, unter II. 3. a), jeweils m. w. N.).

**36** bb) Der Streitfall weist keine Besonderheiten auf, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten. Unerheblich ist, dass der Vorbehaltsnießbrauch auf Lebenszeit der Nießbraucherin M bestellt wurde, da damit bei einem Wirtschaftsgut mit längerer Lebensdauer nicht der Ausschluss des Eigentümers für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Objekt verbunden ist (vgl. BFH-Urteile in BFHE 190, 139 = BStBl. II 2000, S. 653 unter II. 2. c), vom 24.6.2004, III R 50/01, BFHE 206, 551 = BStBl. II 2005, S. 80 unter II. 2. a), und vom 27.6.2006, IX R 63/04, BFH/NV 2006, 2225 unter II. 1. d)). Weitere Vereinbarungen, die auf ein wirtschaftliches Eigentum hindeuten könnten, sind nicht erkennbar.

**37** c) Die Betriebsübertragung erfolgte unentgeltlich, da die Bestellung des Nießbrauchs keine Gegenleistung des Revisionsklägers als Erwerber darstellt (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z. B. Urteile in BFHE 134, 130 = BStBl. II 1982, S. 378, in BFHE 150, 321 = BStBl. II 1987, S. 772, unter 1., vom 12.4.1989, I R 105/85, BFHE 157, 93 = BStBl. II 1989, S. 653, vom 10.4.1991, XI R 7, 8/84, BFHE 164, 343 = BStBl. II 1991, S. 791, und vom 24.4.1991, XI R 5/83, BFHE 164, 352 = BStBl. II 1991, S. 793 unter 4.; siehe auch Erlass des BMF vom 30.9.2013, IV C 1-S 2253/07/10004, BStBl. I 2013, S. 1184, Rdnr. 40).

**38** 3. Wird ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder der Anteil eines Mitunternehmers an einem Betrieb unentgeltlich übertragen, so sind gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG bei der Ermittlung des Gewinns des bisherigen Betriebsinhabers die Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben.

**39** Zweifelsfrei kann auch ein ruhender, verpachteter und noch nicht aufgegebenen Betrieb Übertragungsgegenstand des § 6 Abs. 3 EStG sein (vgl. z. B. jüngst Senatsurteil vom 6.4.2016, X R 52/13, BFHE 253, 359 = BStBl. II 2016, S. 710 Rdnr. 27, das die Frage zum Inhalt hatte, ob das Verpächterwahlrecht bei einer teilentgeltlichen Übertragung eines verpachteten Betriebs fortbesteht; siehe auch z. B. Blümich/Ehmcke, § 6 EStG Rdnr. 1222 m. w. N.).

**40** Die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG setzt aber zusätzlich voraus, dass der Übertragende seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt. Daran fehlt es hier, da M die einzige wesentliche Betriebsgrundlage, das Grundstück, aufgrund des ihr vorbehaltenen Nießbrauchs weiterhin selbst vermietet und verpachtet hat.

**41** Die höchstrichterliche Rechtsprechung, die zu § 7 Abs. 1 EStDV ergangen ist, gilt auch für die unentgeltliche Übertragung eines Gewerbebetriebs gemäß § 6 Abs. 3 EStG (unter a bis c). Die insoweit abweichende Rechtsprechung des IV. Senats des BFH bezüglich des unentgeltlichen Übergangs eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs unter Vorbehaltsnießbrauch kann nicht auf den unentgeltlichen Übergang eines Gewerbebetriebs übertragen werden (unter d). Es macht für

die Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG keinen Unterschied, ob der übertragende Betrieb aktiv betrieben wird oder ob es sich um einen ruhenden Betrieb in Form eines Verpachtungsbetriebs handelt (unter e). Die dadurch bewirkte steuerpflichtige Aufdeckung stiller Reserven verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG (unter f).

**42** a) Nach der Rechtsprechung des BFH zur Vorgängervorschrift des § 6 Abs. 3 EStG setzt die unentgeltliche Übertragung eines Betriebs i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 1 EStDV voraus, dass das (wirtschaftliche) Eigentum an den wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang und unter Aufrechterhaltung des geschäftlichen Organismus auf einen Erwerber übertragen wird. Dabei ist der Begriff des Betriebs nicht allein gegenstands-, sondern zugleich tätigkeitsbezogen zu verstehen. Voraussetzung einer Betriebsübertragung sei deshalb, dass der Gewerbetreibende die im Rahmen des übertragenen Betriebs ausgeübte gewerbliche Tätigkeit aufgeben. Für die Auslegung der Begriffe „Betrieb“ und „Teilbetrieb“ in § 7 Abs. 1 EStDV könne insoweit nichts anderes gelten als für die entsprechenden Begriffe in § 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Hier wie dort gelte es, die Veräußerung bzw. Übertragung des Unternehmens oder Unternehmensteils von der Veräußerung bzw. Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter dieses Unternehmens oder Unternehmensteils, also der Betriebsmittel, zu unterscheiden. Unerheblich sei, dass ein Eigentum an der betrieblichen Betätigung nicht bestehen und dass diese Betätigung deshalb streng genommen auch nicht veräußert und übertragen werden könne. Denn auch wenn – sachenrechtlich – Gegenstand der Veräußerung bzw. der Übertragung lediglich die einzelnen Betriebsmittel seien, so ändere dies doch nichts daran, dass der Übertragende schuldrechtlich verpflichtet sei, dem Erwerber die Fortsetzung der bislang von ihm ausgeübten Tätigkeit zu ermöglichen. Damit verbunden sei, dass der Übertragende sich einer weiteren Tätigkeit im Rahmen des übertragenen Gewerbebetriebs endgültig enthalte und seine bisherige Tätigkeit einstelle. Anderenfalls würden lediglich einzelne oder alle Betriebsmittel, nicht aber der Betrieb als solcher übertragen (BFH-Urteile in BFH/NV 1993, 161, unter II. 2. m. w. N. aus der BFH-Rechtsprechung, und vom 12.6.1996, XI R 56, 57/95, BFHE 180, 436 = BStBl. II 1996, S. 527 unter II. 2.; im Ergebnis ebenso der I. Senat des BFH in seinem Urteil in BFHE 157, 93 = BStBl. II 1989, S. 653 unter II. 4. a)).

**43** b) Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung gilt auch für die unentgeltliche Übertragung eines Gewerbebetriebs unter dem Regime des § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG. Es bestehen keine Bedenken, diese Rechtsprechung auf den durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. 1999 I, 402 = BStBl. I 1999, S. 304) eingeführten wortgleichen § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG zu übertragen, da ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes (siehe BT-Drucks. 14/265, S. 174) die bisherige Regelung des § 7 Abs. 1 EStDV übernommen werden sollte.

**44** c) Der erkennende Senat sieht keine Veranlassung, trotz der in einem Teil des Schrifttums vertretenen gegenteiligen Ansicht auf die Einstellung der Tätigkeit des Übertragenden als Voraussetzung für eine steuerneutrale unentgeltliche Betriebsübertragung zu verzichten und die Anforderungen an eine

Übertragung gemäß § 6 Abs. 3 EStG normenspezifisch dergestalt einzuschränken, dass die unentgeltliche Übertragung eines Betriebs unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs steuerneutral möglich ist (so aber Korn/*Strahl*, EStG, § 6 EStG Rdnr. 474.3.2 und Rdnr. 474.0; *Gosch*, Anmerkung zu BFH, Urteil vom 2.9.1992, XI R 26/91, Die steuerliche Betriebsprüfung 1993, 20; *Tiedtke/Wälzholz*, DStR 1999, 217; *Geck/Messner*, ZEV 2015, 91; Littmann/*Bitz/Pust/Hörger/Rapp*, EStG, § 16 Rdnr. 41; im Ergebnis wohl ebenso Littmann/*Bitz/Pust/Hoffmann*, EStG, § 6 Rdnr. 1023 durch Verweisung auf Littmann/*Bitz/Pust/Hörger/Rapp* und Herrmann/*Heuer/Raupach/Gratz/Uhl-Ludäscher*, EStG und KStG, § 6 EStG Rdnr. 1251; für einen Ertragsnießbrauch die steuerneutrale unentgeltliche Übertragung bejahend *El Mourabit*, ZEV 2016, 14).

**45** Vielmehr ist es konsequent, weiterhin zu fordern, dass der übertragende Betriebsinhaber auch bei einer unentgeltlichen Betriebsübertragung seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt, ebenso wie er sie bei einer entgeltlichen Betriebsübergabe, der Betriebsveräußerung gemäß § 16 Abs. 1 EStG, zu beenden hat. Die von der bisherigen BFH-Rechtsprechung sowie der Vorinstanz herausgearbeiteten Argumente (siehe dazu B. I. 3. a) sind überzeugend und werden vom erkennenden Senat aus den folgenden Gründen geteilt.

**46 aa)** Die durch § 6 Abs. 3 EStG (zwingend) angeordnete Buchwertfortführung durch den unentgeltlichen Rechtsnachfolger führt zu einer interpersonellen Verlagerung der stillen Reserven. Anders als bei der unentgeltlichen Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern räumt der Gesetz- und Verordnungsgeber im Interesse einer ertragsteuerlich unbelasteten Vermögensübertragung und der Erhaltung der wirtschaftlichen Einheit in der Hand des Erwerbers hier ausnahmsweise dem Realisationsprinzip (verstanden im Sinne eines Umsatzakts) den Vorrang vor dem Subjektsteuerprinzip ein (so Senatsurteil vom 20.7.2005, X R 22/02, BFHE 210, 345 = BStBl. II 2006, S. 457 unter II. 3. e) bb) m. w. N.). Dies gilt aber nur für den Sonderfall der unentgeltlichen Übertragung ganzer Betriebe und vergleichbarer Organisationseinheiten. Bei der unentgeltlichen Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens, welche das Gesetz grundsätzlich als Entnahme beurteilt (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG), verbleibt es hingegen bei der systemkonformen Besteuerung des Rechtsvorgängers sowie des Rechtsnachfolgers nach ihrer jeweiligen individuellen Leistungsfähigkeit (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 17.12.2007, GrS 2/04, BFHE 220, 129 = BStBl. II 2008, S. 608 unter D. III. 6. a) bb)).

**47 bb)** Damit ist der eigentliche Zweck der Steuerverschonung des § 6 Abs. 3 EStG die Bewahrung der wirtschaftlichen Einheit, also des übertragenen Betriebs, an dem sich die Auslegung dieser Ausnahmeregelung zu messen hat.

**48** Diese wirtschaftliche Einheit ist untrennbar mit der Tätigkeit des jeweiligen Betriebsinhabers für diesen Betrieb verbunden. Wird der neue Betriebsinhaber nicht in die Lage versetzt, die gewerbliche Tätigkeit fortzusetzen, weil der frühere Betriebsinhaber weiterhin unter Einsatz des übertragenen Betriebsvermögens gewerblich tätig ist, kann eine wirtschaftliche Einheit nicht übergegangen sein. Behält sich ein Eigentümer den Nießbrauch an einem Gewerbebetrieb bei dessen Übergabe

vor und übt er weiterhin seine bisherige gewerbliche Tätigkeit aus, erfolgt eine zeitlich gestaffelte Betriebsübergabe. Zunächst wird das Eigentum an dem Betrieb übertragen und später aufgrund der Beendigung des Nießbrauchs die eigene gewerbliche Tätigkeit des Übernehmers ermöglicht. Die notwendige wirtschaftliche Einheit, die es zu bewahren gilt, ist damit – jedenfalls solange der Nießbrauch besteht – nicht gegeben, sodass die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Betriebsübertragung gemäß § 6 Abs. 3 EStG nicht erfüllt sind.

**49 d)** Die Rechtsprechung des IV. Senats des BFH in Bezug auf die Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs unter Vorbehaltsnießbrauch ist auf die unentgeltliche Übertragung eines Gewerbebetriebs mit vorbehaltenem Nießbrauch nicht übertragbar.

**50 aa)** In inzwischen ständiger Rechtsprechung hat der IV. Senat des BFH im Wege einer bereichsspezifischen Auslegung entschieden, dass ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auch dann gemäß § 6 Abs. 3 EStG bzw. § 7 Abs. 1 EStDV ohne Aufdeckung stiller Reserven übertragen werden kann, wenn sich der Übertragende den Nießbrauch an dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb vorbehält (Urteil vom 26.2.1987, IV R 325/84, BFHE 150, 321 = BStBl. II 1987, S. 772; siehe auch Urteil in BFHE 143, 559 = BStBl. II 1985, S. 508 unter c) zur Veräußerung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs mit Rückpacht durch den bisherigen Betriebsinhaber).

