

MittBayNot

Begründet 1864

1 | 2024

Januar | Februar 2024

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Christoph Draxinger,
Notarassessor
Stephanie Reber,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

Gottwald: Das deutsche Immobilienrecht im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtssystem 1

Hitzel: Die Verwendung elektronisch errichteter Urkunden als Urschrift im Handelsregisterverfahren – zugleich Anmerkung zu KG 6

Klaus/Manthey: Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 2 10

Wälzholz: Praxisupdate Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht 16

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Johannsen/Bulgrin zu BGH: Rechtssicherheit für Quartierstiefgaragen 37

Everts zu OLG Zweibrücken: Grundstückserwerb durch Minderjährigen mit Nießbrauch und Rückübertragung 53

Weidlich zu OLG Stuttgart: Nachweis über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes für die Eintragung einer Eigentumsänderung 64

Linke zu KG: Aufnahme einer Gesellschafterliste bei einem vollständigen Gesellschafterwechsel 75

Balzer: Wie beeinflusst der Notar die Beratung? 94

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Christoph Draxinger,
Notarassessorin Stephanie Reber

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

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2024

AUFSÄTZE		1	
Gottwald: Das deutsche Immobilienrecht im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtssystem		1	
Hitzel: Die Verwendung elektronisch errichteter Urkunden als Urschrift im Handelsregisterverfahren		6	
Klaus/Manthey: Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 2		10	
Wälzholz: Praxisupdate Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht		16	
BUCHBESPRECHUNGEN		28	
Münch: Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis (Krafka)		28	
Weise/Forst/Frense: Beck'sches Formularbuch für Immobilienrecht (Feichtlbauer)		29	
RECHTSPRECHUNG		31	
Bürgerliches Recht			
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
1. Veräußerungszustimmung unter modernisiertem Wohnungseigentumsrecht (BGH, Urteil vom 21.07.2023, V ZR 90/22)		31	
2. Rechtssicherheit für Quartiertiefgaragen (BGH, Beschluss vom 15.06.2023, V ZB 12/22) mit Anmerkung Johannsen/Bulgrin		33 37	
3. Störende Wohnnutzung von Teileigentum in gemischten Anlagen (BGH, Urteil vom 15.07.2022, V ZR 127/21)		41	
4. Behebbares Hindernis i. S. d. § 18 Abs. 1 Satz 1 2. Fall GBO (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.08.2023, 3 Wx 105/23)		44	
5. Bestellung einer Grundschuld als Verfügung über das Vermögen im Ganzen (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 25.01.2023, 5 W 87/22 – Ls.)		46	
6. Rückwirkende Berichtigung falscher Verteilung der Miteigentumsanteile (KG, Beschluss vom 12.07.2022, 1 W 258/22 – Ls.)		47	
7. Beschwerderecht des Nachbarn bei Ablehnung weiterer Ermittlungen zum Rechtsnachfolger des verstorbenen Eigentümers (KG, Beschluss vom 01.11.2022, 1 W 362/22)		47	
FAMILIENRECHT			
8. Feststellung des Fehlens eines freien Willens des Betroffenen (BGH, Beschluss vom 07.12.2022, XII ZB 158/21)		48	
9. Grundstückserwerb durch Minderjährigen mit Nießbrauch und Rückübertragung (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.08.2022, 3 W 51/22) mit Anmerkung Everts		50 53	
ERBRECHT			
10. Zur Ausschlagungserklärung innerhalb des Erbscheinantrags und zur ergänzenden Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments ohne Ersatz-erbenregelung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2023, I-3 Wx 91/23)		55	
11. Anhaltspunkte für die Wechselbezüglichkeit von letztwilligen Verfügungen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 03.01.2023, 14 W 111/22 (Wx))		58	
12. Nachweis über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes für die Eintragung einer Eigentumsänderung (OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.08.2022, 8 W 159/22) mit Anmerkung Weidlich		62 64	
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht			
13. Kein Entfernen einer unrichtigen Gesellschafterliste (OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.08.2022, 7 W 87/22)		67	
14. Verwendung des Begriffs „Institut“ in Firmennamen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2023, I-3 Wx 104/23)		67	
15. Zur unverzüglichen Aufnahme in das Handelsregister gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22)		69	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2024

16. Versicherungspflicht einer Prokuristin
(LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.11.2022,
L 9 KR 464/20 WA) 72

17. Aufnahme einer Gesellschafterliste bei einem
vollständigen Gesellschafterwechsel
(KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22) 74
mit Anmerkung **Linke** 75

Internationales Privatrecht

18. Notwendigkeit der Berücksichtigung der tragfähigen
Grundlage eines Rückkehrwillens bei der Bestim-
mung des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers
(OLG München, Beschluss vom 22.06.2022,
31 AR 73/22 – Ls.) 79

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. Anfechtbarkeit von teilweise unentgeltlicher Immo-
bilienübertragung unter Verwandten
(OLG Celle, Urteil vom 02.02.2022,
16 U 36/18 – Ls.) 79

Beurkundungs- und Notarrecht

20. Recht des Pflichtteilsberechtigten auf Aufnahme
eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Wege
der Notarbeschwerde
(BGH, Beschluss vom 19.07.2023, IV ZB 31/22) 80

Steuerrecht

21. Beschränkte Erbschaftsteuerpflicht bei Erwerb durch
Vermächtnis
(BFH, Urteil vom 23.11.2022, II R 37/19) 82

22. Zahlungen für den Verzicht auf ein Wohnungsrecht
als sofort abziehbare Werbungskosten
(BFH, Urteil vom 20.09.2022, IX R 9/21) 85

SONSTIGES 89

Hinweise für die Praxis 89

Notarkasse A. d. ö. R.: Bewertung von Gebäuden
gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des
Gebäudebrandversicherungswertes

Zukunft und Notariat 94

Veranstaltungshinweise 99

Neuerscheinungen 101

STANDESNACHRICHTEN 102

Das deutsche Immobilienrecht im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtssystem¹

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Stefan Gottwald**, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

Die frühere Bundesministerin der Justiz *Christine Lambrecht* hat einmal geschrieben, dass „Made in Germany“ nicht nur ein Qualitätssiegel für deutsche Produkte, sondern auch für deutsches Recht sei,² sozusagen „Law – Made in Germany“.

Deutsches Recht ist hierbei Teil des sog. Kodifikationsrechts, das sich auf dem europäischen Kontinent entwickelt hat. Kodifikationen schaffen Rechtssicherheit. Sie enthalten allgemeine Prinzipien und Leitlinien und definieren die zu verwendende Terminologie.³

Deutsches Recht hält allgemein geltende Auffangregelungen bereit, die Anwendung finden, wenn die Vertragsparteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Verträge nach deutschem Recht sind deshalb nicht nur deutlich kürzer, sondern vor allem auch kostengünstiger und sicherer als englische oder US-amerikanische Verträge.⁴

Im anglo-amerikanischen Rechtssystem, dem sog. Common Law, stützt sich die Rechtsfindung dagegen weniger auf Gesetzestexte, sondern vielmehr auf Präzedenzfälle, die aus einer früheren Rechtsprechung entstammen. Bei dem Common Law ergibt sich die Rechtsordnung also weniger aus kodifiziertem Recht (sog. Civil Law), sondern primär aus dem Fallrecht (sog. Case Law), also aus der Kasuistik.

Demgegenüber stellt eine Kodifikation, das heißt die systematische Erschließung und Regelung eines Rechtsgebiets, die Grundstrukturen zur Verfügung; Vertragsgestalter und Gerichte konzentrieren sich fallbezogen nur noch auf die wesentlichen Details, ohne alle nur denkbaren Eventualitäten vertraglich regeln zu müssen.

Und im Bereich des Immobilienrechts sorgen Notarinnen und Notare als neutrale Vertragsgestalter sowie Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger als gewissenhafte Grundbuchbeamte für Verlässlichkeit und Rechtssicherheit bei Immobiliengeschäften.

- 1 Der Beitrag gibt im Wesentlichen die Festrede des Verfassers anlässlich der Diplomierungsfeier der Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger der Länder Berlin, Brandenburg und Sachsen-Anhalt vom 19.09.2023 an der HWR Berlin wieder.
- 2 Vgl. Law – Made in Germany, S. 8, herausgegeben von BNotK, BRAK, DAV, DIHK, DNotV und DRB.
- 3 Vgl. Law – Made in Germany, S. 13.
- 4 Vgl. *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Notariats, 2010, S. 37.

I. Immobilienrecht

1. Deutsche Register

Ein besonderer Vorzug des deutschen Rechtssystems sind seine öffentlichen Register, die Rechtssicherheit im Handelsrecht und im Grundstücksrecht gewährleisten und um die Deutschland beneidet wird.⁵

Investoren steht eine gesicherte Datenbasis zur Verfügung, die Grundlage jeder wirtschaftlichen Aktivität ist.

a) Handelsregister

Das Handelsregister gibt verlässliche Auskunft über Einzelkaufleute und Handelsgesellschaften und auch darüber, wer für diese im Rechtsverkehr verbindlich auftreten kann. Ob ein Geschäftspartner existiert und wer vertretungsbefugt ist, lässt sich daher durch eine Registereinsicht in kürzester Zeit rechtssicher klären, ohne dass hierzu teure Rechtsgutachten erforderlich sind.

In Rechtsordnungen ohne entsprechende Register muss dagegen die Vertretungsbefugnis von Gesellschaften regelmäßig von Anwälten überprüft und in sog. legal opinions bescheinigt werden.⁶

Dies kann zum Beispiel in den USA schnell bis zu fünfstelligen Dollarbeträge kosten.⁷ In Deutschland ist die Einsichtnahme in das Handelsregister seit 01.08.2022 dagegen kostenlos.

b) Grundbuch

Grundbücher verzeichnen die Grundstücke im deutschen Staatsgebiet. Sie geben Auskunft über Eigentumsverhältnisse an Immobilien sowie über bestehende Belastungen.

Wer ein berechtigtes Interesse daran hat, kann das Grundbuch einsehen oder eine Onlineauskunft erhalten.⁸ Ein aktueller Grundbuchauszug kostet derzeit, wenn man ihn über ein Notariat bezieht, 18 € zzgl. USt.⁹

Durch die Möglichkeit der Grundbucheinsicht wird die Transparenz der Eigentumsverhältnisse und der Grund-

5 Vgl. Law – Made in Germany, S. 21.

6 Vgl. Law – Made in Germany, S. 21.

7 Vgl. Law – Made in Germany, S. 21.

8 Vgl. § 12 GBO.

9 Die Gebühren können je nach Bundesland variieren.

stücksbelastungen insbesondere für potenzielle Käufer und für die finanzierenden Banken gewährleistet.

Durch das Grundbuch werden unbekannte dingliche Belastungen und dadurch bedingte Risiken vermieden.

Ein Käufer kann sich vor dem Kauf einfach und schnell über alle eingetragenen Rechte und Belastungen informieren. Somit trägt das deutsche Grundbuch ganz erheblich zur Rechtssicherheit bei.

2. Unterschiedliche Immobilienrechtssysteme

In Deutschland werden Grundstücksverträge notariell beurkundet. Der Notar fungiert als neutrale Stelle zwischen Verkäufer und Käufer und sorgt für eine ausgewogene Vereinbarung.