**51** Im Gegensatz zur Auffassung des FG hat der IV. Senat des BFH diese Rechtsprechung nicht aufgegeben, sondern sie vielmehr jüngst in Bezug auf die unentgeltliche Übertragung eines Forstbetriebs unter Nießbrauchsvorbehalt bestätigt. Er ist dabei zum Ergebnis gelangt, dass die Eigentumsübertragung im Hinblick auf einen wirtschaftenden Forstbetrieb steuerlich weitgehend irrelevant sei. Steuerrechtlich mache es nämlich keinen Unterschied, ob der wirtschaftende Betrieb zusammen mit dem Eigentumsübergang oder erst zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Wegfall des Nießbrauchs übertragen werde. Im Ergebnis werde der während des Nießbrauchs in zwei Betriebe (ruhender Eigentümerbetrieb und aktiver Nießbrauchsbetrieb) aufgesplante Forstbetrieb in der Person des Rechtsnachfolgers wiedervereint. Diese Vorgänge führten indes nicht zu einer Betriebsaufgabe, sondern zu einer steuerneutralen Betriebsübertragung nach § 6 Abs. 3 EStG (Urteil vom 7.4.2016, IV R 38/13, BFHE 253, 390 = BStBl. II 2016, S. 765 Rdnr. 28).

**52 bb)** Die Rechtsprechung des IV. Senats des BFH zum Vorbehaltsnießbrauch bei der unentgeltlichen Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs kann jedoch nicht auf den unentgeltlichen Übergang eines Gewerbebetriebs gemäß § 6 Abs. 3 EStG übertragen werden.

**53 (1)** Die Judikatur des IV. Senats des BFH beruht auf seiner Rechtsprechung zur Betriebsveräußerung gemäß § 14 EStG. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sieht er stets dann als gegeben an, wenn das (wirtschaftliche) Eigentum an den Gegenständen bzw. Wirtschaftsgütern des land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögens entgeltlich in einem einheitlichen Vorgang auf den Erwerber übertragen wird. Die Einstellung oder Beendigung der land- und forstwirtschaftlichen

Betätigung durch den Veräußerer ist demzufolge grundsätzlich kein Kriterium für eine Betriebsveräußerung. Wesentlich ist danach allein, dass das Eigentum an allen wesentlichen Betriebsgrundlagen übergeht.

**54** Nach der Zwecksetzung der §§ 14, 16 EStG werde der Veräußerungsgewinn steuerlich begünstigt, weil alle stillen Reserven eines Betriebs aufgedeckt und in einem Veranlagungszeitraum versteuert würden und damit in voller Schärfe der Steuerprogression unterlägen. Die Veräußerung des gesamten Betriebsvermögens und die damit verbundene geballte Realisierung der stillen Reserven rechtfertige die Gewährung der Tarifvergünstigung des § 34 EStG ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußernde die land- und forstwirtschaftliche Betätigung als Pächter „fortsetze“ oder nicht (BFH-Urteil in BFHE 143, 559 = BStBl. II 1985, S. 508, unter c)).

**55** Da die Einstellung der land- und forstwirtschaftlichen Betätigung des bisherigen Betriebsinhabers nach dieser auch von der Finanzverwaltung anerkannten Rechtsprechung (vgl. Amtliches Einkommensteuer-Handbuch 2015, H 14 Stichwort Rückverpachtung) keine notwendige Voraussetzung für eine Veräußerung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs gemäß § 14 EStG darstellt (siehe dazu auch Herrmann/Heuer/Raupach/Paul, EStG und KStG, § 14 EStG Rdnr. 26), ist die Rechtsprechung des IV. Senats des BFH konsequent, auch bei einer unentgeltlichen Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs auf dieses Erfordernis zu verzichten und den vorbehaltenen Nießbrauch für die steuerneutrale Übertragung gemäß § 6 Abs. 3 EStG nicht als schädlich anzusehen. Die Gleichbehandlung der entgeltlichen und unentgeltlichen Übergabe eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs bedingt damit für die Land- und Forstwirtschaft insoweit eine bereichsspezifische Auslegung des § 6 Abs. 3 EStG.

**56** (2) Diese kann indes auf den Übergang eines Gewerbebetriebs nicht übertragen werden (so bereits der XI. Senat des BFH in BFH/NV 1993, 161 unter II. 3., sowie im Ansatz ebenso zweifelnd der IV. Senat des BFH in BFHE 143, 559 = BStBl. II 1985, S. 508 unter c)).

**57** Die Beendigung der bisherigen gewerblichen Tätigkeit ist als selbstständiges Merkmal der Tatbestandsverwirklichung des § 16 Abs. 1 EStG und losgelöst von dem Merkmal der Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen zu sehen. Denn bereits der Begriff des Gewerbebetriebs i. S. v. § 15 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 EStG ist tätigkeitsbezogen definiert. Er wird begründet durch eine mit Gewinnabsicht unternommene, selbstständige und nachhaltige Tätigkeit, die sich unter anderem als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Da der Begriff „Gewerbebetrieb“ eine tätigkeitsbezogene Komponente aufweist, ist Voraussetzung einer Betriebsveräußerung, dass der Gewerbetreibende nicht nur die Betriebsmittel überträgt, sondern auch seine durch den betrieblichen Organismus bestimmte gewerbliche Tätigkeit aufgibt (Senatsurteile vom 16.12.1992, X R 52/90, BFHE 170, 363 = BStBl. II 1994, S. 838 unter 4., und vom 17.7.2008, X R 40/07, BFHE 222, 433 = BStBl. II 2009, S. 43 unter II. 3. m. w. N.; siehe auch z. B. Schmidt/Wacker, EStG, 36. Aufl., § 16 Rdnr. 97 ff.; Korn/Stahl, § 16 EStG Rdnr. 49; Herrmann/Heuer/Raupach/Geissler, § 16 EStG Rdnr. 135 und 136 unter Stichwort Vorbehaltsnießbrauch). Die notwendige Gleichbe-

handlung der entgeltlichen und der unentgeltlichen Übertragung (vgl. dazu BFH-Urteil in BFHE 157, 93 = BStBl. II 1989, S. 653 unter II. 4. a)) führt demzufolge bei dem Übergang eines Gewerbebetriebs dazu, dass – wie oben dargestellt – ein weiteres Tätigwerden aufgrund eines vorbehaltenen Nießbrauchs die Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG hindert (im Ergebnis ebenso Schmidt/Kulosa, EStG, 36. Aufl., § 6 Rdnr. 646; Schießl, DStZ 2007, 113; Knobbe, EFG 2014, 2133; wohl auch Lederle/Wanner, DStR 2015, 2270; Blümich/Ehmcke, § 6 EStG Rdnr. 1222 f.; Frotscher/Mutscher, EStG, 2015, § 6 Rdnr. 479; ebenso für die Veräußerung unter Vorbehaltsnießbrauch Kirchhof/Reiß, EStG, 16. Aufl., § 16 Rdnr. 47; Herrmann/Heuer/Raupach/Geissler, § 16 EStG Rdnr. 136 a. E.).

**58** e) Es ist für die Frage der Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 EStG unerheblich, ob ein aktiv betriebener oder ein verpachteter und insofern ruhender Betrieb unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen wird. Nach der auch vom Revisionskläger zitierten Entscheidung des Großen Senats des BFH in BFHE 78, 315 = BStBl. III 1964, S. 124, gilt im Falle der Betriebsverpachtung und Aufgabeklämung der bisherige Betrieb als fortbestehend. Der bisher aktiv bewirtschaftete Betrieb wird nur in anderer Form als bisher genutzt (siehe auch BFH, Urteil vom 12.12.2013, IV R 17/10, BFHE 244, 23 = BStBl. II 2014, S. 316 Rdnr. 21). Da die verpachteten Wirtschaftsgüter Gegenstand des Betriebsvermögens des Steuerpflichtigen bleiben, solange dieser nicht erklärt, den Betrieb aufgeben zu wollen, ist auch ihre Übertragung nur dann steuerneutral möglich, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG erfüllt sind. Auf das Erfordernis einer Tätigkeitseinstellung – bei einem verpachteten Betrieb die Einstellung der Verpachtung – zu verzichten, würde bedeuten, den Verpachtungsbetrieb im Vergleich zu einem operativ tätigen Betrieb zu privilegieren, ohne dass dafür ein Grund erkennbar wäre.

**59** f) Im Gegensatz zur Auffassung des Revisionsklägers verstößt die steuerpflichtige Aufdeckung der stillen Reserven bei einer Betriebsübertragung unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs nicht gegen Art. 3 GG, obwohl bei der steuerneutralen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen die Fortführung der stillen Reserven möglich ist und der Übertragende lediglich die wiederkehrenden Leistungen gemäß § 22 Nr. 1a EStG i. d. F. des Gesetzes zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 22.12.2014 (BGBl. 2014 I, S. 2417, BStBl. I 2015, S. 58) – EStG n. F. – zu versteuern hat.

**60** aa) Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (st. Rspr. des BVerfG, vgl. z. B. Beschluss vom 29.9.2015, 2 BvR 2683/11, DStR 2015, 2757 unter B. II. 1. a); siehe auch Senatsurteil vom 27.1.2016, X R 33/13, BFH/NV 2016, 1002 Rdnr. 33).

**61** bb) Die Differenzierung zwischen der steuerlichen Behandlung der unentgeltlichen Betriebsübergabe ohne Einstellung der bisherigen Tätigkeit durch den bisherigen Betriebsinhaber mit der Aufdeckung der stillen Reserven und der steuerneu-

tralen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist sachlich gerechtfertigt.

**62** Den jeweiligen Übergaben ist zwar gemein, dass sie unentgeltlich sind, oft aus familiären Gründen zur Ermöglichung des Generationswechsels erfolgen und der vorweggenommenen Erbfolge dienen. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Übertragungen ist aber, dass bei der Betriebsübergabe unter Nießbrauchsvorbehalt die betriebliche Tätigkeit vom Übergeber fortgesetzt wird, während sie bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen endet.

**63** (1) Der bisherige Betriebsinhaber führt bei der Übertragung unter Vorbehaltsnießbrauch seine gewerbliche Tätigkeit fort. Er ist mit dem Ergebnis seiner wirtschaftlichen Betätigung, im Streitfall den von Dritten erhaltenen Vermietungs- und Verpachtungseinnahmen, steuerpflichtig. Ihm sind die wirtschaftlichen Chancen und Risiken seiner gewerblichen Aktivitäten aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs zuzurechnen, durch die er gewerbliche Einkünfte gemäß § 15 EStG erzielt.

**64** (2) Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist demgegenüber geprägt durch das Versorgungsbedürfnis des Übertragenden als typischerweise notwendige Folge der Übertragung von existenzsicherndem Vermögen sowie die aus dem übertragenen Wirtschaftsgut resultierende Leistungsfähigkeit des zur Zahlung Verpflichteten, des neuen Betriebsinhabers (st. Rspr., vgl. z. B. Senatsurteil vom 13.12.2005, X R 61/01, BFHE 212, 195 = BStBl. II 2008, S. 16 unter II. 3.). Nur diesem stehen die wirtschaftlichen Erträge sowie die Chancen und Risiken aus der Bewirtschaftung des übertragenen Betriebs zu.

**65** Demzufolge endet bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen die betriebliche Tätigkeit des bisherigen Betriebsinhabers, er kann keinen Einfluss mehr auf die unternehmerischen Entscheidungen des übergebenen Betriebs nehmen. Ihm werden vielmehr lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen vom Übernehmer eingeräumt. Die erhaltene private Versorgungsrente hat der Vermögensübergeber gemäß § 22 Nr. 1a EStG n. F. zu versteuern.

**66** Die unterschiedlichen wirtschaftlichen Folgen der unentgeltlichen Betriebsübergabe und der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sowie die daraus resultierende unterschiedliche steuerliche Qualifizierung der nach der Übergabe erzielten Einkünfte rechtfertigen es, die Übertragungen selbst ebenfalls steuerlich ungleich zu behandeln.

**67** 4. Da die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Übertragung des Verpachtungsbetriebs gemäß § 6 Abs. 3 EStG nicht erfüllt sind, stellt die Übertragung des Grundstücks eine gewinnrealisierende Entnahme dar, die zur Aufdeckung der stillen Reserven führt.