Die Übereignung (Auflassung) wird in der Regel gleich mit protokolliert. Der Eigentumserwerb tritt jedoch erst ein, sobald der Erwerber durch die Rechtspflegerin bzw. den Rechtspfleger im Grundbuch eingetragen wird. Die Grundbucheintragung besitzt somit konstitutive Wirkung.¹⁰

In den USA wird dagegen ein schriftlicher Kaufvertrag (contract for sale and purchase) abgeschlossen, der meist von mehreren Anwaltskanzleien (eine auf Verkäuferseite und eine auf Käuferseite) ausgehandelt wird. Die Kosten für Anwälte auf beiden Seiten sind in der Regel wesentlich höher als die Kosten, die in Deutschland bei Einschaltung eines neutralen Notars anfallen.¹¹

Da Gewährleistungsansprüche im Common Law nicht gesetzlich geregelt sind, gilt das Prinzip „caveat emptor“ (lateinisch: „Möge der Käufer sich in Acht nehmen“ oder auch „Käufer sei wachsam“). Der Käufer muss danach im anglo-amerikanischen Rechtskreis auf eine umfassende Regelung aller Eventualitäten achten¹² und eine detaillierte Untersuchung (due dilligence) der Immobilie durchführen.¹³ In Deutschland reichen dagegen aufgrund der gesetzlichen Vorschriften relativ kurze Gewährleistungsregelungen in den Verträgen aus.

10 Vgl. Nomos-Kommentar-BGB/Krause, 11. Aufl. 2021, § 873 Rdnr. 47.

11 Vgl. *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Notariats, S. 43 ff. Anders ist es allenfalls dann, wenn zusätzlich zum Notar noch verschiedene Anwälte eingeschaltet werden. Dies ist jedoch bei Standardkaufverträgen in Deutschland i. d. R. nicht der Fall.

12 Konsequenz aus der vertraglichen Regelung aller denkbaren Eventualitäten ist natürlich, dass ein amerikanischer Vertrag tendenziell leichter weltweit einsetzbar ist.

13 Natürlich hat sich im Laufe der Zeit auch aus der Kasuistik ein immer klarer ausdifferenziertes Recht entwickelt, das eine ähnliche Präzision und Rechtssicherheit wie eine gesetzliche Kodifikation aufweist. Außerdem gibt es im anglo-amerikanischen Rechtskreis inzwischen immer mehr gesetzliche Regelungen. Umgekehrt haben in Deutschland die Verwendung gesetzlicher Generalklauseln (zum Beispiel § 138 BGB und § 242 BGB) und die Rechtsprechung des EuGH die Entwicklung einer gewissen Kasuistik gefördert. Es kommt somit zu einer Annäherung der Systeme, wobei die grundlegenden Unterschiede natürlich fortbestehen.

Der mit der deutschen Auflassung vergleichbare Vollzug (sog. closing) vollendet den Eigentumsübergang. Dabei wird dem Käufer in der Regel die Grundstücksübertragungsurkunde (warranty oder quitclaim deed) übergeben (delivery), wobei es allerdings ausreicht, wenn der Veräußerer durch Worte oder Taten den Willen zum Ausdruck bringt, endgültig und bindend den Eigentumswechsel zu vollziehen. Dass eine Praxis, die auf schlüssiges Verhalten abstellt, mitunter zu unklaren Eigentumsverhältnissen führt, dürfte nachvollziehbar sein. Demgegenüber sorgt in Deutschland die Grundbucheintragung für klare und eindeutige Rechtsverhältnisse.

Im Unterschied zu anderen Ländern gilt in Deutschland der Inhalt des Grundbuchs als richtig, § 891 BGB.

Damit ist für Transparenz sowie größtmögliche Sicherheit und Verlässlichkeit im Grundstücksverkehr gesorgt. Ein Käufer kann sich auf die Angaben im Grundbuch verlassen.

Das gilt sogar dann, wenn ein Grundbucheintrag ausnahmsweise einmal falsch sein sollte.

Beispiel:

Wenn in Deutschland ein Verkäufer V als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kann sich der Käufer K hierauf auch verlassen. Selbst wenn Verkäufer V seinerzeit nicht rechtswirksam Eigentum erworben haben sollte, gilt er dennoch aufgrund seiner Grundbucheintragung als Eigentümer und der Käufer K kann von Verkäufer V tatsächlich das Eigentum wirksam erwerben.¹⁴

Diese Regelungen zum gutgläubigen Erwerb des Käufers K setzen nur voraus, dass dem K nichts von der fehlenden Eigentümerposition des Verkäufers V bekannt ist, der Käufer K also gutgläubig ist (sog. gutgläubiger Erwerb, § 892 ff. BGB).¹⁵

Die wesentlichen Vorteile des Gutglaubensschutzes liegen auf der Hand:

■ Rechtssicherheit

Der Gutglaubensschutz erhöht die Rechtssicherheit im Immobilienverkehr. Erwerber können sich in der Regel auf die Eintragungen im Grundbuch verlassen, ohne befürchten zu müssen, dass sie das Grundstück später wieder verlieren.

■ Förderung des Rechtsverkehrs

Da Käufer auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertrauen können, werden Immobilientransaktionen erleichtert.

14 Die Kehrseite des Gutglaubensschutzes ist allerdings, dass der wahre Eigentümer sein Eigentumsrecht an den gutgläubigen Erwerber verliert und auf gesetzliche Kompensationsansprüche angewiesen ist. Vgl. Nomos-Kommentar-BGB/Krause, § 892 Rdnr. 84.

15 Zu den weiteren Erfordernissen des gutgläubigen Erwerbs (Rechtsgeschäft, Verkehrsgeschäft, kein eingetragener Widerspruch etc.) vgl. Nomos-Kommentar-BGB/Krause, § 892 Rdnr. 37 ff.



Dies fördert den Handel mit Immobilien und macht Investitionen attraktiver.¹⁶

■ Begrenzung von Rechtsstreitigkeiten

Der Gutgläubensschutz reduziert darüber hinaus das Risiko von Rechtsstreitigkeiten über den Eigentumsstatus an einer Immobilie, da der gutgläubige Erwerber Eigentümer wird, egal ob vorher der eingetragene Verkäufer tatsächlich Eigentümer war oder nicht. Die vorherigen Erwerbsketten brauchen also nicht mehr geprüft zu werden und können somit auch nicht mehr angegriffen werden.¹⁷

Demgegenüber gibt es im anglo-amerikanischen Rechtskreis keine verlässlichen Grundbücher. Die Eintragung in ein Grundbuch ist in den meisten US-Bundesstaaten freiwillig und findet im Rahmen eines teuren Gerichtsverfahrens statt.

Die meisten Grundstückseigentümer lassen sich deshalb gar nicht erst in das Grundbuch eintragen.¹⁸

Während in Deutschland die Grundbucheintragung zwingende Voraussetzung ist, um überhaupt Eigentum zu erwerben, ist in den USA der Eintrag rein deklaratorisch.¹⁹

Das Fehlen der eingetragenen Eigentumstitel hat zur Folge, dass die Übertragung von Grundstücken in den Vereinigten Staaten dadurch teurer wird, da das Eigentumsrecht des Verkäufers bei jeder Grundstücksübertragung neu überprüft werden muss.

Diese Überprüfung erfolgt wiederum durch Anwaltskanzleien. Deren Rechtsgutachten (legal opinions) lösen erhebliche Kosten aus.

Das Eigentumsrecht wird hierbei durch eine Titelsuche überprüft. Erst wenn die Aufzeichnungen eine lückenlose Kette von Eigentumsrechten mit gleichbleibenden Übertragungen des betreffenden Grundstücks für mindestens 40 Jahre, in manchen US-Bundesstaaten sogar für 60 Jahre offenlegen, wird davon ausgegangen, dass der offensichtliche Eigentümer des Grundstücks ein gutes Eigentumsrecht hat. Häufig gibt es aber keine lückenlose Dokumentation.²⁰

Deshalb sind zusätzlich sog. Rechtstitelversicherungen zum Schutz von Kreditgebern und Immobilieneigentümern erforderlich (sog. „title insurance“).

In den USA und anderen anglo-amerikanischen Ländern ist die Rechtstitelversicherung eine Art Versicherung, die Käufer und Kreditgeber gegen potenzielle Verluste aufgrund von Ansprüchen Dritter oder Mängeln im Eigentumstitel schützt.

16 Auch ausländische Investoren schätzen die Sicherheit des deutschen Grundbuchs.

17 Vgl. Nomos-Kommentar-BGB/Krause, § 892 Rdnr. 1 ff.

18 Vgl. Law – Made in Germany, S. 22.

19 Vgl. *Peter L. Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Member States: A comparative Study, 2007, S. 121 ff.

20 Vgl. *Peter L. Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Member States: A comparative Study, S. 14 ff.

Die Versicherung deckt Kosten für rechtliche Abwehrmaßnahmen oder finanzielle Verluste ab, die aus solchen Ansprüchen resultieren könnten.

Die Rechtstitelversicherung ist in den USA also deshalb erforderlich, weil selbst ein Grundbucheintrag das unanfechtbare Eigentum am Grundbesitz nicht garantiert.

Banken finanzieren deshalb einen Immobilienerwerb in der Regel nur, wenn eine entsprechende Versicherungspolice vorgelegt wird.

Die Möglichkeit und den Schutz eines gutgläubigen Erwerbes gibt es nicht.

Zahlenbeispiel:

Wenn eine Immobilie beispielsweise für 1.000.000 US Dollar gekauft wird, betragen allein die Kosten für eine Rechtstitelversicherung zusätzlich etwa 5.000 bis 10.000 US Dollar.

Sofern die Immobilie mehr kostet, erhöht sich die Gebühr für die Versicherung natürlich entsprechend.

In der Regel betragen die Kosten der Title Insurance 0,5 bis 1 % des Kaufpreises.

In Deutschland sind derartige Rechtsanwaltsgutachten zur Eigentümerposition (legal opinions) und zusätzliche Versicherungen (title insurances) nicht nötig, da das deutsche Recht auf ein klares Grundbuch und somit auf eindeutige Eigentumsverhältnisse setzt.

Daher lässt sich sagen: Auch und gerade dank der Effizienz des gewissenhaft geführten Grundbuchs sind im internationalen Vergleich die Immobilientransaktionskosten in Deutschland für Verbraucherinnen und Verbraucher sowie für Unternehmen sehr günstig, wie unter anderem eine von Professor *Peter L. Murray* von der Harvard University durchgeführte Studie zu diesem Thema belegt.²¹

3. Registersicherheit

In Deutschland kann nicht nur die Einsicht in das Handelsregister und in das Grundbuch elektronisch erfolgen, sondern auch der Rechtsverkehr zwischen Notariaten und Grundbuchämtern wird inzwischen weitgehend elektronisch abgewickelt.

Der elektronische Rechtsverkehr ermöglicht einen schnellen und effizienten Austausch von elektronischen Dokumenten unter Einhaltung höchster Sicherheitsstandards.

Durch die Registersicherheit sind kriminelle Manipulationen wie

- gefälschte Eintragungen,
- Identitätsdiebstahl oder
- Tatbestände wie Hypothekenbetrug und Hausdiebstahl,

21 Vgl. *Peter L. Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Member States: A comparative Study, S. 14 ff.

die selbst in anderen hoch entwickelten Industriestaaten häufig vorkommen, in Deutschland undenkbar.²²

Hier muss niemand Angst haben, dass Daten in gerichtlichen Registern wie dem Grundbuch manipuliert oder missbräuchlich verwendet werden.