**68** a) M hat das Grundstück dem Betriebsvermögen entnommen (§ 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG), da die unentgeltliche Übertragung aus persönlichen Gründen ein privater Vorgang ist, der nur im außerbetrieblichen Bereich vollzogen werden kann. Der Vorbehalt des Nießbrauchs hat nicht zur Folge, dass nur ein Teil der ideellen Grundstückshälfte aus dem Betriebsvermögen entnommen worden ist. Eigentum und Nießbrauch

sind auch nicht teilweise identisch. Das Nießbrauchsrecht ist vielmehr mit der Bestellung im privaten Vermögensbereich neu entstanden (vgl. zu dem Vorstehenden BFH, Urteil vom 2.8.1983, VIII R 170/78, BFHE 139, 76 = BStBl. II 1983, S. 735 unter 1. und 3. und Senatsurteil vom 20.9.1989, X R 140/87, BFHE 158, 361 = BStBl. II 1990, S. 368 unter 2. a)).

**69** b) Die Werte des entnommenen Grundstücks (316.000 €) und des Gebäudes (804.000 €) sind zwischen den Beteiligten unstreitig. Der Senat kann es dahinstehen lassen, ob das FA und das FG den Entnahmegewinn zu Recht als steuerbegünstigten Aufgabegewinn behandelt und die Tarifvergünstigung des § 34 Abs. 3 EStG gewährt haben. Ihm ist eine Verböserung der Steuerfestsetzung versagt.

**70** Aus den gleichen Gründen kann dahinstehen, ob das FA bei der Ermittlung der Einkünfte der M aus Vermietung und Verpachtung die AfA rechtsfehlerfrei ermittelt hat, da eine Änderung insoweit für M auch nur nachteilig wäre.

**71** II. Der vom Revisionskläger gestellte Hilfsantrag, den der erkennende Senat als Dürftigkeitseinrede nach § 1990 BGB versteht, hat ebenfalls keinen Erfolg.

**72** Die Beschränkung der Erbenhaftung ist vom Erben nicht im Steuerfestsetzungsverfahren oder gegen das Leistungsgebot, sondern gemäß § 265 AO i. V. m. § 781 ZPO allein im Zwangsvollstreckungsverfahren einredeweise geltend zu machen (st. Rspr. des BFH, vgl. z. B. Entscheidungen vom 24.6.1981, I B 18/81, BFHE 133, 494 = BStBl. II 1981, S. 729 und vom 17.1.2008, VI R 45/04, BFHE 220, 204 = BStBl. II 2008, S. 418 unter II. 2. b); siehe auch Klein/Werth, AO, 13. Aufl., § 265 Rdnr. 13 m. w. N.).

(...)

## 26. Besteuerung eines durch Erbanfall erworbenen Pflichtteilsanspruchs

BFH, Urteil vom 7.12.2016, II R 21/14 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 3.4.2013, 4 K 1973/10)

*ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, § 10 Abs. 3  
BGB § 1371 Abs. 3, §§ 1922, 1937, 1942, 2147 ff.,  
2180 Abs. 1, §§ 2303, 2317*

### LEITSATZ:

**Ein vom Erblasser nicht geltend gemachter Pflichtteilsanspruch gehört zum Nachlass und unterliegt beim Erben der Besteuerung aufgrund Erbanfalls. Auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Erben kommt es nicht an.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist Alleinerbe nach seinem im September 2008 verstorbenen Vater (Erblasser, E). E hatte mit seiner im April 2008 vorverstorbenen Ehefrau (EF) im gesetzlichen

Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt und sein Erbe nach dem Tod der EF ausgeschlagen.

**2** Am 16.1.2009 machte der Kläger den infolge der Erbausschlagung entstandenen Pflichtteilsanspruch des E am Nachlass der EF in Höhe von 400.000 € geltend.

**3** Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte gegen den Kläger, ausgehend von einem steuerpflichtigen Erwerb von 2.601.072,05 €, Erbschaftsteuer in Höhe von 455.240 € auf den Todeszeitpunkt fest. Auf den hiergegen erhobenen Einspruch erhöhte das FA nach einem entsprechenden Verböserungshinweis die Erbschaftsteuer auf 531.373 €. Dabei rechnete es unter anderem den vom Kläger geltend gemachten Pflichtteilsanspruch in Höhe von 400.000 € dem erbschaftsteuerrechtlichen Erwerb hinzu. Dies begründete das FA damit, dass die Erbschaftsteuer für den durch den Kläger als Gesamtrechtsnachfolger des E geltend gemachten Pflichtteil gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG erst mit der Geltendmachung am 16.1.2009 entstanden sei. Im vorliegenden Fall gehe es jedoch nicht um die Besteuerung des Pflichtteils des E nach der EF, sondern um den Nachlass des E, der auf den Kläger übergegangen sei.

**4** Das FG wies die Klage mit der Begründung ab, der Pflichtteilsanspruch des E sei Bestandteil des auf den Kläger übergegangenen Nachlasses. Der Kläger unterliege der Erbschaftsteuer allein wegen des Erwerbs durch Erbanfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG). Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs sei zwar Voraussetzung für die Besteuerung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG, nicht aber für die Berechnung der Bereicherung im Falle eines Erwerbs von Todes wegen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG. Die Entscheidung ist in EFG 2013, 1154 veröffentlicht.

**5** Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung von § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Diese Norm sei nach Sinn und Zweck so auszulegen, dass ein Pflichtteil immer erst mit seiner Geltendmachung der Besteuerung unterliege. Der Erwerb des Pflichtteilsanspruchs durch ihn – den Kläger – nach § 1922 BGB habe nicht bereits mit dem Tode des E der Erbschaftsteuer unterlegen, sondern erst bei Geltendmachung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG. Eine zweimalige Besteuerung eines Anspruchs komme nicht in Betracht. Der angefochtene Erbschaftsteueränderungsbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung sei nichtig, weil er die Steuer nicht auf die unterschiedlichen Steuerentstehungszeitpunkte für den Erwerb aufgrund des Erbanfalls und den Erwerb des geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs aufgliedere.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**8** II. Die Revision ist unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht entschieden, dass ein vom Erblasser nicht geltend gemachter Pflichtteilsanspruch beim Erben der Besteuerung aufgrund Erbanfalls nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG unterliegt. Auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Erben kommt es nicht an.

**9** 1. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer. Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB), durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB) oder aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs (§§ 2303 ff. BGB). Erbanfall ist der Übergang der Erbschaft auf den oder die Erben (§ 1942 BGB). Nach § 1922 i. V. m. § 1942 BGB geht das vererbte Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge als Ganzes auf den oder die Erben über, d. h. der Erbe oder die Erben (Erbengemeinschaft) treten umfassend in die Rechtsposition des Erblassers ein (Fischer/Pahlke/Wachter/Fischer, ErbStG, 5. Aufl., § 3 Rdnr. 100).

**10** a) Maßgebend für die Bestimmung, welche Vermögensgegenstände am Stichtag dem Vermögen des Erblassers zuzuordnen sind und als Nachlassvermögen auf den oder die Erben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen, ist allein das Zivilrecht. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ist insoweit ausgeschlossen. Dies folgt bereits aus der ausdrücklichen Verweisung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG auf § 1922 BGB (BFH, Urteil vom 15.10.1997, II R 68/95, BFHE 183, 248 = BStBl. II 1997, S. 820; Urteil vom 23.1.1991, II B 46/90, BFHE 163, 233 = BStBl. II 1991, S. 310 = DStR 1991, 465; *Meincke*, ErbStG, 16. Aufl., § 10 Rdnr. 14a; *Moench/Weinmann/Weinmann*, ErbStG, § 10 Rdnr. 8a; *Tiedtke/Szczesny*, ErbStG, § 10 Rdnr. 10; *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 16; *Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/Schuck*, ErbStG/BewG, 4. Aufl., § 10 ErbStG Rdnr. 5; *Wilms/Jochum/Jochum*, ErbStG, § 10 Rdnr. 33; *Götz/Meßbacher-Hönsch/Jochum*, eKomm, Stand: 10.11.2016, § 10 ErbStG Rdnr. 33; R E 12.2 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2011).

**11** b) Auch ein vom Erblasser nicht geltend gemachter Pflichtteilsanspruch gehört zum Nachlass.

**12** aa) Nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Abkömmling des Erblassers, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, vom Erben den Pflichtteil verlangen. Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind (§ 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB). Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB).

**13** bb) Der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft ausschlägt, kann neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde (§ 1371 Abs. 3 Hs. 1 BGB). Dem die Erbschaft ausschlagenden Ehegatten bleibt somit im Falle des gesetzlichen Güterstands das Pflichtteilsrecht erhalten. Durch diese Regelung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der überlebende Ehegatte ein schutzwürdiges Interesse an der Ausschlagung haben kann. Er soll in seiner Entschließung, ob er die Erbschaft mit erhöhtem gesetzlichen Erbteil oder den Ausgleich des Zugewinns zusammen mit dem Pflichtteil wählen will, frei sein (Palandt/*Brudermüller*, 76. Aufl., § 1371 Rdnr. 19).

**14** cc) Der Pflichtteilsanspruch ist ein Geldanspruch (BGH, Urteil vom 1.10.1958, V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; Palandt/*Weidlich*, § 2303 Rdnr. 7), der nach § 2317 Abs. 1 BGB bereits mit dem Erbfall als Vollrecht entsteht und von da an zivilrechtlich zum Vermögen des Pflichtteilsberechtigten gehört (BGH, Urteil vom 8.7.1993, IX ZR 116/92, BGHZ 123, 183 = BeckRS 9998, 95953), und zwar unabhängig davon, ob er gegen den oder die Erben geltend gemacht wird (Wilms/Jochum/*Hülsmann*, ErbStG, § 3 Rdnr. 147). Der Pflichtteilsanspruch ist zwar nur unter den Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO, d. h. bei vertraglicher Anerkennung oder Rechtshängigkeit pfändbar, sodass ein Pfändungsgläubiger dem Pflichtteilsberechtigten die Geltendmachung des Anspruchs nicht aufzwingen kann (BGH, Urteil vom 6.5.1997, IX ZR 147/96, NJW 1997, 2384). Der bereits mit dem Erbfall zivilrechtlich entstandene Pflichtteilsanspruch ist jedoch nach § 2317 Abs. 2 BGB vererblich und übertragbar und gehört

somit beim Ableben des Pflichtteilsberechtigten zu dessen Nachlass. Der Erbe des Pflichtteilsberechtigten kann den durch Erbanfall erworbenen Pflichtteilsanspruch geltend machen, selbst wenn der verstorbene Pflichtteilsberechtigte dies persönlich zu Lebzeiten unterlassen hatte (so auch Kapp/Ebeling/Geck, ErbStG, § 3 Rdnr. 211.1; Wilms/Jochum/Hülsmann, ErbStG, § 3 Rdnr. 154).

**15 c)** Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ist bei einem ererbten (derivativen) Pflichtteilsanspruch für die Besteuerung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG – anders als beim originären Pflichtteilsanspruch des Pflichtteilsberechtigten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG – nicht erforderlich.

**16 aa)** Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG gilt ein Pflichtteilsanspruch erst dann als Erwerb von Todes wegen, wenn er (vom Pflichtteilsberechtigten) geltend gemacht wird. Dem bloßen zivilrechtlichen Entstehen des Anspruchs auf einen Pflichtteil mit dem Erbanfall (§ 2317 Abs. 1 BGB) kommt erbschaftsteuerrechtlich im Rahmen der Besteuerung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG noch keine Bedeutung zu.

**17** Damit weicht das Erbschaftsteuerrecht vom Zivilrecht (Anfallprinzip) ab. Dieses zeitliche Hinausschieben der erbschaftsteuerrechtlichen Folgen eines Pflichtteilsanspruchs ist im Interesse des Berechtigten geschehen und soll ausschließen, dass bei ihm auch dann Erbschaftsteuer anfällt, wenn er seinen Anspruch zunächst oder dauerhaft nicht erhebt (BFH, Urteil vom 19.2.2013, II R 47/11, BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 11 m. w. N.). Damit wird die Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten respektiert und zugleich der Tatsache Rechnung getragen, dass der Pflichtteil nicht – anders als die Erbschaft (§ 1942 Abs. 1 BGB) oder ein Vermächtnis (§ 2180 Abs. 1 BGB) – ausgeschlagen, der Rechtsanfall also nicht rückwirkend beseitigt werden kann (Moench/Weinmann/Weinmann, ErbStG, § 3 Rdnr. 118; Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 3 Rdnr. 224; Wilms/Jochum/Hülsmann, ErbStG, § 3 Rdnr. 159). Die „Geltendmachung“ des Pflichtteilsanspruchs besteht im ernstlichen Verlangen auf Erfüllung des Anspruchs gegenüber dem Erben. Ist dies geschehen, entsteht die Erbschaftsteuer für den Erwerb des Pflichtteilsanspruchs (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG) nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung (BFH-Urteil in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 12).