Sichere Register stellen somit einen Standortvorteil dar.²³ Die ökonomischen Vorteile von sicheren Registern sind besonders deutlich bei einem Blick in Länder ohne vergleichbare Register:

So hat es – laut FBI – auf dem amerikanischen Immobilienmarkt in den letzten Jahren regelmäßig Milliarden Schäden durch Hypothekenbetrug und Identitätsdiebstahl gegeben.²⁴

In den Vereinigten Staaten können Betrüger beispielsweise falsche Identitäten verwenden, um Hypotheken auf Immobilien aufzunehmen oder um Eigentumstitel zu manipulieren.

Solche Vorfälle können erhebliche Schäden anrichten und erfordern teure rechtliche Schritte zur Wiederherstellung der Eigentumsrechte.

4. Die wichtigen Funktionsträger im deutschen Immobilienrechtssystem

a) Notarinnen und Notare

Notarinnen und Notare sind unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes und beraten unter anderem als neutrale Vermittler bei der rechtlichen Gestaltung von Grundstücksgeschäften.

Sie beurkunden die Verträge, wobei die Beurkundung eine Beweis-, Beratungs- und Warnfunktion hat. Das Notariat übermittelt anschließend den Vertrag mit den Grundbuchanträgen an das Grundbuchamt.

Im Herbst 2007 hat Professor *Peter L. Murray* von der Harvard University eine umfassende Studie zu Kostenstruktur, Qualität und Effizienz typischer Grundstückstransaktionen in Deutschland, Frankreich, England, Schweden, Estland und den Vereinigten Staaten vorgelegt.

Murray kommt in dem 400 Seiten starken Bericht zu dem Ergebnis, dass in Rechtssystemen mit dem höchsten Regulierungsgrad wie Estland und Deutschland die durchschnittlichen Kosten bei typischen Grundstückstransaktionen niedrig sind, die Registersysteme effizient funktionieren und Verbraucherinnen und Verbraucher zufrieden sind.²⁵

In allen untersuchten Ländern machen die Gebühren und Kosten für die beteiligten Berufsangehörigen nur einen geringen Anteil am Gesamtwert einer Grundstückstransaktion aus, in der Regel weniger als ein Prozent, und fallen typischerweise neben den Maklergebühren und Steuern kaum ins Gewicht.

Demgegenüber sieht Professor *Murray* in einer verstärkten Deregulierung erhebliche Nachteile für Verbraucherinnen und Verbraucher.

Banken, Anwälte, Versicherungsgesellschaften und Makler scheinen seinen Erkenntnissen zufolge in deregulierten Märkten aufgrund ihrer strategischen Position oft mehr Einfluss nehmen zu können als in regulierten Märkten.²⁶

In diesem Zusammenhang weist *Murray* insbesondere auch auf die Bedeutung eines vollständig und korrekt geführten Grundbuchsystems für den Immobilienkauf hin. Ein solches setze die hoheitlich gewährleistete Überprüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der zum Grundbuch eingereichten Anträge und Bewilligungen voraus. Dadurch werde Transaktionssicherheit beim Grundstückskauf möglich.

Professor *Murray* hebt auch hervor, dass in Ländern wie Großbritannien oder den USA die Verlässlichkeit der Grundbuchdaten nicht gewährleistet sei, sodass die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten erhöht werde und Mehrkosten durch die sog. title insurance entstünden.

Die Europäische Kommission hat Ende Januar 2008 auch eine Studie über die Kostenstruktur im Bereich der Liegenschaftstransaktionen vorgestellt. Mit der Durchführung der Studie wurde das Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen unter Leitung von Professor *Christoph Schmid* beauftragt.

Die ZERP-Studie sollte – das war der Wille der Europäischen Kommission – eigentlich zeigen, dass eine höhere Regulierung zu höheren Preisen für den Verbraucher führen würde. Nach den vorgelegten Ergebnissen ist jedoch genau das Gegenteil der Fall.²⁷

Speziell Deutschland werden unter Berücksichtigung des Pro-Kopf-Einkommens zusammen mit Schweden absolut gesehen die niedrigsten Kosten bescheinigt. Das deutsche Immobilienrechtssystem ist damit für Verbraucherinnen und Verbraucher im Durchschnitt kostengünstiger als deregulierte Transaktionssysteme in anderen Staaten.²⁸

b) Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger

Beim Grundbuchamt übernehmen die Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger die Prüfung und den Vollzug der nota-

22 Vgl. Law – Made in Germany, S. 23.

23 Die privat aufzubringenden Kosten verringern sich somit in Rechtssystemen, die öffentliche Register mit öffentlichen Mitteln unterhalten, vgl. *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Notariats, S. 41.

24 Vgl. Law – Made in Germany, S. 20 ff.

25 Vgl. *Peter L. Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Member States: A comparative Study, S. 14 ff.

26 Vgl. *Peter L. Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Member States: A comparative Study, S. 9 ff.

27 Vgl. Centre of European Law and Politics (ZERP), Study COMP/2006/D3/003, Conveyancing Services Market, 2007, S. 50 ff.

28 Vgl. Centre of European Law and Politics (ZERP), Study COMP/2006/D3/003, Conveyancing Services Market, S. 126 ff.

riellen Anträge. Sie sorgen vor allem dafür, dass Anträge zur Eigentumsumschreibung oder zur Eintragung von Grundschulden oder anderen Grundstücksbelastungen fachgerecht ausgeführt werden.

Durch ihre gewissenhafte und genaue Berufsausübung leisten somit auch Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger einen wesentlichen und unverzichtbaren Beitrag zu Transparenz und Rechtssicherheit des Grundbuchs und zur Verlässlichkeit der deutschen Register.

Ein funktionierendes Grundbuch ist von unschätzbarem Wert für den Verbraucher, für Unternehmen und für die gesamte Volkswirtschaft.

II. Zusammenfassung und Ausblick

In einem Land wie Deutschland, in welchem das Grundbuch richtige Auskunft über die Rechtsverhältnisse eines Grundstücks garantiert, muss der potenzielle Käufer keine Zeit und kein Geld aufwenden, um diese Umstände zu ermitteln. Wo die Grundbucheintragung den öffentlichen Glauben an das Eigentum des Verkäufers gewährleistet und der Gutgläubige unangreifbares Eigentum erwirbt, gibt es keine ungewissen Rechtstitel.²⁹

Anders ist es in den USA, wo angesichts fehlender Register eine „chain of title“, also eine lückenlose Kette von Eigentumsrechten eruiert werden muss. Dies ist mit hohen

²⁹ Vgl. *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Rechts, S. 41.

Kosten verbunden.

Zudem muss dort die fehlende Sicherheit meist durch Rechtstitelversicherungen kompensiert werden, die ebenfalls hohe Kosten verursachen, ohne zum selben Grad von Gewissheit zu führen wie das professionell geführte und mit Publizitätswirkung ausgestattete deutsche Grundbuch.

Die Realität mit Identitätsdiebstahl, Hausdiebstahl, Hypothekenbetrug und gefälschten Eintragungen hat darüber hinaus mit brutaler Deutlichkeit die Unzulänglichkeiten des US-Systems enthüllt, zu enormen Rechts- und Vermögensverlusten geführt und mit harten Konsequenzen die Illusion und Ideologie der staatsfreien Marktwirtschaft zerstört.³⁰ Die Erkenntnis zum Immobilienrecht lautet also: Ohne Regulierung geht es nicht.

Das Fiasko des Grundstücksverkehrs ist nicht überraschend über die deregulierten Märkte hereingebrochen, in denen kein mit Publizitätswirkung ausgestattetes öffentliches Grundbuch unterhalten und mit hoher professioneller Kompetenz gepflegt wird, in denen also Transparenz nicht gefordert wird.³¹

Ein gewissenhaft geführtes Grundbuch trägt dagegen dazu bei, dass sich derartige Katastrophen bei uns nicht ereignen werden.

³⁰ Vgl. *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Rechts, S. 41.

³¹ *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Rechts, S. 38 ff.



Die Verwendung elektronisch errichteter Urkunden als Urschrift im Handelsregisterverfahren

Zugleich Anmerkung zu KG, Beschluss vom 30.06.2022, 22 W 36/22¹

Von Rechtsanwalt Dr. **Andreas Hitzel**, LL.M. (Cambridge), Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Frankfurt a. M.

Häufig werden Rechtsanwälte und Notare in der Praxis mit dem Umstand konfrontiert, dass die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern nicht schriftlich, sondern lediglich textförmlich erfolgt ist. Die Frage, ob dies für eine Eintragung im Handelsregister genügt, war bislang weitgehend ungeklärt. Mit seiner Entscheidung vom 30.06.2022 hat das KG zur Klärung dieser Rechtsfrage einen wichtigen Beitrag geleistet. Ob die Entscheidung über den Einzelfall hinaus die Registerpraxis bundesweit prägen wird, untersucht die folgende Abhandlung.

1. Problem

Der Weg zur Anmeldung und Eintragung der Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern zum Handelsregister ist in Zeiten des zunehmenden elektronischen Rechtsverkehrs nicht selten durch Probleme und Fallstricke behindert – ein Umstand, der vor allem in der auffallenden Mehrschichtigkeit der durch den Gesetzgeber insoweit vorgesehenen Formvorschriften begründet liegt: Während materiellrechtlich unbestritten ist, dass die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern lediglich einen einfachen Gesellschafterbeschluss voraussetzt, der (mit Ausnahme des Sonderfalls der Einmann-GmbH) noch nicht einmal der Niederschrift bedarf² und auch die Niederlegung des Geschäftsführeramtes jederzeit rein mündlich erfolgen kann,³ regelt § 39 Abs. 2 GmbHG, dass der Handelsregisteranmeldung Urkunden, die die Veränderung in der Geschäftsführung belegen, in „Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift“ beizufügen sind. Die Vorschrift des § 39 Abs. 2 GmbHG, die trotz ihrer Stellung im GmbHG nicht dem materiellen Recht, sondern dem Handelsregisterrecht und damit dem Verfahrensrecht zuzuordnen ist, regelt mithin Formerfordernisse, die über das materielle Recht hinausgehen. Sie will auf diese Weise sicherstellen, dass das Registergericht nicht gemäß §§ 26, 29 FamFG darauf verwiesen ist, die eintragungspflichtige Tatsache von Amts wegen

zu ermitteln, sondern aus Gründen der Verfahrensvereinfachung die einzutragende Tatsache bereits nachgewiesen vorfindet.⁴

Die in § 39 Abs. 2 GmbHG enthaltene verfahrensrechtliche Formvorschrift trifft im Hinblick auf das Erfordernis zur Vorlage einer beglaubigten Abschrift auch in Anbetracht des zunehmenden elektronischen Rechtsverkehr praktisch kaum auf Schwierigkeiten – hat der Gesetzgeber doch schon mit Wirkung ab dem 01.04.2005 in Gestalt der Einführung der Vorschrift des § 39a BeurkG die Möglichkeit eröffnet, beglaubigte Abschriften elektronisch zu errichten.⁵ Problematisch hingegen ist das in der Vorschrift alternativ enthaltene Erfordernis, die jeweiligen Urkunden in Urschrift beizufügen. Denn dieses Erfordernis ist durch die ergänzende Bestimmung des § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB, auf die § 8 Abs. 5 GmbHG verweist, in der Praxis zwar insofern entschärft, als es genügt, dem Handelsregister eine einfache elektronische Aufzeichnung der Urschrift zu übermitteln. Dies geht nach einer nicht unbedeutenden Ansicht sogar so weit, dass dem Handelsregister noch nicht einmal eine bildliche Wiedergabe (Scan) der Ursprungsurkunde vorgelegt werden muss; vielmehr genügt sogar das bloße Abschreiben der Ursprungsurkunde in elektronischer Form.⁶ Denn die sich durch die Übertragung in die elektronische Form ergebenden Gefahren für die Authentizität des Dokuments hat der Gesetzgeber bei Einführung des § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB gesehen, jedoch bewusst in Kauf genommen.⁷ Noch weiter entschärft wird das Problem in der Praxis auch dadurch, dass aufgrund dieser durch den Gesetzgeber getroffenen Risikoentscheidung von einem Notar, der eine elektronische Aufzeichnung einer Urkunde ein-

1 Die Entscheidung ist abgedruckt in *MittBayNot* 2023, 272.

2 § 6 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2, § 46 Nr. 5, § 47 Abs. 1, § 48 Abs. 3 GmbHG, vgl. dazu auch *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, 4. Aufl. 2023, § 39 Rdnr. 36; *Schütz*, *MittBayNot* 2022, 424; *Beckmann/Düsterbeck*, *GmbHR* 2022, 243, 244.