**18 bb)** Diese erbschaftsteuerrechtliche Besonderheit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG, wonach der Erwerb des Pflichtteilsanspruchs nur bei dessen Geltendmachung durch den Pflichtteilsberechtigten der Erbschaftsteuer unterliegt, gilt nicht für den Erwerb eines Pflichtteilsanspruchs durch Erbanfall (derivativer Erwerb). Für diesen Erwerb entsteht die Steuer nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bereits mit dem Tode des Pflichtteilsberechtigten, ohne dass es auf die Geltendmachung des Anspruchs durch dessen Erben ankommt.

**19 (1)** Der Wortlaut des Gesetzes fordert lediglich für die Alt. 3 des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG eine „Geltendmachung“ des Pflichtteilsanspruchs.

**20 (2)** Dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist ein über den Wortlaut der Norm hinausgehendes Erfordernis der „Geltendmachung“ nicht zu entnehmen. Rechtfertigung für das zeit-

liche Hinausschieben der Besteuerung eines originär erworbenen Pflichtteilsanspruchs ist unter anderem die Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten. Wegen der aufgrund der Anspruchsvoraussetzungen in § 2303 BGB notwendigen familiären Verbundenheit zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem soll letzterem die Entscheidung darüber vorbehalten sein, ob er den originär erworbenen Pflichtteilsanspruch gegen den oder die Erben durchsetzen will. Verstirbt jedoch der Pflichtteilsberechtigte, ohne dass er zu Lebzeiten seinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht hat, besteht das den Pflichtteilsanspruch begründende persönliche Näheverhältnis nicht mehr. Unerheblich ist, ob der Erbe des Pflichtteilsberechtigten zum Verpflichteten ebenfalls in einem vergleichbaren Näheverhältnis steht.

**21 (3)** Der Umstand, dass ein Pflichtteilsanspruch – anders als eine Erbschaft oder ein Vermächtnis – nicht ausgeschlagen werden kann, steht dieser Gesetzesauslegung nicht entgegen. Der ererbte (derivative) Pflichtteilsanspruch ist Teil des Nachlasses, der auf den Erben nach § 1922 BGB übergeht. Dem Erben steht es frei, die Erbschaft nach § 1942 Abs. 1 BGB auszuschlagen und damit den Rechtsanfall – einschließlich des erworbenen Pflichtteilsanspruchs – insgesamt rückwirkend zu beseitigen.

**22 (4)** Im Rahmen dieser Gesetzesauslegung besteht nicht die Gefahr einer doppelten Besteuerung „eines“ Pflichtteilsanspruchs. Der originär nach den §§ 2303 ff. BGB in der Person des Pflichtteilsberechtigten entstandene und von diesem geltend gemachte Pflichtteilsanspruch wird nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG besteuert, während sich die Besteuerung eines nach den §§ 1922, 2303 ff. BGB ererbten (derivativen), durch den verstorbenen Pflichtteilsberechtigten nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs beim Erben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG richtet. Macht der Erbe des Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteilsanspruch später geltend, so entsteht dafür keine Erbschaftsteuer. Es kommt somit nicht zu einer doppelten Besteuerung des Erwerbs des Pflichtteilsanspruchs. Die Geltendmachung führt lediglich dazu, dass der Verpflichtete den Pflichtteil gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abziehen kann.

**23 d)** Aus der Entscheidung des BFH in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 folgt keine andere Beurteilung. Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt betraf den Fall, dass der Pflichtteilsberechtigte der Alleinerbe des Pflichtteilsverpflichteten ist. Der BFH hat hierzu entschieden, dass trotz des zivilrechtlichen Erlöschens des Pflichtteilsanspruchs infolge der Konfusion erbschaftsteuerrechtlich das Recht des Pflichtteilsberechtigten zur Geltendmachung des Pflichtteils als Folge der Regelung in § 10 Abs. 3 ErbStG bestehen bleibt. Dieser Entscheidung ist nicht zu entnehmen, dass auch der ererbte Pflichtteilsanspruch unter § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG fällt.

**24 2.** Nach diesen Grundsätzen ist das FG im Streitfall zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, dass der ererbte Pflichtteilsanspruch i. H. v. 400.000 € der Besteuerung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG unterliegt und daher dem Erwerb des Klägers hinzuzurechnen ist.

**25 3.** Der vom FA erlassene Erbschaftsteueränderungsbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung ist nicht man-

gels hinreichender Bestimmtheit nichtig im Sinne des § 125 Abs. 1 AO.

**26 a)** Schriftliche Steuerbescheide müssen inhaltlich hinreichend bestimmt sein (§ 119 Abs. 1 AO) und die festgesetzte Steuer nach Art und Betrag bezeichnen (§ 157 Abs. 1 Satz 2 AO). Werden mehrere Erwerbe (Steuerfälle) in einem Bescheid besteuert, bedarf es neben der genauen Angabe, welche Lebenssachverhalte (Besteuerungstatbestände, Besteuerungszeiträume) besteuert werden sollen, für jeden Steuerfall einer gesonderten Festsetzung der Steuer. Es ist unzulässig, bei mehreren Lebenssachverhalten die verschiedenen Steuerschulden desselben Steuerschuldners in einem Betrag ohne Aufgliederung zusammenzufassen (BFH, Urteil vom 20.11.2013, II R 64/11, BFH/NV 2014, 716 = BeckRS 2014, 94645 Rdnr. 28-30 jeweils m. w. N.). Bei der Auslegung des Bescheids ist nicht allein auf dessen Tenor abzustellen, sondern auch auf den materiellen Regelungsgehalt einschließlich der für den Bescheid gegebenen Begründung (BFH, Urteil vom 22.8.2007, II R 44/05, BFHE 218, 494 = BStBl. II 2009, S. 754 = DStRE 2007, 1577 Rdnr. 15 f.).

**27 b)** Sowohl aus dem Tenor der Einspruchsentscheidung als auch aus ihrer Begründung ergibt sich, dass das FA von nur einem Steuerfall (Erwerb durch Erbanfall nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG) mit einem einheitlichen Steuerentstehungszeitpunkt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (Tod des E) ausgegangen ist. Zwar führt das FA in der Einspruchsentscheidung aus, dass die Erbschaftsteuer für einen geltend gemachten Pflichtteil gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG erst mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs entsteht. Es hat aber zugleich deutlich gemacht, dass es im Streitfall hierauf nicht ankommt, da es ausschließlich um die Besteuerung des auf den Kläger übergegangenen Nachlasses des E geht. Dieses Ergebnis ist nach den oben dargelegten Grundsätzen (II. 1.) zutreffend. Eine Aufgliederung der Steuerfestsetzung in mehrere Erwerbe war deshalb nicht geboten.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

Das weder im Ergebnis noch in der Begründung überzeugende Urteil berührt eine grundsätzliche Frage zur Erbschaftbesteuerung von Pflichtteilsansprüchen.

Dem Vater des Klägers stand ein Pflichtteilsanspruch gegen seine Ehefrau, die Mutter des Klägers, zu, den er zu Lebzeiten nicht geltend gemacht hatte. Der Vater verstarb nur fünf Monate nach seiner Frau und wurde vom Kläger alleine erbt, sodass sich die Frage nach der erbschaftsteuerrechtlichen Behandlung dieses vom Vater geerbten, „derivativen“ Pflichtteilsanspruchs stellte.

Bekanntlich entsteht die Erbschaftsteuer beim „originären“ Pflichtteilsanspruch nicht bereits mit dem Tode des Erblassers, sondern nur und erst mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG, also dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Erfüllung des Anspruchs ernsthaft gegen-

über dem Verpflichteten verlangt.<sup>1</sup> Damit korrespondierend kann der Verpflichtete den Pflichtteilsanspruch mit Geltendmachung als Nachlassverbindlichkeit abziehen, 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG.

Den Fall eines „derivativen“ Pflichtteilerwerbs wie im zu entscheidenden Sachverhalt will der BFH jedoch anders behandeln. Die Steuer für diesen Erwerb entstehe nicht erst mit Geltendmachung, sondern bereits mit dem Tode des ursprünglich pflichtteilberechtigten Erblassers. Seine Entscheidung stützt der BFH im Wesentlichen darauf, dass der bei Eintritt des Erbfalls bereits bestehende, nicht mit dem Erbfall entstehende Pflichtteilsanspruch wie jeder andere Vermögenswert im Nachlass gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu behandeln sei. Die auf den ererbten Pflichtteilsanspruch entfallende Erbschaftsteuer entstehe daher bereits mit Eintritt des Erbfalls und unabhängig von der Geltendmachung des Anspruchs durch den Erben des Pflichtteilsberechtigten. Die sich aufdrängende Frage, ob das die Besteuerung zunächst einschränkende Tatbestandsmerkmal der Geltendmachung aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG nicht auch auf diese Sachverhaltskonstellation zu übertragen sei, verneint der BFH. Genau hier bietet sich aber eine andere Sichtweise an.

Grund für die Einführung des Tatbestandsmerkmals der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs als Voraussetzung für dessen Besteuerung durch das Erbschaftsteuergesetz 1919<sup>2</sup> (anders als noch das Reicherbschaftsteuergesetz vom 3.6.1906<sup>3</sup>) war zunächst die von jeher fehlende zivilrechtliche Möglichkeit, den mit Eintritt des Erbfalls entstandenen Pflichtteilsanspruch – anders als den Anfall einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, §§ 1953, 2180 BGB – einseitig zurückzuweisen;<sup>4</sup> ein einmal entstandener Pflichtteilsanspruch kann zivilrechtlich nur durch Erlassvertrag mit dem Verpflichteten beseitigt werden, § 397 BGB.<sup>5</sup> Diese zivilrechtliche Ausgangslage würde dazu führen (und hat unter dem Regime des Reicherbschaftsteuergesetzes 1906 bis 1919 dazu geführt), dass der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch auch dann zu versteuern hat, wenn er ihn, dem regelmäßig bestehenden Näheverhältnis zum Erben geschuldet, gar nicht geltend machen will. Ebendies wollte der Gesetzgeber nach negativen Erfahrungen in der Praxis aber vermeiden und stattdessen die Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten respektieren. Der Pflichtteilsanspruch soll nicht nur deshalb geltend gemacht werden müssen, weil er so oder so zu versteuern ist. Zur Erhaltung der Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten stellt das ErbStG konsequenterweise klar, dass der Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 11 ErbStG steuerbefreit ist. Eine weise Entscheidung des Gesetzgebers, die vermutlich die Zustimmung eines jeden notariell oder anwaltlich im Erbrecht Beratenden

1 Statt aller Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, Stand: November 2016, § 3 Rdnr. 224.

2 RGBl. 1919, S. 1543.

3 RGBl. 1906, S. 654.

4 Vgl. im Einzelnen Seer/Krumm, ZEV 2010, 57, 59 f.

5 MünchKomm-BGB/Lange, 7. Aufl. 2017, § 2317 Rdnr. 8.

finden dürfte. Pflichtteilsansprüche entstehen nun einmal regelmäßig im Rahmen einer familiären Verbundenheit, sie entstehen regelmäßig gegen den Willen des Erblassers und sind daher praktisch immer konfliktbeladen.

Warum das Erfordernis der Geltendmachung aus denselben Gründen nicht auch für den „derivativen“ Pflichtteilsanspruch gelten soll, begründet der BFH nur spärlich, eigentlich gar nicht. Das Näheverhältnis des Pflichtteilsberechtigten zum ursprünglichen Erblasser „besteh(e) nicht mehr“ und ein etwaiges Näheverhältnis des Erben des Pflichtteilsberechtigten zum Verpflichteten sei – warum auch immer – „unerheblich“<sup>6</sup>.