3 Vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 08.02.1993, II ZR 58/92, BGHZ 121, 257 Rdnr. 10; Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, juris Rdnr. 8.

4 Vgl. zu diesem Zweck *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, § 39 Rdnr. 36; *Hitzel*, *NZG* 2020, 1174, 1176 f.

5 Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz – JKomG) vom 22.03.2005, BGBl. 2005 I, S. 837, 851.

6 *BeckOK-HGB/Müther*, Stand: 15.01.2023, § 12 Rdnr. 33 f.; *Mayer*, *DNotZ* 2023, 56, 62; a. A. *Apfelbaum/Bettendorf*, *RNotZ* 2007, 89, 97; *MünchKomm-HGB/Krafka*, 5. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 60; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012, I-3 Wx 200/11, 3 Wx 200/11, *FGPrax* 2012, 173, 174 f.

7 *Seibert/Decker*, *DB* 2006, 2446, 2447; *BT-Drucks.* 16/960, S. 45 f.

reicht, auch keine weitere Erklärung über die Authentizität des eingereichten Dokuments verlangt werden kann.⁸

Gleichwohl scheint der Begriff der „Urschrift“ in § 39 Abs. 2 GmbHG dem Wortlaut nach zu insinuieren, dass wenigstens eine privatschriftlich errichtete Urkunde bestehen muss – auch wenn sie dem Registergericht nicht in dieser, sondern in geringerer Form vorgelegt werden kann. Entsprechend erscheint es nicht verwunderlich, dass sich weiterhin hartnäckig die Ansicht hält, wonach das in § 39 Abs. 2 GmbHG gesetzte Erfordernis einer „Urschrift“, flankiert durch das in § 12 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. HGB enthaltenen Erfordernis zur Erstellung einer „elektronischen Aufzeichnung“ hiervon, zwingend das Einscannen eines Papierdokuments erfordere, ohne Papierdokument eine Einreichung zum Handelsregister also nicht möglich sei.⁹ Von einem lediglich elektronisch erstellen Dokument, so wird vertreten, könne keine Urschrift bestehen.¹⁰ Diese gewichtige Ansicht, für die vor allem der Gesetzeswortlaut der noch aus dem Jahre 1937 stammenden Norm¹¹ zu streiten scheint, markiert für die weitere Digitalisierung des Rechtsverkehrs jedenfalls dann eine feste Grenze, wenn ein Papierdokument, von dem eine elektronische Aufzeichnung erstellt werden könnte, überhaupt nicht besteht, weil das Ursprungsdokument selbst nur rein elektronisch errichtet wurde – etwa durch E-Mail-Verkehr, die Verwendung eingescannter Unterschriften oder sonstiger digitaler Signaturvorrichtungen wie „DocuSign“. Mangels Bestehens einer klaren und gefestigten Rechtsprechung stellte deshalb die Errichtung und das Einscannen eines schriftförmlichen Dokument bislang den sichersten Weg zur Erlangung einer zügigen und problemlosen Handelsregistereintragung dar, weshalb diese Vorgehensweise sich aus Gründen der Vorsicht uneingeschränkt durchzusetzen vermochte – selbst wenn hierfür teilweise ein nicht unerheblicher Mehraufwand in Kauf genommen werden musste.

2. Entscheidung des KG vom 30.06.2022, 22 W 36/22

Zur Lösung dieser Ungewissheit hat das KG mit Beschluss vom 30.06.2022, 22 W 36/22, einen wichtigen Beitrag geleistet: Während die Zwischenverfügung, deren Überprüfung mit der vorliegenden gerichtlichen Entscheidung begehrt wurde, in Übereinstimmung mit der genannten

- 8 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820, 821 Rdnr. 14 ff.; in Richtung zu einer dem gleichkommenden Pflicht des Notars zum Einscannen eines Papierdokuments hingegen noch *Krafka/Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 132a; OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.11.2014, 12 W 2217/14, FGPrax 2015, 22, 23.
- 9 MünchKomm-HGB/*Krafka*, § 12 Rdnr. 59; *Apfelbaum/Bettendorf*, RNotZ 2007, 89, 97; vgl. auch *EBJS/Schaub*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 12 Rdnr. 58; *Beckmann/Winter*, EWiR 2023, 167, 168.
- 10 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820, 821 Rdnr. 19; *Beckmann/Düsterbeck*, GmbHR 2022, 243, 245; *Schütz*, MittBayNot 2022, 424, 425.
- 11 Gesetz über die Eintragung von Handelsniederlassungen und das Verfahren in Handelsregistersachen vom 10.08.1937, RGBI. I 1937, S. 897, 899.

strengen Ansicht aus der Bestimmung des § 39 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG noch das Erfordernis zur Erstellung eines Papierdokuments mit sogar handschriftlichen Unterschriften herausgelesen hatte,¹² bestätigt das KG mit seiner Entscheidung nunmehr, dass im Rahmen der § 39 Abs. 2 GmbHG, § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB die Einreichung auch eines ausschließlich elektronisch errichteten Dokuments genügt. Maßgeblich für das KG ist dabei weniger der Begriff der „Urschrift“ in § 39 Abs. 2 GmbHG als vielmehr der der „elektronischen Aufzeichnung“ in § 12 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. HGB sowie die sich aus dem materiellen Recht ergebenden Erfordernisse. Denn diese würden jeweils kein Papierdokument erfordern, sondern jede Möglichkeit zu einer dauerhaften Wiedergabe des Textes genügen lassen, was auch rein elektronisch erstellte Dokumente zu gewährleisten vermögen.¹³ Dass ein Papierdokument nicht erforderlich sei, ergebe sich ergänzend auch aus der Bestimmung des § 48 Abs. 2 GmbHG, die die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen in Textform zulasse: Wenn das materielle Recht diese Form aber bereits ausdrücklich gestatte, so muss man die Entscheidung des KG verstehen, dann dürfe für die Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. HGB insoweit kein strengerer Maßstab gelten. Für den Begriff der „Urschrift“ in § 39 Abs. 2 GmbHG könne wiederum kein anderer Maßstab als jener gelten, der sich im Rahmen des § 12 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. HGB gelte.¹⁴ § 39 Abs. 2 GmbHG enthalte nach Ansicht des KG mit seiner Formulierung „Urschrift“ oder „beglaubigte Abschrift“ mithin kein eigenständiges verfahrensrechtliches Formerfordernis. Vielmehr beziehe sich die Norm über den Verweis in § 8 Abs. 5 GmbHG unmittelbar auf die Vorschrift des § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB, die wiederum selbst bei schriftförmlichen Dokumenten bereits die Einreichung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung genügen lasse.¹⁵

3. Bewertung und Praxisfolgen

a) Der Entscheidung des KG ist grundsätzlich zuzustimmen. Sie führt zu praxisgerechten Ergebnissen, die uneingeschränkt überzeugen, da sie sowohl der Digitalisierung des Rechtsverkehrs keine weiteren Hürden bereiten als auch das durch den Gesetzgeber in § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB ohnehin bereits bewusst herabgesetzte Schutzniveau weder weiter herabsetzen noch in wirkungsloser Weise erhöhen. Die Entscheidung des KG vereinfacht den Rechtsverkehr, belässt seinen Schutz jedoch faktisch auf demselben Niveau, auf dem er sich auch ohne diese Vereinfachung befinden würde. In ihrer – auffallend knappen – Begründung vermischt die Entscheidung des KG jedoch wiederholt verschiedene Ebenen und ist deshalb nur im Ergebnis überzeugend.

- 12 AG Berlin-Charlottenburg, Zwischenverfügung vom 14.04.2022, HRB 219519 B-A-426886/2022, BeckRS 2022, 23993.
- 13 MittBayNot 2023, 272, 273 Rdnr. 8.
- 14 MittBayNot 2023, 272, 273 Rdnr. 7.
- 15 MittBayNot 2023, 272, 273 Rdnr. 7 f.

b) Begrüßenswert ist zunächst, dass das KG den Begriff der „Urschrift“ in § 39 Abs. 2 GmbHG aufgrund des Verweises in § 8 Abs. 5 GmbHG im Lichte des Erfordernisses der „elektronischen Aufzeichnung“ in § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB auslegt und mit ihm letztlich deckungsgleich setzt. Denn der Begriff der „Urschrift“ ist bei isolierter Betrachtung zwar sowohl seiner sprachlichen Fassung als auch dem Ausmaß der von ihm implizierten Strenge nach mit dem Begriff der „elektronischen Aufzeichnung“ nicht identisch, sondern voraussetzungsreicher. In ihren praktischen Auswirkungen ist es jedoch die Verfahrensvorschrift des § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB, die alleine den Ton angibt: Weil die Bestimmung des § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB keine Erklärung gegenüber dem Registergericht voraussetzt, dass ein Papierdokument existiert,¹⁶ ja nach einer nicht unbedeutenden Ansicht noch nicht einmal eine bildliche Wiedergabe (Scan) des jeweiligen Originaldokuments erforderlich ist, sondern bereits jede einfache elektronische Abschrift genügt,¹⁷ ist dem Registergericht in den allermeisten Fällen die Prüfung, ob ein Papierdokument überhaupt besteht, ohnehin verwehrt. Lediglich in den Fällen, in denen der Anmeldende durch die Gestaltung der elektronischen Aufzeichnung selbst gegenüber dem Registergericht zu erkennen gibt, dass ein Papierdokument nicht besteht, wie dies in dem vorliegenden Fall aufgrund des Vermerks „DocuSigned“ der Fall war, kann dem Registergericht eine solche Prüfung überhaupt gelingen. Wenn aber Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung die Prüfungsmöglichkeiten des Registergerichts schon derart reduziert haben, ist es nur wenig sinnvoll, Formerfordernisse zu postulieren, die über diese Prüfungsmöglichkeiten hinausgehen. Sie würden die Befolgung und Durchsetzung gesetzlicher Erfordernisse letztlich ausschließlich in die Sphäre des Bürgers verlagern und aufgrund der fehlenden Überprüfbarkeit des Gerichts zum Rechtsbruch geradezu verführen.