Was aber geschieht, wenn der Inhaber des „derivativen“ Pflichtteilsanspruchs diesen nicht geltend macht, also der Verpflichtete nicht bezahlen muss? Ist das Ausbleiben der Geltendmachung ebenfalls „unerheblich“, sodass dem Verpflichteten gleichwohl der Abzug gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG zugutekommt? Nein, so der BFH, erst die Geltendmachung des „derivativ“ erworbenen Pflichtteilsanspruchs führe zur Abzugsfähigkeit desselben aufseiten des Verpflichteten.<sup>7</sup> Immerhin soll die Geltendmachung nicht zu einer erneuten, doppelten Besteuerung beim Verpflichteten führen.

All dies überzeugt nicht. Wer B sagt, sollte gewissermaßen auch A sagen und die Geltendmachung konsequent als Voraussetzung für die Besteuerung eines Pflichtteilsanspruchs – sei er nun „originär“ oder „derivativ“ erworben – behandeln, so wie es der Systematik des ErbStG, vor allem aber dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Ausgestaltung des Besteuerungskonzepts für Pflichtteilsansprüche entspricht. Dies kann nur bedeuten, dass Voraussetzung für die Erbschaftsteuerentstehung auch beim „derivativen“ Pflichtteilsanspruch dessen Geltendmachung durch den Anspruchsberechtigten ist.

6 Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung.

7 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

## 27. Verhältnis der verdeckten Einlage eines Gesellschafters zur Schenkungsteuer

BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 40/14 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 14.5.2014, 9 K 879/12)

*ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 7 Satz 1 ErbStG § 17 Abs. 1 Sätze 1, 2 und Abs. 2 Satz 2*

### LEITSATZ:

**Veräußert ein Gesellschafter einer GmbH, deren einziger weiterer Gesellschafter sein Ehegatte ist, seinen Geschäftsanteil, mit dem er die in § 17 Abs. 1 Satz 1 ErbStG vorgeschriebene Mindestbeteiligung erreicht, mit Zustimmung des Ehegatten zu einem deutlich unter dem**

**gemeinen Wert liegenden Kaufpreis an die GmbH und handelt es sich dabei um eine verdeckte Einlage des Anteils in das Vermögen der GmbH, liegt weder eine freigebige Zuwendung des Veräußerers an die GmbH noch ein Fall des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG vor.**

### SACHVERHALT:

**1** Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH, wurde im Jahr 1999 von den Eheleuten C und A mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet. Die Abtretung, Belastung und Verpfändung eines Geschäftsanteils bedarf nach § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Gesellschaft und der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von 80 % der Stimmen.

**2** Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 29.3.2004 übertrug A ihren Geschäftsanteil an der GmbH im Nennwert von 12.000 € für einen Kaufpreis von 100.000 € auf die Klägerin. Dieser Preis lag erheblich unter dem gemeinen Wert des Geschäftsanteils. C war zu diesem Zeitpunkt der einzige weitere Gesellschafter der Klägerin. Diese wies den von A erworbenen Anteil in ihrem Jahresabschluss zum 31.12.2004 als Umlaufvermögen aus und bildete gemäß § 272 Abs. 4 HGB in der im Jahr 2004 geltenden Fassung (HGB a. F.) eine Kapitalrücklage in Höhe des Kaufpreises von 100.000 €.

**3** Nachdem der Beklagte und Revisionskläger (das FA) von einem anderen FA über diesen Sachverhalt unterrichtet worden war, forderte er die Klägerin im August 2008 zur Abgabe einer Schenkungsteuererklärung auf. Dieser Aufforderung kam die Klägerin nicht nach. Einen zunächst gegenüber C erlassenen Schenkungsteuerbescheid hob das FA wieder auf. Zugleich setzte es gegen die Klägerin durch Bescheid vom 23.9.2010 Schenkungsteuer fest.

**4** Mit Teileinspruchsentscheidung vom 15.2.2012 setzte das FA die Schenkungsteuer auf der Grundlage eines Werts des steuerpflichtigen Erwerbs von 579.000 € auf 198.730 € herab. Im Übrigen wies es den Einspruch als unbegründet zurück, soweit über ihn entschieden wurde. Nicht entschieden wurde über die der Steuerberechnung zugrunde zu legende Entgeltlichkeitsquote, soweit diese vom Verkehrswert des übertragenen Geschäftsteils abhängig ist.

**5** Das für die Besteuerung des C zuständige FA K ist der Ansicht, die unter dem gemeinen Wert erfolgte Übertragung des Geschäftsanteils der A auf die Klägerin stelle eine verdeckte Einlage des Anteils in die Klägerin i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 2 ErbStG dar, die bei C zu einem Veräußerungsgewinn geführt habe. Die Übertragung habe auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht. Das FG hat über die Klage gegen die entsprechende Festsetzung von Einkommensteuer noch nicht entschieden.

**6** Das FG gab der Klage gegen den Schenkungsteuerbescheid mit der Begründung statt, die Übertragung des Geschäftsanteils auf die Klägerin sei nicht freigebig erfolgt. Sie habe vielmehr dem Zweck der Gesellschaft und somit einem Gemeinschaftszweck gedient. Dem stehe das Ausscheiden der A aus der Klägerin nicht entgegen. Auch der Tatbestand des § 7 Abs. 7 ErbStG sei nicht erfüllt. Die Vorschrift sei nicht anwendbar, wenn ein Gesellschafter freiwillig aufgrund einer individuellen Übertragungsvereinbarung aus der Gesellschaft ausscheide. Das Urteil ist in EFG 2014, 1493 veröffentlicht.

**7** Mit der Revision rügt das FA die Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 7 ErbStG. Die Veräußerung des Geschäftsanteils der A an die Klägerin zu einem unter dem gemeinen Wert liegenden Kaufpreis stelle eine gemischte Schenkung an diese dar. Sie sei nicht durch das Gesellschaftsverhältnis der A zur Klägerin veranlasst gewesen, da sie nicht mehr zu einer künftigen höheren Erfolgsteilhabe der A habe führen können.

(...)

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**10** II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2, 4 FGO). Das FG hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Übertragung des Geschäftsanteils der A auf die Klägerin nicht der Schenkungsteuer unterliegt.

**11** 1. Das Nichtvorliegen einer freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG kann entgegen der Ansicht des FG nicht damit begründet werden, dass die unter dem gemeinen Wert erfolgte Veräußerung des Anteils der A an der Klägerin an diese einem Gemeinschaftszweck gedient habe.

**12** a) Eine Zuwendung, die in rechtlichem Zusammenhang mit einem Gemeinschaftszweck steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH nicht als unentgeltlich anzusehen. Als Gemeinschaftszweck ist insbesondere auch der gesellschaftsvertraglich bestimmte Zweck einer Kapitalgesellschaft zu verstehen, zu dessen Erreichung sich die Gesellschafter zusammengeschlossen haben. Übertragen die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses Vermögen auf die Kapitalgesellschaft, dient dies dem Gemeinschaftszweck. Eine solche Vermögensübertragung ist daher als gesellschaftsrechtlicher Vorgang und nicht als freigebige Zuwendung an die Gesellschaft zu beurteilen. Es handelt sich um eine Förderung des Gemeinschaftszwecks, die der Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung entgegensteht (BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05, BFHE 218, 429 = BStBl. II 2008, S. 381 unter II. 1. m. w. N.).

**13** b) Diese Grundsätze sind nur anwendbar, wenn dem Gesellschafter die mit der Vermögensübertragung erstrebte Förderung des Gemeinschaftszwecks zugutekommen kann. Das trifft nicht zu, wenn er wie im Streitfall gleichzeitig mit der Vermögensübertragung aus der Gesellschaft ausscheidet. In einem solchen Fall handelt es sich ebenso um die Förderung eines fremden Gemeinschaftszwecks wie wenn ein Nichtgesellschafter Vermögen auf eine Kapitalgesellschaft überträgt. Die Förderung eines fremden Gemeinschaftszwecks schließt die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht aus.

**14** c) Da A aufgrund des Verkaufs des Geschäftsanteils an die Klägerin aus dieser ausgeschieden ist, ist somit die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht unter dem Gesichtspunkt ausgeschlossen, dass A mit der Übertragung als Gesellschafterin den Gemeinschaftszweck der Klägerin gefördert habe.

**15** 2. Dem Vorliegen einer gemischten freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steht indes entgegen, dass es sich bei der erheblich unter dem gemeinen Wert erfolgten Veräußerung des Geschäftsanteils der A an die Klägerin um eine verdeckte Einlage des Anteils in diese i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG handelt. Ein Erwerb einer Kapitalgesellschaft durch verdeckte Einlage kann nicht zugleich als Erwerb durch freigebige Zuwendung gewertet werden.

**16** a) Die verdeckte Einlage von im Privatvermögen gehaltenen Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft steht nach § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG der Veräußerung der Anteile i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gleich. Dabei tritt an die Stelle des Veräußerungspreises nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EStG der gemeine Wert der Anteile. Diese Vorschriften wurden

durch Art. 1 Nr. 17 des Steueränderungsgesetzes 1992 vom 25.2.1992 (BGBl. 1992 I, S. 297) in das EStG eingefügt. Der Gesetzgeber wollte damit nach der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 12/1108, S. 59) die bis dahin bestehende Rechtslage ändern, nach der die verdeckte Einlage einer wesentlichen Beteiligung kein entgeltlicher Vorgang und damit keine Veräußerung i. S. d. § 17 EStG war (BFH, Urteile vom 27.7.1988, I R 147/83, BFHE 155, 52 = BStBl. II 1989, S. 271, und vom 18.12.2001, VIII R 10/01, BFHE 197, 491, BStBl. II 2002, S. 463 unter II. 1. a); BFH, Beschluss vom 20.5.1997, VIII B 108/96, BFHE 183, S. 174 unter II. 2. b)).

**17** b) Eine verdeckte Einlage ist – im Gegensatz zur offenen Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten – die Zuwendung eines einlagefähigen Vermögensvorteils seitens eines Anteilseigners oder einer ihm nahe stehenden Person an seine Kapitalgesellschaft ohne wertadäquate Gegenleistung, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat (BFH, Urteil vom 9.11.2010, IX R 24/09, BFHE 231, 557 = BStBl. II 2011, S. 799 Rdnr. 27 m. w. N.). Die Einlage hat ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis, wenn ein Nichtgesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns den Vermögensvorteil der Gesellschaft nicht eingeräumt hätte (BFH, Urteil vom 14.7.2009, IX R 6/09, BFH/NV 2010, 397 Rdnr. 15 m. w. N.). Bleibt ein vereinbarter Kaufpreis hinter dem Wert eines eingelegten Anteils an einer Kapitalgesellschaft zurück, liegt eine gemischte verdeckte Einlage vor (BFH, Urteil vom 29.5.2008, IX R 77/06, BFHE 221, 231 = BStBl. II 2008, S. 789 unter II. 3.).

**18** c) Die Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft auf diese konnte jedenfalls nach der im Jahr 2004 geltenden Rechtslage im Wege einer verdeckten Einlage i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG erfolgen (Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 34. Aufl., § 17 Rdnr. 110). Die Geschäftsanteile an einer GmbH gehen nicht unter, wenn sie die GmbH nach § 33 GmbHG erwirbt, sofern der Erwerb nicht zur Einziehung (§ 34 GmbHG) erfolgt. Der von der GmbH dinglich wirksam erworbene Anteil bleibt vielmehr als selbstständiges Recht erhalten, dem ein durch Veräußerung realisierbarer Vermögenswert zukommen kann (BFH, Urteil vom 6.12.1995, I R 51/95, BFHE 179, 326 = BStBl. II 1998, S. 781 unter II. 1. a); MünchKomm-GmbHG/Löwisch, 2. Aufl., § 33 Rdnr. 66 m. w. N.). Die eigenen Anteile waren nach der Rechtslage im Jahr 2004 Wirtschaftsgüter im bilanzsteuerrechtlichen Sinn (BFH, Urteil in BFHE 179, 326 = BStBl. II 1998, S. 781 unter II. 1. a)). Sie waren gemäß § 265 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 266 Abs. 2 B III. 2. HGB a. F. in der dem Anteilserwerb folgenden Bilanz als Umlaufvermögen zu aktivieren (MünchKomm-GmbHG/Löwisch, § 33 Rdnr. 78 m. w. N.). Auf der Passivseite war nach § 266 Abs. 3 A III. 2. HGB a. F. die in § 272 Abs. 4 Satz 1 HGB a. F. vorgeschriebene Rücklage zu bilden. Diese handelsrechtlichen Vorschriften waren nach § 8 Abs. 1 KStG i. V. m. § 5 Abs. 1 EStG auch für die Steuerbilanz maßgebend. Dass die durch den Beteiligungsbesitz begründeten Rechte bei eigenen Anteilen ruhen (MünchKomm-GmbHG/Löwisch, § 33 Rdnr. 72 m. w. N.), stand dem nicht entgegen (BFH-Urteil in BFHE 179, 326 = BStBl. II 1998, S. 781 unter II. 1. a)).

**19** Das Ruhen der durch den Beteiligungsbesitz begründeten Rechte spielt auch im Hinblick auf die Frage, ob die Gegenleis-

tung wertadäquat ist, keine Rolle. Ob die Gegenleistung wertadäquat ist, richtet sich vielmehr nach dem Preis, der bei einer Veräußerung der Anteile im gewöhnlichen Geschäftsverkehr (§ 9 Abs. 2 BewG) erzielbar gewesen wäre.

**20** Ob die Annahme einer verdeckten Einlage nunmehr aufgrund des Bilanzierungsverbots für eigene Anteile, das der durch Art. 1 Nr. 23 Buchst. b des BilMoG vom 25.5.2009 (BGBl. 2009 I, S. 1102) eingefügte § 272 Abs. 1a HGB vorsieht (MünchKomm-GmbHG/Löwisch, § 33 Rdnr. 79 f.; Schreiben des BMF vom 27.11.2013, BStBl. I 2013, S. 1615 Rdnr. 2 Satz 2), ausgeschlossen ist (so *Briese*, GmbHR 2016, 49, 55, a. A. *Schmidtmann*, Die Unternehmensbesteuerung 2014, 326, 332), kann im Streitfall auf sich beruhen.

**21 d)** Hat eine GmbH einen eigenen Anteil durch eine (gemischte) verdeckte Einlage erhalten, schließt dies nach den für das Verhältnis der Einkommensteuer zur Schenkungsteuer geltenden Grundsätzen (BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 44/13, BFHE 246, 523 = BStBl. II 2015, S. 249; BFH, Beschlüsse vom 12.9.2011, VIII B 70/09, BFH/NV 2012, 229, und vom 2.9.2015, II B 146/14, BFH/NV 2015, 1586 Rdnr. 6 ff. m. w. N.) die Annahme aus, sie habe den Anteil auch durch eine (gemischte) freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erworben (Herrmann/Heuer/Raupach/Eilers/R. *Schmidt*, EStG und KStG, § 17 EStG Rdnr. 140).

**22 e)** Die Finanzverwaltung ist ebenfalls der Auffassung, dass keine gemischte freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an eine GmbH gegeben ist, wenn einer ihrer Gesellschafter seinen Geschäftsanteil zu einem unter dem gemeinen Wert liegenden Preis an die GmbH veräußert. Sie hält vielmehr in einem solchen Fall im Verhältnis zur GmbH § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG für anwendbar (H 18 Nr. 7 ErbStH 2003, Beispiel; Abschn. 2.4.1 der gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012, BStBl. I 2012, S. 331; vgl. dazu unten 3. a).

**23 f)** Eine gemischte freigebige Zuwendung der A an die Klägerin ist somit nicht gegeben. Die Klägerin hat den Geschäftsanteil der A durch eine gemischte verdeckte Einlage i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG des C und nicht durch eine gemischte freigebige Zuwendung der A erworben. A hatte ihren Geschäftsanteil an der Klägerin im Privatvermögen gehalten und die in § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG vorgeschriebene Mindestbeteiligung erreicht. Sie hat für den Geschäftsanteil von der Klägerin keine wertadäquate Gegenleistung erhalten. Bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte sie von der Klägerin den Kaufpreis gefordert, den sie bei einer Veräußerung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr hätte erzielen können. Als Ehefrau stand A dem Gesellschafter C nahe. Aufgrund der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Verfügungsbeschränkungen muss C zudem der Veräußerung des Geschäftsanteils der A an die Klägerin zugestimmt haben. Dies rechtfertigt es, dem C die verdeckte Einlage zuzurechnen.

**24 3.** Die Festsetzung der Schenkungsteuer kann auch nicht auf § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG gestützt werden.

**25 a)** Nach dieser Vorschrift gilt als Schenkung auch der auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhende Übergang des Anteils oder des Teils eines Anteils eines Gesellschafters

einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft, soweit der Wert, der sich für seinen Anteil zur Zeit seines Ausscheidens nach § 12 ErbStG ergibt, den Abfindungsanspruch übersteigt.

**26 b)** § 7 Abs. 7 ErbStG war in seiner früheren Fassung, nach der als Schenkung unter anderem der auf einem Gesellschaftsvertrag beruhende Übergang des Anteils oder des Teils eines Anteils eines Gesellschafters bei dessen Ausscheiden auf die anderen Gesellschafter galt, soweit der Wert, der sich für seinen Anteil zur Zeit seines Ausscheidens nach § 12 ErbStG ergab, den Abfindungsanspruch überstieg, nach der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 1.7.1992, II R 70/88, BFHE 168, 380 = BStBl. II 1992, S. 921) auf die Veräußerung eines Gesellschaftersanteils unter Lebenden, also einen derivativen Erwerb nicht anwendbar. Dies galt nach dieser Entscheidung auch, wenn die rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung der Zustimmung der Mitgesellschafter bedurfte.

**27 c)** An dieser Beurteilung hat sich durch die Neufassung des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG durch Art. 10 Nr. 2 Buchst. b StEntlG 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. 1999 I, S. 402) nichts geändert (ebenso *Meincke*, ErbStG, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 146; *Moench/Weinmann/Weinmann*, ErbStG, § 7 Rdnr. 249; *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 7 Rdnr. 404; *Kapp/Ebeling/Geck*, ErbStG, § 7 Rdnr. 193; *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter/Fischer*, ErbStG, 5. Aufl., § 7 Rdnr. 544; *Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz/Schuck*, ErbStG/BewG, 4. Aufl., § 7 ErbStG Rdnr. 248, 250; *Preißer/Rödl/Seltenreich/Seltenreich*, ErbStG, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 709, 717; *Tiedtke/Holthusen/Burgmann*, ErbStG, 2009, § 7 Rdnr. 169). Die Neufassung enthält zwar nicht mehr die Worte „auf einem Gesellschaftsvertrag beruhende“. Sie verwendet aber nach wie vor die Begriffe „Ausscheiden eines Gesellschafters“ und „Abfindungsanspruch“. Diese Begriffe werden üblicherweise nicht für die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Gesellschaftersanteils und einen dafür zu entrichtenden Kaufpreis verwendet.

**28 d)** Aus dem Ziel, das der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG durch Art. 10 Nr. 2 Buchst. b StEntlG 1999/2000/2002 verfolgt hat, lässt sich nichts anderes entnehmen. Nach der Gesetzesbegründung (Dritter Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf eines StEntlG 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/443, S. 41) handelt es sich bei der Neufassung um eine klarstellende Ergänzung der Parallelvorschrift zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, die durch Art. 10 Nr. 1 Buchst. a StEntlG 1999/2000/2002 ebenfalls neu gefasst wurde, für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters noch zu seinen Lebzeiten. Bei der Neufassung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ging es nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 14/443, S. 40 f.) zum einen um eine Anpassung an die geänderten handelsrechtlichen Bestimmungen, nach denen das Ausscheiden eines Gesellschafters einer Personengesellschaft nicht mehr zu deren Auflösung führt, sondern sein Anteil den verbleibenden Gesellschaftern zuwächst, ohne dass es dafür noch einer besonderen Regelung im Gesellschaftsvertrag bedarf. Als Tatbestandsmerkmal wird deshalb nur noch auf das Ausscheiden eines Gesellschafters abgestellt. Zum anderen betrifft die Neufassung verschiedene Punkte, die nur im Erbfall von Bedeutung sind. Dass darüber hinaus auch die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Ge-

sellschaftsanteils in den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG einbezogen werden sollte, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor.

**29 e)** Der Auffassung der Finanzverwaltung, nach der eine gemäß § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG steuerpflichtige Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) an die GmbH vorliegt, wenn ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil zu einem deutlich unter dem gemeinen Wert liegenden Preis an die GmbH veräußert (Abschn. 2.4.1 der Erlasse in BStBl. I 2012, S. 331) und nach den Umständen des Einzelfalls keine freigebige Zuwendung an den/die anderen Gesellschafter gegeben ist (so noch H 18 Nr. 7 ErbStH 2003, Beispiel; in Abschn. 2.4.1 der Erlasse in BStBl. I 2012, S. 331, nicht mehr enthalten), kann demnach nicht gefolgt werden.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Felix Wobst**, Memmingen, und Notar Dipl.-Volksw. Dipl.-Kaufm. Dr. **Josef Zintl**, LL.M., Neuburg a. d. Donau

Der BFH hat auf Grundlage des damals anwendbaren Rechts im Ergebnis richtig entschieden (unten 1.). Mit seiner Begründung wirft er jedoch mehr Fragen auf, als er beantwortet (unten 2.). Nach heute geltendem Recht wäre aber ohnehin anders zu entscheiden (unten 3.).

### 1. Schenkungsteuerfreie Vermögensübertragungen mithilfe einer Gesellschaft

Der Streitfall ist ein schönes Beispiel dafür, wie in der Vergangenheit Vermögen schenkungsteuerfrei unter Zuhilfenahme einer Kapitalgesellschaft übertragen werden konnte: Die Ehefrau, die zusammen mit ihrem Ehemann an einer GmbH beteiligt war, veräußerte ihre Anteile deutlich unter Wert an die GmbH selbst. Wirtschaftlich betrachtet übertrug sie damit den Wert ihrer Anteile ohne Gegenleistung auf ihren Ehemann. Schenkungsteuer fiel dabei nicht an: Die zunächst vom FA gegenüber dem Ehemann festgesetzte Schenkungsteuer wurde schon im Einspruchsverfahren aufgehoben. Der BFH urteilte nun, dass auch die GmbH keine Schenkungsteuer schuldet.

Der dogmatische Ansatzpunkt solcher Steuerspargestaltungen liegt darin, dass das ErbStG nicht jedwede gegenleistungslose Vermögensmehrung der Schenkungsteuer unterwirft, sondern im Grundsatz zivilrechtsakzessorisch nur „Schenkungen unter Lebenden“ erfasst (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Ursprünglich waren damit tatsächlich nur Schenkungen im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB gemeint.<sup>1</sup> Schon seit 1919 spricht das Gesetz zwar weitergehend von „freigebigen Zuwendungen unter Lebenden“ (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG),<sup>2</sup> insbesondere um auch andere gegenleis-

tungslose Zuwendungen (wie Ausstattungen und ehebedingte Zuwendungen) in den Anwendungsbereich des ErbStG zu ziehen. Leistungen von Gesellschaftern an ihre Gesellschaft wurden und werden dagegen traditionell als nicht vom ErbStG erfasst angesehen. Da sie nicht mit dem Willen der Unentgeltlichkeit, sondern zur Förderung des Gesellschaftszwecks erbracht werden, soll eine freigebige Zuwendung namentlich nach Ansicht der Rechtsprechung kategorisch ausscheiden.<sup>3</sup>

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der BFH die streitgegenständliche Transaktion als schenkungsteuerfrei ansieht.

### 2. Zweifelhafte Argumentation des BFH

Überraschend ist aber, wie schwer es sich der BFH mit seiner Begründung macht. Er hätte sich, wie noch das FG Köln als Vorinstanz,<sup>4</sup> damit begnügen können, den Unterwertverkauf als eine Leistung zur Förderung des Gesellschaftszwecks einzuordnen.<sup>5</sup> Daran sah sich der BFH jedoch gehindert, weil die Ehefrau durch den Unterwertverkauf aus der Gesellschaft ausschied. Ihr könne deshalb die erstrebte Förderung des Gesellschaftszwecks gar nicht mehr zugutekommen; die Ehefrau fördere nach Ansicht des BFH keinen eigenen, sondern allenfalls einen fremden Gesellschaftszweck.