c) Auch in Zusammenschau mit den übrigen Entwicklungen zum elektronischen Rechtsverkehr überzeugt die Entscheidung des KG. Es ist heute herrschend, dass rein elektronisch erstellte Urkunden für den Rechtsverkehr mit den Registern verwandt werden können – und zwar sowohl im Hinblick auf das Grundbuch¹⁸ als auch in Bezug auf den Rechtsverkehr mit den Handelsregistern¹⁹. Auch die zum 01.08.2022 in Kraft getretenen §§ 16a ff. BeurkG und § 40a BeurkG lassen die Möglichkeit erkennen, rein elektronische Urkunden zu errichten. Gerade aufgrund dieser gesetzgeberischen Wertungen, die den elektronischen Rechtsverkehr fördern sollen, erscheint es naheliegend, bei der Auslegung und Anwendung der Regelung des § 39 Abs. 2 GmbHG keine Ausnahme zu postulieren. So führt etwa der Umstand, dass es seit dem 01.08.2022 möglich ist, GmbHs durch rein elektronisch errichtete Urkunden zu gründen und

im Rahmen dieser Gründung auch bereits die Geschäftsführer zu bestellen,²⁰ dazu, dass das durch das KG gefundene Ergebnis wertungsmäßig geradezu zwingend erscheint, auch wenn die Entscheidung noch vor Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung erlassen wurde.

d) Einzuwenden gegen die Entscheidung ist allerdings, dass sie in ihrer Begründung zwei unterschiedliche Fragen miteinander vermischt: Die Frage, in welcher Form ein Dokument bestehen muss (§ 39 Abs. 2 GmbHG) und die hier von verschiedener Frage, in welcher Form es sodann dem Handelsregister vorzulegen ist (§ 12 Abs. 2 Satz 2 HGB).²¹ Auch der durch das KG für seine Begründung vorgenommene Rückgriff auf § 48 Abs. 2 GmbHG ist vor diesem Hintergrund nur wenig überzeugend. Denn diese Norm bildet als rein materiellrechtliche Vorschrift wiederum eine weitere eigenständige Ebene und ist insofern für die Frage, wie ein von ihr verschiedenes verfahrensrechtliches Formerfordernis auszulegen ist, von allenfalls geringer Bedeutung. Richtiger Ansatzpunkt für die Begründung des durch das KG gefundenen Ergebnisses wäre vielmehr der Umstand, dass der Gesetzgeber bei Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem Handelsregister die bewusste Entscheidung getroffen hat, dem Registergericht die zuvor vorgesehene Unterschriftenprobe zukünftig grundsätzlich zu versagen.²² Denn hieraus folgt, dass es schon im Ausgangspunkt keinen Sinn ergibt, Fragen der Authentizitätsprüfung bei der Auslegung des verfahrensrechtlichen Formerfordernisses des § 39 Abs. 2 GmbHG einzustellen.²³ Wenn das Registergericht die Prüfung der Authentizität des eingereichten Dokuments außer in Fällen, in denen sich Zweifel unmittelbar aufdrängen, nach dem Willen des Gesetzgebers nicht prüfen soll, wäre es wertungsmäßig nicht richtig, im Rahmen der Auslegung ein Formerfordernis zu postulieren, dessen einziger Mehrwert darin bestünde, dem Gericht genau eine solche Prüfungsmöglichkeit zu eröffnen. So verhielte es sich aber, wenn der Begriff der „Urschrift“ in § 39 Abs. 2 GmbHG rein elektronisch erstellte Dokumente ausschließen würde, weshalb eine solche Auslegung im Ergebnis ausscheiden muss.

e) Aus diesem Gesichtspunkt ergeben sich indes weitere Einwände gegen die durch das KG angeführte Begründung, die bereits in der der Entscheidung vorausgehenden Zwischenverfügung vorgezeichnet wurden: Das AG Berlin (Charlottenburg) hatte das Bestehen eines Eintragungshin-

16 Vgl. oben Fn. 8.

17 Vgl. oben Fn. 6.

18 § 137 Abs. 1 Satz 2 GBO, vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.03.2018, 8 W 437/16, NJW-RR 2018, 758, 759 Rdnr. 3.

19 § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.01.2020, I-3 Wx 52/19, 5 W 33/19, RNotZ 2020, 346, 348 Rdnr. 19 f.

20 § 2 Abs. 3 Satz 4 GmbHG, vgl. auch *Altmeyden*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 2 Rdnr. 96.

21 Vgl. zu dieser Unterscheidung *Oetker/Preuß*, HGB, 7. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 73; *Beckmann/Winter*, EWIR 2023, 167; *Redeker/Gresbrand*, NZG 2023, 697; *Mayer*, DNotZ 2023, 56, 59.

22 § 39 Abs. 4 GmbHG a. F. lautete: „Die Geschäftsführer haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen“ und wurde mit Wirkung ab dem 01.01.2007 ersatzlos gestrichen durch Art. 10 des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006, BGBl. 2006 I, S. 2553, 2579.

23 *Mayer*, DNotZ 2023, 56, 62.

dernisses – anders als es die eher formal anmutende Begründung des KG erahnen lässt – nicht etwa mit verfahrensrechtlichen Formmängeln begründet. Ausschlaggebend für das AG waren vielmehr materiellrechtliche Bedenken, die sich unmittelbar aus seiner Amtsermittlungspflicht ergaben: Da bei dem Programm „DocuSign“ die „Unterschrift“ nicht durch die jeweiligen Unterzeichner, sondern vielmehr in Abwesenheit der Unterzeichner durch den Dienstleister vorgenommen werde, könne das Zustandekommen der jeweiligen Willensbildung durch das Registergericht nicht nachvollzogen und damit auch nicht als erwiesen betrachtet werden; nicht die Form als solche, sondern die sich durch sie aufdrängenden Zweifel an der Authentizität der Eintragungsunterlagen stünden insoweit einer Eintragung entgegen.²⁴ Mit dieser Argumentation benennt das AG freilich bereits den wunden Punkt, den die Entscheidung des KG zwingend bewirkt. Eine bloße einfache elektronische Aufzeichnung mag zwar den verfahrensrechtlichen Formerfordernissen der § 39 Abs. 2 GmbHG, § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB genügen. Sie kann aber gleichwohl noch immer dazu führen, dass sich dem Registergericht Zweifel aufdrängen, ob die behaupteten Erklärungen tatsächlich durch die jeweilige Person abgegeben wurden, was gemäß § 26 FamFG Anlass zu entsprechenden Nachforschungen geben muss.

f) Alleine aufgrund des Umstandes, dass ein Dokument erkennbar mit „DocuSign“ unterzeichnet wurde, sind solche Zweifel jedoch selbst dann, wenn dem Gericht eine Verifizierung der Signaturen über den Dienstleister nicht möglich ist, aufgrund der vorliegenden Entscheidung des KG ab sofort grundsätzlich nicht mehr veranlasst. Der äußere Hinweis, das Dokument sei mit DocuSign unterzeichnet worden, gibt im Ausgangspunkt keinen Anlass zu Nachforschungen über die Authentizität des Dokuments. Hieran ändert auch nichts, dass die Unterschrift bei DocuSign nicht unmittelbar durch den Unterzeichnenden selbst, son-

dern nur auf dessen Weisung im Rahmen automatisierter Prozesse durch den Dienstleister angebracht wird und somit eine Konstellation vorliegt, wie sie dem der Verwendung eines Unterschriftenautomaten²⁵ ähnelt. Denn das Handelsregister ist durch § 26 FamFG zwar dazu verpflichtet, sich aufdrängenden Zweifeln nachzugehen. Allerdings ist es nicht dazu gehalten, Nachforschungen „ins Blaue hinein“ anzustellen und die Authentizität von Unterschriften und Signaturen ohne konkreten Anlass zu überprüfen,²⁶ wie dies vorliegend im Hinblick auf eine Prüfung, der Dienstleister könnte trotz der eingerichteten automatisierten Prozesse weisungswidrig gehandelt haben, der Fall wäre. Die Möglichkeit, die Authentizität von Dokumenten durch das Abgleichen von Unterschriften zu überprüfen, hat der Gesetzgeber dem Registergericht vielmehr gerade bewusst genommen.²⁷ Soweit keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass das eingereichte Dokument nicht authentisch ist, ist eine entsprechende Nachforschung durch das Handelsregister daher nicht nur nicht veranlasst, sondern unzulässig. Dieser Grundsatz gilt außer für die Signatur durch DocuSign auch für die Verwendung anderer Signaturanbieter und eingescannter Unterschriften, ja sogar für die bloß textförmliche Namenswiedergabe. Das hierdurch verbleibende Risiko von Registereintragungen aufgrund eines nicht authentischen Dokuments hat der Gesetzgeber bei Einführung des § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB bewusst in Kauf genommen, weshalb es durch das Handelsregister und den Rechtsverkehr hinzunehmen ist.

24 AG Berlin-Charlottenburg Zwischenverfügung vom 14.04.2022, HRB 219519 B-A-426886/2022, BeckRS 2022, 23993.

25 Vgl. dazu im Hinblick auf das Schriftformerfordernis des § 126 BGB Blank/Börstinghaus/Siegmund/Siegmund, Miete, 7. Aufl. 2023, § 568 BGB Rdnr. 10.

26 Redeker/Gresbrand, NZG 2023, 697, 698; vgl. auch Schütz, MittBayNot 2022, 424, 428; Mayer, DNotZ 2023, 56, 60.

27 Vgl. oben Fn. 22.

Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 2

Von Rechtsanwalt **Andreas Klaus**, LL.M., Flick Gocke Schaumburg, München, und Steuerberater Dr. **Johannes Manthey**, Manthey & Manthey Steuerberatungsgesellschaft mbH, Gräfelfing

Im ersten Teil des Beitrags¹ wurden der gesetzlich normierte Regelfall des Gewinnverteilungsschlüssels nach Kapitalanteilen bei GmbH und Aktiengesellschaft sowie die zivilrechtlichen Wege zu einer disquotalen Gewinnverteilung dargestellt. Im zweiten Teil erfolgt nun die steuerliche Einordnung einer disquotalen Gewinnausschüttung aufgrund von Satzung, Öffnungsklausel und satzungsdurchbrechendem Beschluss (dazu III.) sowie abschließend die Einschätzung zur steuerrechtlichen Anerkennung durch Finanzverwaltung und Rechtsprechung (dazu IV.).

III. Steuerliche Einordnung einer disquotalen Gewinnausschüttung aufgrund von Satzung, Öffnungsklausel und satzungsdurchbrechendem Beschluss

1. Steuerliche Motive für eine disquotale Gewinnausschüttung

Eine steuerlich anerkannte disquotale Gewinnausschüttung ermöglicht, steuerbare Einkünfte zwischen Gesellschaftern zu verlagern: Es werden zunächst Gewinne an einen Gesellschafter ausgeschüttet, der die Gewinnausschüttung nicht oder geringer zu versteuern hat (gleich aus welchen Gründen). Anschließend legt er die erhaltenen Gewinne in das steuerliche Einlagekonto der Gesellschaft ein, das nicht personenbezogen ist. Schließlich schüttet die Gesellschaft die eingelegten Gewinne („nochmal“) aus dem Einlagekonto aus, nunmehr etwa quotale an die Gesellschafter.² Da die Ausschüttung aus dem Einlagekonto erfolgt, ist die zweite Ausschüttung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG steuerfrei.³

Auch kann eine disquotale Gewinnminderung in Gestalt der gespaltenen Ausschüttung (siehe I. 1. b)) für die vorweggenommene Erbfolge oder zur Vorbereitung eines Unternehmenskaufs als Gestaltung eingesetzt werden. So können zum Beispiel Ausschüttungen, die auf minderjährige Kinder entfallen würden, in gesellschafterbezogene Rücklagen

eingestellt werden oder nur die Gewinne eines veräußerungswilligen Gesellschafters vor dem Verkauf ausgeschüttet werden. Somit würde zunächst disquotale ausgeschüttet. Sobald die Kinder dann ein festgelegtes Alter erreichen, können die Rücklagen erneut disquotale ausgeschüttet werden. Dieses Vorgehen schiebt den Zufluss der Ausschüttung auf.

Exkurs: Die Bildung gesellschafterbezogener Rücklagen⁴ führt auch dem BFH zufolge nicht dazu, dass Kapitalerträge dem Gesellschafter zufließen, für den die Gewinne in die Rücklagen eingestellt werden, § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG.⁵ Die der Finanzverwaltung nahestehende Literatur fordert hingegen zum einen eine Regelung in der Satzung und hinterfragt zum anderen, ob im Zeitpunkt der Einstellung von Gewinnen in eine personenbezogene Rücklage nicht bereits ein Bezug im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG realisiert wird. Die Realisation soll dadurch stattfinden, dass der begünstigte Gesellschafter über eine bereits entstandene Forderung auf Auszahlung des Gewinnanteils verfügt, mit der Folge, dass die personenbezogene Rücklage als Fremdkapital zu behandeln ist.⁶

Zumindest durch den Beschluss zur Gewinnverwendung – abzugrenzen von der Gewinnverteilung (siehe oben) – dürfte die eingestellte Rücklage jedenfalls niemandem zufließen, wenn Beträge in gesellschafterbezogene Rücklagenkonten eingestellt werden.⁷ Denn die Buchung auf ein gesellschafterbezogenes Unterkonto der Gewinnrücklage ist dem BFH zufolge – wie beschrieben – nicht steuerbar.⁸ Auch die der Finanzverwaltung nahestehende Literatur stimmt dem zu, weil spätere Gewinnausschüttungen aus einer solchen gesellschafterbezogenen Gewinnrücklage, die als Unterkonto der Gewinnrücklage geführt wird, einen

1 Teil 1 abgedruckt in MittBayNot 2023, 558.

2 Brandis/Heuermann/Rengers, Ertragsteuerrecht, Stand: August 2023, § 8 KStG ABC der vGA u. vE, Stichwort „Disquotale offene Gewinnausschüttung von KapGes“.

3 Dabei muss § 17 Abs. 4 EStG beachtet werden. Danach kann die Zurückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto i. S. d. § 27 KStG als Veräußerung i. S. d. § 17 Abs. 1 EStG gelten.

4 Vgl. hierzu Teil 1 in MittBayNot 2023, 558, 559 unter I. 1. b).

5 BFH, Urteil vom 28.09.2021, VIII R 25/19, BFH/NV 2022, S. 267 Rdnr. 15 und 21; Brandis/Heuermann/Rengers, Ertragsteuerrecht, § 8 KStG ABC der vGA u. vE, Stichwort „Disquotale offene Gewinnausschüttung von KapGes“; Liekenbrock/Liedgens, FR 2023, 181-188.

6 Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, Stand: September 2023, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 170.

7 Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 170.

8 BFH, Urteil vom 28.09.2021, VIII R 25/19, BFH/NV 2022, S. 267 Rdnr. 11, zustimmend auch Birkenmaier/Obser, GmbHR 2022, 850, 854.

(weiteren) Gewinnverwendungsbeschluss voraussetzen.⁹ Der gehemmte Zufluss ist auch damit begründet, dass es sich bei der Gewinnrücklage um ein Konto der Kapitalgesellschaft handelt und nicht um ein Konto des Gesellschafters.¹⁰

In anderen Fällen dienen disquotale Ausschüttungen der Abgeltung von ungleichen Einlagen oder Leistungsbeiträgen der Gesellschafter. Weitere Anwendungsfälle sind die Nutzbarmachung von Verlustvorträgen einzelner Gesellschafter, die Vermeidung von Progressionseffekten, die Kaufpreiszahlung durch Gewinnverzicht, die Vermeidung des Kapitalertragsteuerabzugs bei beschränkt Steuerpflichtigen, etc.¹¹

2. Steuerliche Grundsätze für die Behandlung einer disquotalen Gewinnausschüttung

Steuerlich muss ein Gesellschafter nur denjenigen Gewinnanteil nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG versteuern, den er erhält – gleich ob aufgrund einer disquotalen oder kongruenten Gewinnverteilung. Der Besteuerung wird nicht stets eine „fiktiv“ kongruente Gewinnausschüttung zugrunde gelegt. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung und der Auffassung der Verwaltung, dass von den Beteiligungsverhältnissen abweichende disquotale Gewinnausschüttungen und disquotale Wiedereinlagen steuerlich grundsätzlich anzuerkennen sind und auch dann keinen Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO darstellen, wenn andere als steuerliche Gründe für disquotale Gewinnausschüttungen und Wiedereinlagen nicht erkennbar sind.¹²

Dies entspricht auch der steuerlichen Behandlung einer verdeckten Gewinnausschüttung: Die meisten verdeckten Gewinnausschüttungen sind zugleich disquotale Ausschüttungen an den empfangenden Gesellschafter und werden nur bei ihm als Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG der Besteuerung zugrunde gelegt.¹³ Daraus folgert auch die Rechtsprechung, dass offene disquotale Gewinnausschüt-

tungen nur derjenige Gesellschafter versteuern muss, der sie erhält – solange die offene disquotale Gewinnausschüttung nur mit dem Gesellschaftsrecht im Einklang steht.¹⁴

Ist die Gewinnausschüttung zivilrechtlich unwirksam, würde die Finanzverwaltung der Besteuerung eine quotale Gewinnausschüttung zugrunde legen.¹⁵ Rechtsfolge einer zivilrechtlich wirksamen, aber aus Sicht der Finanzverwaltung gleichwohl missbräuchlichen disquotalen Gewinnausschüttung wäre eine fiktive kongruente Ausschüttung (§ 42 AO).¹⁶

3. Anforderungen der Finanzverwaltung an disquotale Gewinnausschüttung

Die steuerliche Anerkennung einer disquotalen Gewinnausschüttung setzt nach herrschender Meinung voraus, dass eine vom Anteil am Grund- oder Stammkapital abweichende Gewinnverteilung zivilrechtlich wirksam bestimmt ist.¹⁷ Die Finanzverwaltung erkennt folgende Fälle disquotaler Gewinnausschüttungen aus steuerlicher Sicht ausdrücklich an:¹⁸

- a) Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung
 - Vereinbarung einer disquotalen Verteilung ungleich dem Verhältnis der Geschäftsanteile im Gesellschaftsvertrag (§ 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG). Für eine nachträgliche Satzungsänderung zur Regelung einer ungleichen Gewinnverteilung ist nach § 53 Abs. 3 GmbHG die Zustimmung aller beteiligten Gesellschafter erforderlich.
 - Vereinbarung einer Öffnungsklausel in der Satzung, nach der alljährlich mit Zustimmung der beeinträchtigten Gesellschafter oder einstimmig über eine von der satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverteilung beschlossen werden kann. Die Finanzverwaltung weist darauf hin, dass Beschlüsse zur Änderung der Gewinnverteilung mit der in der Satzung bestimmten oder gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit zu fassen sind.
 - b) Bei Aktiengesellschaften
 - Vereinbarung eines vom Verhältnis der Anteile am Grundkapital abweichender Gewinnverteilungsschlüssels (§ 60 Abs. 1 und 3 AktG). Für eine nachträgliche Satzungsänderung zur Regelung einer ungleichen Gewinnverteilung ist nach § 179 Abs. 3 AktG die Zustimmung aller benachteiligten Aktionäre erforderlich.
- 14 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196 Rdnr. 41.
- 15 BMF vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63. Die Finanzverwaltung erklärt nicht, wie sie dieses Ergebnis dogmatisch begründet.
- 16 FG Münster, Urteil vom 30.06.2021, 13 K 272/19 G, F, EFG 2021, 1615 Rdnr. 45.
- 17 BMF vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63.
- 18 BMF vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63.

9 Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 170.

10 Birkenmaier/Obser, GmbHR 2022, 850, 854.

11 Schmidtman, Ubg 2014, S. 502.

12 BMF vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63; BFH, Urteil vom 19.08.1999, I R 77/96, BStBl. II 2001, S. 43 (Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren stellt grundsätzlich keinen Missbrauch dar); Urteil vom 28.06.2006, I R 97/05, BFH/NV 2006, 2207 Rdnr. 29 (Rücklagenmanagement kein Missbrauch, keine außersteuerlichen Gründe nötig); Urteil vom 04.12.2014, IV R 28/11, BFH/NV 2015, 495-497 Rdnr. 18 ff. (disquotale Gewinnausschüttung i. H. d. thesaurierten Gewinns an ausscheidenden Gesellschafter kein Missbrauch) siehe zu Ausschüttung an ausscheidenden Gesellschafter auch FG Köln, Urteil vom 14.09.2016, 9 K 1560/14, EFG 2016, 1875; Gosch/Gosch, KStG, 4. Aufl. 2020, § 8 Rdnr. 146b; disquotale Gewinnverteilungsabreden sollen auch bei Personengesellschaften aus steuerlicher Sicht anzuerkennen sein, vgl. FG München, Urteil vom 17.11.2020, 12 K 2334/18, EFG 2021, 755-758 Rdnr. 33 (Rev. anhängig BFH vom 20.07.2021, VIII R 3/21).

13 Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 163.