Das überzeugt bei näherer Betrachtung kaum. Es stellt sich schon die Frage, ob es wirklich einen Unterschied machen soll, ob die Ehefrau einen „Anstandsrest“ zurückbehält (und damit noch einen eigenen Gesellschaftszweck fördert) oder ob sie alle ihre Anteile verkauft (und nur noch einen fremden Gesellschaftszweck fördert). Im Übrigen passt die Argumentation des BFH auch nicht zu seiner Rechtsprechung zur Schenkungsteuerfreiheit von disquotalen Gesellschafterleistungen. Danach soll es gerade keine Rolle spielen, in welchem Maße Gesellschafterleistungen dem leistenden oder anderen Gesellschaftern zugutekommen.<sup>6</sup>

Der BFH gelangt freilich dennoch zur Steuerfreiheit: Eine freigebige Zuwendung scheidet deshalb aus, weil der Unterwertverkauf durch die Ehefrau eine gemischt-verdeckte Einlage der Anteile in die GmbH durch den Ehemann (!) darstelle (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG). Dazu heißt es recht apodiktisch:

„Hat eine GmbH einen eigenen Anteil durch eine (gemischte) verdeckte Einlage erhalten, schließt dies nach den für das Verhältnis der Einkommensteuer zur Schen-

1 Vgl. § 55 Abs. 1 ErbStG vom 3.6.1906, RGBl. S. 654 ff. Näher dazu *Meincke*, ErbStG, 16. Aufl. 2012, § 7 Rdnr. 3.

2 Näher zur Entwicklung dieses Tatbestandsmerkmals *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, Stand: Januar 2017, § 7 Rdnr. 2.

3 Erstmals BFH, Urteil vom 12.7.1979, II R 26/78, BStBl. II 1979, S. 631, unter 1. a) der Gründe; eingehend dazu *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 7 Rdnr. 182 ff. m. w. N. Ob diese Argumentation wirklich stichhaltig ist, sei dahingestellt – immerhin werden auch ehebedingte Zuwendungen und Ausstattungen *qua definitione* nicht unentgeltlich, sondern zur Erreichung eines bestimmten Zwecks erbracht.

4 FG Köln, Urteil vom 14.5.2014, 9 K 879/12, DStRE 2015, 1182, 1183 unter 1. c) der Gründe.

5 So auch *Crezelius*, ZEV 2016, 281, 283.

6 BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 63/05, ZEV 2008, 153, 153, unter II.1. a) der Gründe, mit Anm. *Crezelius*; dazu auch *Birnbaum*, ZEV 2009, 125, 125 ff.

kungsteuer geltenden Grundsätzen die Annahme aus, sie habe den Anteil auch durch eine (gemischte) freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erworben.<sup>7</sup>

Diese Argumentation wirft mehr Fragen auf, als sie beantwortet:

Zum einen legt der BFH nicht offen, was die „für das Verhältnis der Einkommensteuer zur Schenkungsteuer geltenden Grundsätze“ im Einzelnen besagen sollen. Er spricht die nach wie vor umstrittene Frage an, in welchem Verhältnis die beiden Steuern stehen,<sup>8</sup> ohne jedoch zu ihrer Klärung beizutragen. Man wird nach diesem Urteil aber wohl sagen können, dass ein Erwerb im Wege der verdeckten Einlage jedenfalls insoweit nicht schenkungsteuerbar ist, als die verdeckte Einlage ertragsteuerlich einer entgeltlichen Veräußerung gleichgestellt ist (also vor allem im Rahmen der § 17 Abs. 1 Satz 2, § 20 Abs. 2 Satz 2, § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 EStG). Aufgrund dieser Gleichstellung bleibt für Schenkungsteuer genauso wenig Raum wie bei einer echten entgeltlichen Veräußerung.

Zum anderen könnte die Begründung des BFH aber vor allem zum Bumerang für den Steuerpflichtigen werden: Der BFH rechnet den Unterwertverkauf durch die Ehefrau als verdeckte Einlage dem Ehemann zu. Das ist möglich, denn Einlagen können begrifflich auch durch dem Gesellschafter nahestehende Personen erbracht werden (sog. mittelbare verdeckte Einlage).<sup>9</sup> Bei einer solchen verdeckten Einlage ist aber anerkannt, dass der Vermögensvorteil vor der Einlage für eine logische Sekunde auf den Gesellschafter selbst übertragen wird.<sup>10</sup> Denkt man bzw. die Finanzverwaltung das zu Ende, müsste man eigentlich eine freigebige Zuwendung der Ehefrau an den Ehemann annehmen. Dazu sagt der BFH nichts und musste dies auch nicht, da Streitgegenstand nur der Schenkungsteuerbescheid gegen die GmbH war. Man hätte sich dennoch ein paar erläuternde Worte gewünscht.

Solange dieser Bumerang ausbleibt, hat sich die Transaktion für die Ehegatten gelohnt: Die Ehefrau konnte den Wert ihrer Anteile unabhängig von allen Freibeträgen schen-

kungsteuerfrei auf ihren Ehemann übertragen. Dass die verdeckte Einlage zur Aufdeckung und Ertragsbesteuerung stiller Reserven führt, ist verschmerzbar, wird sie doch durch eine Erhöhung der Anschaffungskosten wieder ausgeglichen (§ 6 Abs. 6 Satz 2 EStG).

So erfreulich dieses Ergebnis für die Ehegatten sein mag, steuersystematisch konsistent ist es nicht. Das zeigt ein einfacher Vergleich: Hätte die Ehefrau ihre Anteile auf dem freien Markt veräußert und ihrem Ehemann den Erlös zugewendet, wären dabei nicht nur die stillen Reserven aufgedeckt worden, sondern es wäre selbstverständlich auch Schenkungsteuer angefallen.

### 3. Heutige Rechtslage

Es war deshalb – entgegen manchen Stimmen in der Literatur<sup>11</sup> – richtig, dass der Gesetzgeber diese Besteuerungslücke im Jahre 2011 durch § 7 Abs. 8 ErbStG geschlossen hat. Danach sind Werterhöhungen von Anteilen, die durch Leistungen anderer Personen an die Gesellschaft zustandekommen, zu versteuernde Schenkungen. Diese Vorschrift zielt vor allem auf disquotale Einlagen, egal ob sie offen oder verdeckt erfolgen.<sup>12</sup> Die Schenkungsteuer trifft dabei den Gesellschafter, dessen Anteile infolge einer solchen Einlage im Wert steigen. Auf Grundlage des heute geltenden Rechts hätte der Ehemann im Streitfall also Schenkungsteuer bezahlen müssen.

§ 7 Abs. 8 ErbStG steht in einer Reihe mit § 7 Abs. 7 ErbStG, der auf die Besteuerung von Wertsteigerungen infolge des Ausscheidens eines Gesellschafters zielt.<sup>13</sup> Beide Vorschriften sollen Gestaltungen verhindern, mit denen in der Vergangenheit recht einfach Vermögen schenkungsteuerfrei unter Zuhilfenahme einer Kapitalgesellschaft übertragen werden konnte, weil Leistungen zur Förderung eines Gesellschaftszwecks traditionell eben nicht als freigebige Zuwendungen angesehen werden. Mit § 7 Abs. 7 und 8 ErbStG hat der Gesetzgeber das ErbStG zu Recht ein Stück weiter vom Zivilrecht emanzipiert und in Richtung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bewegt, wie sie auch sonst im Steuerrecht üblich ist.

7 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

8 Dazu *Crezelius*, ZEV 2015, 392 ff. m. w. N.

9 Etwa Blümich/*Vogt*, EStG, 135. Aufl. 2017, § 17 Rdnr. 609 m. w. N.

10 BFH, Urteil vom 12.12.2000, VIII R 62/93, DStR 2001, 430, 432 unter 3. der Gründe.

11 Zum Beispiel *Crezelius*, ZEV 2011, 393 ff.

12 BT-Drucks. 17/6263, S. 82.

13 Zu § 7 Abs. 7 ErbStG sehr instruktiv Burandt/Rojahn/*Milatz*, ErbStG, 2. Aufl. 2014, § 7 Rdnr. 45 ff.

## SONSTIGES

### VERANSTALTUNGSHINWEISE

#### Weiterbildung im notariellen Recht

##### Deutsch-französisches Programm 2018

Januar 2018 – Juni 2018

Centre juridique franco-allemand,

Universität des Saarlandes, Campus B4.1, 66123 Saarbrücken

Das Weiterbildungsprogramm für deutsche Notare im französischen Recht des Centre juridique franco-allemand der Universität des Saarlandes beginnt im Januar 2018 und endet im Juni 2018. Die Veranstaltungen gliedern sich in 26 Unterrichtsstunden doziert von deutschen und französischen Notaren (Präsenzveranstaltungen) und zehn Unterrichtsstunden E-Learning-Kurse.

#### Aus dem Programm:

Vorstellung des französischen Notariats  
(Notar *Edmond Jacoby*, Forbach, Frankreich)

Französisches Immobilienrecht  
(Notarin *Béatrice Guillier*, Kaysersberg, Frankreich)

Französisches eheliches Güterrecht  
(Dr. *Alice Meier-Bourdeau*, avocat aux Conseils, Paris)

Französisches Erbrecht (Notar *Edmond Gresser*,  
La Wantzenau, Frankreich, und Notar Dr. *Eberhard Klein*,  
Saarbrücken)

Französisches internationales Privatrecht  
(Prof. Dr. *Marwam Hamdan*, Hochschule der  
Sparkassen-Finanzgruppe Bonn)

**Tagungsbeitrag:** 750 € pro Teilnehmer inklusive USt.

**Kontakt/Anmeldung:** bis zum 15. Januar 2018 unter  
<http://notr.cjfa.eu>.

#### Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

##### Aktuelle Entwicklungen und Fragestellungen bei der Patientenverfügung

Freitag, 19. Januar 2018, 16:00 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität,

Fürstengraben 27, 07743 Jena

Im Anschluss wird zum Neujahrsempfang des Instituts für  
Notarrecht und des Thüringer Notarvereins geladen.

#### Aus dem Programm:

Vortrag des Notars Dr. *Thomas Renner*, Erfurt

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

**Kontakt/Anmeldung:** bis zum 2. Januar 2018 per E-Mail unter  
[notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de) oder per Fax unter 03641 942512

## Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

### Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung des letzten Willens Klassische Familie, Patchwork und andere Herausforderungen

Dienstag, 6. Februar 2018, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### Aus dem Programm:

Das Berliner Testament und seine Bindungswirkungen (Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth)

Erbfolgegestaltung in sog. „Sonderkonstellationen“ – Patchwork-Familien, ungeliebte Ex-Partner und bedürftige Kinder (Notar *Stefan Braun*, Erlangen)

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

**Kontakt/Anmeldung:** FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de,  
Tel. 089 2180-2794, Fax: 089 2180-13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

## Veranstaltungen des DAI

1. **Notariat für Einsteiger**  
(Scholten/Tondorf)  
11.-13.1.2018 in Heusenstamm  
1.-3.2.2018 in Oldenburg
2. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Staake/Szalai)  
26.1.2018 in Heusenstamm
3. **Internationales Privatrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Heinig)  
14.2.2018 in Berlin
4. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
7.2.2018 in Heusenstamm  
21.2.2018 in Kiel
5. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht**  
(Herrler/Hertel/Kessler)  
23.2.2018 in Köln  
24.2.2018 in Heusenstamm

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Bärmann/Drasdo (Hrsg.): Praxis des Wohnungseigentums. 7. Aufl., Beck, 2017. 1.683 S., 179 €
2. Bank/Möllmann: Venture Capital Agreements in Germany. Beck, 2017. 594 S., 149 €
3. Basty: Der Bauträgervertrag. 9. Aufl., Heymanns, 2017. 684 S., 139 €
4. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: ZPO. 76. Aufl., Beck, 2017. 3.365 S., 168 €
5. Bayer. Staatsministerium der Justiz (Hrsg.): Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter. 18. Aufl., Beck, 2017. 47 S., 5,50 €
6. Bayer. Staatsministerium der Justiz (Hrsg.)/Knittel: Die Vorsorgevollmacht. 4. Aufl., Beck, 2017. 56 S., 5,50 €
7. Bayer. Staatsministerium der Justiz (Hrsg.)/Zimmermann: Meine Rechte als Betreuer und Betreuter. 3. Aufl., Beck, 2017. 55 S., 5,50 €
8. Becker: Unternehmerische Freiheit in deutscher KGaA und britischer PLC. Beck, 2017. 182 S., 44,95 €
9. Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht. 5. Aufl., Beck, 2017. 915 S., 139 €
10. Bickhardt: Der Patientenwille. 4. Aufl., Beck, 2017. 63 S., 5,50 €
11. Binz/Sorg: Die GmbH & Co. KG. 12. Aufl., Beck, 2017. 634 S., 109 €
12. Boehm: Der demenzkranke Erblasser. Nomos, 2017. 472 S., 108 €
13. Böttcher: Praktische Fragen des Erbbaurechts. 8. Aufl., RWS, 2017. 212 S., 48 €
14. Braun: Nachlassplanung bei Problemkindern. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 432 S., 99 €
15. Buddemeier: Verfügungen über Einlageforderungen in der Krise der Kapitalgesellschaft. Duncker & Humblot, 2017. 314 S., 99,90 €
16. Diehn: Notarkostenberechnungen. 5. Aufl., Beck, 2017. 460 S., 35,90 €
17. Dutta/Weber (Hrsg.): Die Europäischen Güterrechtsverordnungen. Beck, 2017. 186 S., 45 €
18. Ek: Praxisleitfaden für die Hauptversammlung. 3. Aufl., Beck, 2017. 211 S., 53 €
19. Ettinger/Schmitz: Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen. 4. Aufl., NWB, 2017. 597 S., 89 €
20. Eulau: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Grunderwerbsteuerrecht. Shaker, 2017. 242 S., 49,80 €
21. Haf/Hetmeier/Lutz/Mattes/Mensch/Thouet (Hrsg.): NotarFormulare Familien-GmbH. Deutscher Notarverlag, 2017. 220 S., 89 €
22. Hanne: Das öffentliche Baurecht in der Praxis. Werner, 2017. 680 S., 69 €
23. Holthausen/Kurschat (Hrsg.): Vertragsgestaltung für Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte. Beck, 2017. 949 S., 139 €
24. Hügel/Elzer: Wohnungseigentumsgesetz. 2. Aufl., Beck, 2017. 1.354 S., 95 €
25. Hupka (Hrsg.): Handbuch Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare. Deutscher Notarverlag, 2017. 128 S., 44 €
26. Kilian/Sandkühler/vom Stein (Hrsg.): Praxishandbuch Notarrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 540 S., 99 €
27. Klein/Müller: Praxishandbuch der GmbH. 4. Aufl., NWB, 2017. 1.002 S., 139 €
28. Knittel: Beurkundungen im Kindschaftsrecht. 8. Aufl., Bundesanzeiger, 2017. 448 S., 49 €
29. Langen/Berger/Dauner-Lieb: Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht. Werner, 2017. 528 S., 98 €
30. Langhein/Naumann: NotarFormulare Wohnungseigentumsrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 328 S., 89 €
31. Lesser: Die Einwilligung des Patienten. Lit, 2017. 483 S., 64,90 €
32. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. 5. Aufl., Heymanns, 2017. 3.744 S., 249 €
33. Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.): Handbuch börsennotierte AG. 4. Aufl., Schmidt, 2017. 2.268 S., 299 €
34. Myßen: Renten, Raten, Dauernde Lasten. 16. Aufl., NWB, 2017. 856 S., 99 €
35. Nitze: Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen. Nomos, 2017. 281 S., 74 €
36. Notarkasse A. d. ö. R./Neie (Hrsg.): Überlassungsvertrag. Deutscher Notarverlag, 2017. 88 S., 19,90 €
37. Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. 77. Aufl., Beck, 2017. 3297 S., 115 €
38. Prütting/Helms (Hrsg.): FamFG Kommentar. 4. Aufl., Schmidt, 2017. 3.040 S., 159 €
39. Raff: Die gewöhnlichen Erhaltungskosten. Mohr Siebeck, 2017. 569 S., 119 €
40. von Rechenberg/Ludwig (Hrsg.): Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., 2.600 S., 199 €

41. Reithmann/Terbrack (Hrsg.): Kauf vom Bauträger. 8. Aufl., Schmidt, 2017. 636 S., 99 €
42. Rentsch: Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts. Mohr Siebeck, 2017. 465 S., 74 €
43. Reul/Heckschen/Wienberg (Hrsg.): Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis. 2. Aufl., Beck, 2017. 1.002 S., 159 €
44. Riedel (Hrsg.): Praxishandbuch Unternehmensnachfolge. 2. Aufl., Zerb, 2017. 1.056 S., 119 €
45. Runkel/Heinrich (Hrsg.): Baugesetzbuch. 14. Aufl., Bundesanzeiger, 2017. 764 S., 22,80 €
46. Sarres: Erbrechtliche Auskunftsansprüche. 3. Aufl., Beck, 2017. 233 S., 55 €
47. Sauter: Die Ausprägung des Gläubigerschutzes in der geschichtlichen Entwicklung des Aktienrechts. Lang, 2017. 210 S., 61,95 €
48. Schmitz: Erschließungsbeiträge. NWB, 2017. 452 S., 54,90 €
49. Scholz: GmbH-Gesetz. Bd. 1. 12. Aufl., Schmidt, 2017. 5.400 S., 570 €
50. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Schuldrecht, §§ 830-838. De Gruyter, 2017. 536 S., 209 €
51. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Einleitung zum WEG, §§ 1-19. De Gruyter, 2017. 788 S., 269 €
52. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: §§ 20-64 WEG. De Gruyter, 2017. 1.233 S., 459 €
53. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1896-1921. De Gruyter, 2017. 1.235 S., 449 €
54. Stenzel: Das Verbot der Mehrfachvertretung im Aktien- und GmbH-Konzern. Nomos, 2017. 289 S., 75 €
55. Wachter (Hrsg.): Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts. 4. Aufl., ZAP, 2017. 3.672 S., 229 €
56. Zöller: ZPO. 32. Aufl., Schmidt, 2017. 3.296 S., 169 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Oberinspektor i. N. Thomas von Jutzenka Trzebiatowski, Frankenthal, verstorben am 15.10.2017

Notar a. D. Dr. Rolf Bleutge, Pfaffenhofen, verstorben am 19.10.2017

Notar a. D. Walter Schott, München, verstorben am 3.12.2017

### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.2.2018:  
Notar JR Dr. Gerald Wolf, Germersheim

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.12.2017:

Rosenheim	Notarassessor Christian Esbjörnsson (bisher in München, Notarstellen Dr. Schemmann/ Dr. Ludewig)
Türkheim	Notarin Simone Lang (bisher in Vohenstrauß)

Mit Wirkung zum 31.1.2018:

Passau (in Sozietät mit Notar Braun)	der Notarin a. D. Silvia Paulöhr
--	-------------------------------------

Mit Wirkung zum 1.2.2018:

Germersheim	Notarin Dorotheé Vogel (bisher in Zweibrücken)
-------------	--

### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor David Sommer, München (Landesnotarkammer Bayern), ab 18.12.2017 in München (Notarstellen Dr. Regler/Dr. Sikora)

Notar Hans-Hermann Weser, Nürnberg, ab 1.1.2018 in Sozietät mit Notar Clemens Busse

Notarassessor Christoph Aumann, Weilheim (Notarstellen Dr. Reinecker/Dr. Selbherr), ab 1.1.2018 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Amtmann i. N. Andreas Eisenreich, Bad Kötzing (Notarstelle Miedaner), ab 1.1.2018 in Würth a. d. Donau (Notarstelle Schaller)

Amtfrau i. N. Stefanie Hartmann, Miesbach (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.1.2018 in Bad Aibling (Notarstellen Dr. Kleeberger/Dr. Schlögel)

Amtfrau i. N. Ulrike Schmidt, Bad Aibling (Notarstellen Dr. Kleeberger/Dr. Schlögel), ab 1.1.2018 in Rosenheim (Notarstelle Schlittenbauer)

Notarassessor Stefan Schmitz, Freinsheim (Notarstelle Dr. Schönberger), ab 1.1.2018 in Haßloch (Notarstelle JR Dr. Sefrin)

Oberinspektor i. N. Florian Raab, Roding (Notarstelle Mayer), ab 1.2.2018 in Bad Kötzing (Notarstelle Miedaner)

### 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.1.2018:  
Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 12):

Rainer Haußmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Adrian/Kroier)

Monika Schinabeck, Regensburg (Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Thomas Böcklein, Fürth (Notarstellen Dr. Fleischer/Walter)

Dirk Claassen, Wald Fischbach-Burgalben (Notarstelle Dr. Kühle)

Wolfgang Dingethal, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Carsten Ganion, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Sabine Greiner, Freyung (Notarstelle Massinger)

Klaus Hangl, Wasserburg a. Inn (Notarstellen Dr. Bartsch/Machleidt)

Susanne Höllering, Naila (Notarstelle Dr. Gloser)

Klaudia Kahl, Coburg (Notarstellen Dr. Lugert/Dr. Müller)

Stephan Mayr, Schongau (Notarstellen Ferstl/Ruhland)

Rainer Mucha, Frankenthal/Pf. (Notarstelle Kluge)

Roswitha Priller, Mainburg  
(Notarstelle Müller-Jonies)

Christian Schneeberger, Rosenheim  
(Notarstellen Dr. Leiß/Wartenburger)

Bernhard Schrank, Landsberg am Lech  
(Notarstellen Kuhn/Regensburger)

Thomas Schreier, Bad Aibling  
(Notarstellen Dr. Kleeberger/Dr. Schlögel)

Roland Schweiger, Abensberg  
(Notarstelle Bierhenke)

Gerhard Sonnberger, Garmisch-Partenkirchen  
(Notarstellen Müller/Dr. Drasch)

Michael Urban, Sonthofen  
(Notarstellen Caspary/Metzger)

Susanne Vané, Nürnberg  
(Notarstelle Pöllmann-Budnick)

Michael Weis, Gemünden a. Main  
(Notarstelle Dr. Hohmann)

Matthias Wiedemann, München  
(Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer)

Max Wiltschko, Bad Tölz  
(Notarstellen Dolp/Leitenstorfer)

Griet Woesch, Lauf a. d. Pegnitz  
(Notarstelle Dr. Waldner)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N.  
(Entgeltgruppe 10):*

Stefanie Adlberger, München  
(Notarstelle Zehetmeier)

Meike Anstädt, Landstuhl  
(Notarstelle Dr. Stuppi)

Christine Benz, Memmingen  
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

Thomas Bös, Würzburg  
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Martin Eder, Pfarrkirchen  
(Notarstelle Dr. Fahr)

Birgit Feuchtwurzer, Hengersberg  
(Notarstelle Dr. Hecht)

Katrin Klügl, Roth  
(Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Soutier)

Markus Lilly, Roth  
(Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Soutier)

Martina Nickl, Neustadt a. d. Waldnaab  
(Notarstelle Wollmann)

Astrid Pauli, Kempten  
(Notarstelle Dr. Seifert)

Joachim Pfaudler, Kaufbeuren  
(Notarstelle Lang)

Marcus Piller, Schrobenhausen  
(Notarstelle Dr. Hagmaier)

Katja Roßbach, Hof  
(Notarstelle Dr. Gößl)

Thorsten Roth, Gunzenhausen  
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Stephanie Schabel, München  
(Notarstelle Dr. Wachter)

Marc Schellhorn, Schwabach  
(Notarstellen Liebing/Verwalter Schmitt)

Andreas Schneider, Cham  
(Notarstelle Dr. Maurer)

Stefan Striegl, München  
(Notarstellen Dr. Hepp/Dr. Reul)

Roland Stück, Grünstadt  
(Notarstelle Dr. Philippsen)

Matthias Tischler, Landau i. d. Pfalz  
(Notarstellen Sties/Flörsch)

Robert Trißl, Kemnath  
(Notarstelle Dr. Wörner)

Miriam Vonbriel, Friedberg  
(Notarstelle Brandt)

Birgit Vötter, Dachau  
(Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky)

Markus Weber, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Jens Winter, Aschaffenburg  
(Notarstellen Dr. Seidl/Dr. Bergerhoff)

Markus Zöllner, Neustadt a. d. Weinstraße  
(Notarstelle Rohr)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9 Stufe 4-5):*

Sonja Büttel, Bamberg  
(Notarstelle Dr. Wirth)

Theresa Fischer, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Stefanie Fünffinger, Nittenau  
(Notarstelle Dr. Bischoff)

Claudia Geisenberger, München  
(Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß)

Marcus Kreller, München  
(Notarstellen Dr. Schwab/Dr. Weiler)

Katrin Schatz, Bayreuth  
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon)

Cornelius Tetzl, Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Sommerhäuser/Dr. Reindl)

Lena Wedel, Schweinfurt  
(Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

---

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Nürnberg, Notarstellen Weser/Busse  
Lorenzer Platz 3, 90402 Nürnberg

Waldmohr, Notarstelle Bayer  
Bergstraße 6, 66914 Waldmohr

### **Korrektur zu Heft 6/2017:**

Forchheim, Notarstelle Reiß/Neumair  
Paradeplatz 11, 91301 Forchheim



## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)