- Eine Öffnungsklausel genügt für die Wirksamkeit einer disquotalen Gewinnausschüttung nicht.¹⁹

Laut der Finanzverwaltung kann trotz zivilrechtlicher Wirksamkeit eine unangemessene Gestaltung im Sinne des § 42 AO vorliegen, wenn für eine vom gesetzlichen Verteilungsschlüssel abweichende Gewinnverteilung beachtliche wirtschaftlich vernünftige außersteuerliche Gründe fehlen – ein Indiz hierfür können kurzzeitige oder wiederholt geänderte Gewinnverteilungsabreden sein.²⁰ Die von der Finanzverwaltung genannten Missbrauchsvermutungen werden in der Literatur mit der Begründung abgelehnt, dass sie den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben widersprechen.²¹

4. Steuerliche Rechtsprechung, insbesondere Urteil des BFH vom 28.09.2022²²

Die Rechtsprechung hält sich damit zurück, einen Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO anzunehmen, und verlangt grundsätzlich nicht, dass der Steuerpflichtige außersteuerliche Gründe für eine disquotale Gewinnausschüttung vorträgt.²³ Dem FG Münster zufolge muss der Steuerpflichtige sogar dann keine außersteuerlichen Gründe für eine disquotale Gewinnausschüttung vortragen, wenn die Gesellschafter disquotale Ausschüttungen untereinander ausgleichen müssen. Denn die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs mit der Rechtsfolge einer fiktiv kongruenten Gewinnausschüttung würde diejenigen Gesellschafter überkompensieren, die keine Ausschüttung erhalten, wenn nach einer fiktiven Ausschüttung auch noch Ausgleichsansprüche bestünden.²⁴ Eine solche Überkompensation kann die Finanzverwaltung nach Auffassung des FG Münster auch nicht dadurch auflösen, indem sie die Ausgleichsansprüche als nichtig oder nachträglich unwirksam ansieht.²⁵

Auch der BFH legte in seinem Urteil vom 28.09.2022²⁶ den Rahmen für die Anerkennung von disquotalen Gewinnausschüttungen weiter aus als die Finanzverwaltung: Ein punk-

tuell satzungsdurchbrechender Beschluss über eine disquotale Vorabauschüttung, der von der Gesellschafterversammlung einstimmig gefasst worden ist und der von keinem Gesellschafter angefochten werden kann, ist als zivilrechtlich wirksamer Ausschüttungsbeschluss der Besteuerung zugrunde zu legen (siehe Teil 1 in MittBayNot 2023, 558, 562 unter II. 3. a)).²⁷

Dem BFH zufolge verwirklicht derjenige Gesellschafter nicht den Tatbestand der Einkünfteerzielung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, an den nach einem solchen Beschluss kein Gewinn verteilt wird.²⁸ Entgegen der Auffassung des BMF²⁹ kommt es laut dem BFH nur auf den Bezug von Gewinnanteilen an, nicht auch darauf, ob der Bezug fremdüblich oder angemessen ist.³⁰

Die Rechtsprechung des BFH lehnt eine allgemeine steuerliche Angemessenheitskontrolle zivilrechtlich wirksam beschlossener disquotaler Gewinnausschüttungen ab.³¹ Demnach ist die Frage, ob eine disquotale Vorabgewinnausschüttung nach § 42 AO gestaltungsmissbräuchlich ist, bei zivilrechtlich wirksamen punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen nach denselben Maßstäben zu beurteilen, die für satzungsgemäße disquotale Ausschüttungen gelten.³² Für einen Gestaltungsmissbrauch müssten besondere Umstände des Einzelfalls vorliegen.³³

Im Schrifttum wird ein Missbrauch angenommen, wenn beispielsweise der benachteiligte Gesellschafter gezielt eine Rückleitung der Ausschüttung an sich selbst oder eine Begünstigung eines Mitgesellschafters bezweckt.³⁴ Im zuletzt genannten Fall kann zusätzlich eine schenkungsteuerrelevante Zuwendung zwischen den Gesellschaftern vorliegen (siehe hierzu nachfolgend unter III. 8.).³⁵

19 Zur zivilrechtlichen Wirksamkeit bei der AG siehe Teil 1 in MittBayNot 2023, 558, 561 unter II. 2. b)) sowie Anmerkungen *Liekenbrock/Liedgens*, FR 2023, 181-188; LG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.12.2014, 3-5 O 47/14, 3/5 O 47/14, 3-05 O 47/14, 3/05 O 47/14, NZG 2015, 482-485.

20 BMF vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63; Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 168.

21 Gosch/Gosch, KStG, § 8 Rdnr. 146b.

22 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196.

23 Vergleiche Brandis/Heuermann/Rengers, Ertragsteuerrecht, § 8 KStG ABC der vGA u. vE, Stichwort „Disquotale offene Gewinnausschüttung von KapGes“; FG Münster, Urteil vom 30.06.2021, 13 K 272/19 G, F, EFG 2021, 1615 Rdnr. 45.

24 FG Münster, Urteil vom 30.06.2021, 13 K 272/19 G, F, EFG 2021, 1615 Rdnr. 45.

25 FG Münster, Urteil vom 30.06.2021, 13 K 272/19 G, F, EFG 2021, 1615 Rdnr. 45.

26 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196.

27 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196 Rdnr. 20.

28 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196 Rdnr. 32.

29 BMF vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63.

30 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196 Rdnr. 33.

31 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196 Rdnr. 33.

32 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFH/NV 2023, 196 Rdnr. 41.

33 *Levedag*, HFR 2023, 225, 230.

34 Brandis/Heuermann/Rengers, Ertragsteuerrecht, § 8 KStG ABC der vGA u. vE, Stichwort „Disquotale offene Gewinnausschüttung von KapGes“; BFH, Urteil vom 04.05.2012, VIII B 174/11, BFH/NV 12, 1330 Rdnr. 4; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 42. Aufl. 2023, § 5 Rdnr. 270, Stichwort „Beteiligungen an Kapitalgesellschaft“.

35 Oberste Finanzbehörden der Länder 20.04.2018, BStBl. I 2018, S. 632 Rdnr. 2.6.2 (Schreiben aufgehoben für Steuer-tatbestände, die nach dem 31.12.2019 verwirklicht werden, jedoch wird in der Literatur weiterhin auf die Fundstelle verwiesen, siehe z. B. Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 168. Laut Burandt/Rojahn/Milatz/Christopeit, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 7 ErbStG Rdnr. 48 ist die Aufhebung des BMF-Schreibens keine Aufgabe der bisherigen Rechtsauffassung der Verwaltung, sondern dient der Bereinigung der Weisungslage).

5. Steuerfolgen bei Abtretung, Nießbrauch und Verzicht

Die entgeltliche Abtretung eines künftigen³⁶ Gewinnausschüttungsanspruchs führt beim Zedenten zu Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. a) EStG,³⁷ sofern der Zedent einen Gewinnausschüttungsanspruch aus seinem Privatvermögen heraus veräußert. (Nur) der Veräußerungsgewinn des Zedenten unterliegt dann der Besteuerung; der spätere Zufluss der Dividende beim Zessionar hingegen nicht, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. a) Satz 2 EStG.³⁸ Dadurch wird die Besteuerung zeitlich vorverlagert.³⁹ Steuerrechtlich ist nach einer Veräußerung des Gewinnausschüttungsanspruchs nicht erheblich, in wessen Person der spätere Anspruch auf Gewinnausschüttung entsteht. Denn der maßgebliche Besteuerungstatbestand ist die Erzielung des Veräußerungsgewinns, nicht der Erhalt eines Gewinnanteils. Die Veräußerung eines Gewinnanspruchs aus einem Betriebsvermögen unterfällt der Besteuerung nach § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1 i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG.

Sind einem Nießbraucher die Gewinnanteile im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), muss er den Erhalt der Gewinnanteile versteuern. Nach § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG gilt dann als Anteilseigner, der die Einkünfte nach § 20 Abs. 5 Satz 1 EStG erzielt.

Der Verzicht auf eine bereits entstandene Forderung auf Gewinnausschüttung kann steuerrechtlich eine Einlage sein.⁴⁰

6. Zeitpunkt des Zuflusses einer disquotalen Gewinnausschüttung

Die disquotale, steuerlich anzuerkennende Gewinnausschüttung aus Anteilen im Privatvermögen des Steuerpflichtigen fließt dem Gesellschafter nach den allgemeinen Grundsätzen erst mit der Auszahlung des Gewinns zu (§ 11 Abs. 1 Satz 1 EStG). Für verdeckte Gewinnausschüttungen gilt dies gleichermaßen.⁴¹

Für beherrschende Gesellschafter gelten hingegen Besonderheiten. Diesen fließt ein Gewinnausschüttungsanspruch steuerlich regelmäßig vorher zu, nämlich mit dem Gewinnverwendungsbeschluss. Durch den Gewinnverwendungsbeschluss entsteht der Gewinnausschüttungsanspruch, der nach § 271 Abs. 1 BGB regelmäßig sofort fällig wird. Jedoch kann die Satzung Bestimmungen über Gewinnabhebungen

oder Auszahlungen enthalten, die die Fälligkeit hinausschieben und damit den Zufluss an den beherrschenden Gesellschafter hinauszögern.⁴²

Fehlen solche Bestimmungen in der Satzung, die die Fälligkeit hinausschieben, fließen dem beherrschenden Gesellschafter die Gewinnausschüttungsansprüche bereits zur Zeit des Gewinnverwendungsbeschlusses zu, weil es der beherrschende Gesellschafter einer (zahlungsfähigen) GmbH in der Hand habe, die Fälligkeit des Ausschüttungsanspruchs nach seinem Ermessen zu bestimmen; er könne damit wirtschaftlich bereits zur Zeit der Beschlussfassung über seinen Gewinnanteil verfügen.⁴³ Selbst wenn die Gesellschafterversammlung eine spätere Fälligkeit bestimmt, fließen dem beherrschenden Gesellschafter die Gewinnausschüttungsansprüche bereits mit Beschlussfassung zu.⁴⁴ Der Zufluss zur Zeit des Gewinnausschüttungsbeschlusses in Bezug auf den beherrschenden Gesellschafter gilt auch für Fälle gespaltener Gewinnverwendung.⁴⁵

Im Fall von Beteiligungen im Betriebsvermögen von Bilanzierern gelten die allgemeinen Gewinnermittlungsgrundsätze.⁴⁶ In der Handelsbilanz entsteht ein aktivierungspflichtiger Gewinnanspruch bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften grundsätzlich zur Zeit des Gewinnverwendungsbeschlusses der Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung (§ 174 AktG bzw. §§ 29, 46 Nr. 1 GmbHG).⁴⁷ Dies gilt nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit auch für die Steuerbilanz (§ 5 Abs. 1 EStG i. V. m. § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB).

Daher sollten Modifizierungen der Gewinnverteilung bereits vor dem Entstehen des Gewinnausschüttungsanspruchs vorgenommen werden. Andernfalls kann bereits ein steuerbe gründender Zufluss der Gewinnausschüttung vorliegen.⁴⁸

7. Zwischenfazit der ertragsteuerlichen Einordnung

Im Ergebnis ist eine zivilrechtlich wirksame disquotale Ausschüttung in den meisten Fällen steuerlich anzuerkennen. Bereits eine disquotale satzungsdurchbrechende Gewinnausschüttung bei einstimmiger Beschlussfassung durch alle Gesellschafter dürfte steuerrechtlich unbedenklich

36 Wird ein bestehender Gewinnausschüttungsanspruch veräußert, erzielt der Veräußerer regelmäßig bereits Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, Brandis/Heuermann/Ratschow, Ertragsteuerrecht, § 20 EStG Rdnr. 361.

37 BFH, Urteil vom 15.03.2021, I R 80/17, DStR 2021, 2196, juris Rdnr. 12.

38 Herrmann/Heuer/Raupach/Buge, EStG KStG, Stand: September 2023, § 20 EStG Rdnr. 450, 457. Der spätere Einzug des Gewinnausschüttungsanspruchs unterliegt daher auch nicht der Kapitalertragsteuer (siehe dort).

39 Brandis/Heuermann/Ratschow, Ertragsteuerrecht, § 20 EStG Rdnr. 361.

40 Vgl. Staudinger/Rieble, Neub. 2022, § 397 Rdnr. 301.

41 Schmidt/Levedag, EStG, § 11 Rdnr. 47.

42 BFH, Urteil vom 17.11.1998, VIII R 24/98, BStBl. II 1999, S. 223 Rdnr. 14 m. w. N.

43 BFH, Urteil vom 02.12.2014, VIII R 2/12, BStBl. II 2015, S. 333 Rdnr. 16; Urteil vom 17.11.1998, VIII R 24/98, BStBl. II 1999, S. 223 Rdnr. 14; Schmidt/Levedag, EStG, § 20 Rdnr. 22; Rödder/Herlinghaus/Neumann/Neumann, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2023, § 8 Rdnr. 364.

44 BFH, Urteil vom 02.12.2014, VIII R 2/12, BStBl. II 2015, S. 333 Rdnr. 16.

45 BFH, Urteil vom 28.09.2021, VIII R 25/19, BFH/NV 2022, S. 267 Rdnr. 22.

46 Schmidt/Levedag, EStG, § 11 Rdnr. 47.

47 Beck'scher Bilanz-Kommentar/Justenhoven/Kliem/Müller, 13. Aufl. 2022, § 275 HGB Rdnr. 177 (Beck'scher Bilanz-Kommentar/Störk/Büssow, § 252 HGB Rdnr. 62).

48 Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 KStG Rdnr. 163.

sein.⁴⁹ Zivilrechtlich sollten sicherheitshalber auch alle sonstigen Voraussetzungen der §§ 53 ff. GmbHG eingehalten werden.⁵⁰ Ist die disquotale Gewinnausschüttung zivilrechtlich wirksam, ist zu beurteilen, ob ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt. Ein solcher dürfte nach der Rechtsprechung des BFH nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen.

Selbst wenn eine disquotale Gewinnausschüttung zivilrechtlich nicht wirksam sein sollte, kann sie nach § 41 Abs. 1 Satz 1 AO noch der Besteuerung zugrunde zu legen zu sein. Dies erfordert jedoch einen höheren Begründungsaufwand. Denn dann müssen die Beteiligten nachweisen, dass sie das wirtschaftliche Ergebnis der zivilrechtlich unwirksamen Gewinnausschüttung gleichwohl eintreten und bestehen lassen.

Die Aufnahme einer Öffnungsklausel im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ist nach wie vor ein empfehlenswerter Weg, um Diskussionen mit der Finanzverwaltung zu vermeiden. Einen Formulierungsvorschlag hierfür bieten *Wollweber/Scherberich*.⁵¹ Es bleibt abzuwarten, ob die Finanzverwaltung den Erlass vom 17.12.2013 überarbeiten wird.

8. Schenkungsteuerrechtliche Aspekte

Erbringt ein Gesellschafter eine *Einlage*, die über seine Beteiligungsquote hinausgeht, kann darin je nach den Umständen des Einzelfalls eine eigene Einlage, aber auch eine quotale eigene Einlage und im Übrigen eine Zuwendung an die anderen Gesellschafter und Einlage dieser Gesellschafter zu sehen sein (§ 7 Abs. 8 ErbStG).⁵²

Auch für disquotale *Ausschüttungen* wird diskutiert, ob sie schenkungsteuerlich erhebliche Zuwendungen auslösen. Im Fall einer disquotalen Gewinnverteilung wird eine freigebige Zuwendung der Gesellschaft zugunsten einzelner Gesellschafter grundsätzlich abgelehnt.⁵³

Bei einer gespaltenen oder zeitlich disquotalen Gewinnverwendung, bei der der anteilige, nicht ausgeschüttete Betrag in gesellschafterbezogene Rücklagenkonten⁵⁴ eingestellt wird, kommt es nicht zu einer freigebigen Zuwendung zwischen den Gesellschaftern, weil der zurücktretende Gesellschafter seinen Gewinnanteil nicht aufgibt, sondern diesen lediglich später erhält.⁵⁵

Jedoch kommt im Falle einer disquotalen Gewinnverteilung eine freigebige Zuwendung zwischen den Gesellschaftern in Betracht, wenn die Gewinnausschüttung nicht aus (gesellschafterbezogenen) Rücklagenkonten erfolgt: Laut der Finanzverwaltung liegt regelmäßig eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG eines Verzichtenden zugunsten der Mitgesellschafter vor, wenn ein Gesellschafter zugunsten eines Mitgesellschafter auf einen bereits entstandenen Gewinnanspruch verzichtet. Entsprechend soll laut der Finanzverwaltung auch in Fällen einer nicht leistungsbezogen bestimmten disquotalen Gewinnausschüttung regelmäßig eine freigebige Zuwendung vorliegen.⁵⁶

Das FG Rheinland-Pfalz erkennt an, dass eine disquotale Gewinnausschüttung zu einer Doppelbelastung mit Einkommen- und Schenkungsteuer führen kann. Denn die disquotale Gewinnausschüttung berührt steuerrechtlich zwei getrennte Vorgänge: einerseits den Hinzuerwerb und andererseits die hiervon zu unterscheidende Verwendung bereits erwirtschafteter Leistungsfähigkeit.⁵⁷ Die Literatur spricht sich teilweise dagegen aus, dass eine disquotale Gewinnausschüttung eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zwischen den Gesellschaftern auslöst.⁵⁸

49 *Levedag*, HFR 2023, 225, 230.

50 Siehe hierzu Teil 1 in MittBayNot 2023, 558, 562 unter II. 3. a).

51 *Wollweber/Scherberich*, GmbH-StB 2020, 260, 262: „Durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss können die Gesellschafter alljährlich eine Gewinnausschüttung beschließen, welche von der Verteilung nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile des einzelnen Gesellschafters abweicht.“ Weitere Formulierungsvorschläge siehe *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 857.

52 Brandis/Heuermann/Rengers, Ertragsteuerrecht, § 8 KStG ABC der vGA u. vE, Stichwort „Disquotale vGA/verdeckte Einlagen von KapGes“; BFH, Urteil vom 09.06.1997, GrS 1/94, BStBl. II 1998, S. 307 Rdnr. 65-67; Urteil vom 04.08.2006, VIII B 239/05, juris Rdnr. 7; Wilms/Jochum/Götz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand: August 2023, § 7 Rdnr. 44, 353; Kapp/Ebeling/Curd, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand: September 2023, § 7 Rdnr. 14, 233.

53 BFH, Urteil vom 30.01.2013, II R 6/12, BStBl. II 2013, S. 930 Rdnr. 19, 28 und 30; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gebel, ErbStG, Stand: 10.07.2023, § 7 Rdnr. 191; *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 856; Scherer/Hübner, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, Rdnr. 162; *Werner*, DStR 2023, 868, 873; BFH, Urteil vom 13.09.2017, II R 54/15, BStBl. II 2018, S. 292 Rdnr. 18.

54 Vgl. hierzu Teil 1 in MittBayNot 2023, 558, 560 unter II. 1. b).

55 *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 856; *Schmidtmann*, Ubg 2014, 502 unter 4.; laut *Förster*, DB 2015, 331, 334 scheidet eine freigebige Zuwendung aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung aus (eine Zuwendung der Gesellschafter untereinander hingegen ist durchaus möglich), so auch *Birnbaum/Escher*, DStR 2014, 1413; *Pörschke*, DB 2017, 1165, 1168 (Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels führt nicht zu einer Mehrung der verteilungsfähigen Mittel, daher keine Bereicherung).

56 Oberste Finanzbehörden der Länder vom 20.04.2018 BStBl. I 2018, S. 632 Rdnr. 2.6.4 (Schreiben aufgehoben für Steuertatbestände, die nach dem 31.12.2019 verwirklicht werden, jedoch wird in der Literatur weiterhin auf die Fundstelle verwiesen, siehe z. B. *Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 1 KStG Rdnr. 168; laut *Burandt/Rojahn/Milatz/Christopeit*, ErbStG, § 7 ErbStG Rdnr. 48 ist die Aufhebung des BMF-Schreibens keine Aufgabe der bisherigen Rechtsauffassung der Verwaltung, sondern dient der Bereinigung der Weisungslage); *Wilms/Jochum/Götz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 53.

57 FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 07.10.2021, 4 K 1274/20, EFG 2022, 278 Rdnr. 55 (freigebige Zuwendung zwischen Gesellschaftern einer Personengesellschaft nach verdeckter Gewinnausschüttung einer im Eigentum der Personengesellschaft stehenden Kapitalgesellschaft).

58 *Wilms/Jochum/Götz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 54; *Winkels*, ErbStB 2014, 128, 133.

Ein Teil des Schrifttums vertritt, dass der Verzicht eines Gesellschafters auf seinen Gewinnanteil ohne Gegenleistung (Kompensation) eine freigebige Zuwendung des verzichtenden Gesellschafters an den begünstigten Gesellschafter sein kann (Zuwendung auf Gesellschafterebene).⁵⁹ Für diese Auslegung spricht, dass der BFH eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Betracht zieht, wenn eine verdeckte Gewinnausschüttung an eine Person erfolgt, die einem Gesellschafter nahesteht. Ob eine solche Zuwendung vorliegt, hängt dann von der Rechtsbeziehung zwischen dem Gesellschafter und der nahestehenden Person ab.⁶⁰

Hingegen sollte es sich nicht um freigebige Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zwischen den Gesellschaftern handeln, wenn es eine Gegenleistung für die disquotale Ausschüttung gibt, d. h. wirtschaftliche Gründe für die Sonderleistung an einen Gesellschafter vorliegen.⁶¹ Für die Möglichkeit einer freigebigen Zuwendung zwischen den Gesellschaftern spricht auch, dass andernfalls Schenkungsteuer durch die gezielte Konstruktion von inkongruenten Gewinnausschüttungen vermieden werden könnte.

Vorsorglich empfehlen *Birkenmaier/Obser*, vertraglich zu vereinbaren, dass zu einem späteren Zeitpunkt die benachteiligten Gesellschafter von den anderen Gesellschaftern eine gegenläufige disquotale Gewinnverteilung verlangen können.⁶² Dadurch kann unter Umständen die Ent- oder Bereicherung fehlen und etwaige festgesetzte Schenkungsteuer nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erlöschen.⁶³

59 Wilms/Jochum/Götz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 53; *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 856.

60 BFH, Urteil vom 13.09.2017, II R 54/15, BStBl. II 2018, S. 292 Rdnr. 35; von Oertzen/Loose/Stalleiken/Loose, ErbStG, 3. Aufl. 2022, § 7 Rdnr. 595.

61 Wilms/Jochum/Götz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 54; *Winkels*, ErbStB 2014, 128, 133 Rdnr. 50; Oberste Finanzbehörden der Länder vom 20.04.2018, BStBl. I 2018, S. 632 Rdnr. 2.6.2; Hintergrund könnte z. B. die Abgeltung der Tätigkeit als Geschäftsführer sein (vgl. Fallbeispiel in *Ottersbach*, BB 2023, 855, 858).

62 *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 856.

63 Wilms/Jochum/Götz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 44.

Für Konzernsachverhalte ist umstritten, ob offene disquotale Gewinnausschüttungen in Form der Erhöhung des Werts der Anteile der Gesellschafter der ausschüttungsempfangenden Gesellschaft den Tatbestand des § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG erfüllen können.⁶⁴

Im Fall einer freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt es, die schenkungsteuerlichen Anzeige- und Erklärungspflichten zu beachten.⁶⁵

IV. Ergebnis

Im Ergebnis erkennen die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung eine disquotale Gewinnausschüttung dann am wahrscheinlichsten an, wenn sie auch zivilrechtlich wirksam ist. Selbst bei ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit ist ein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO jedoch nicht völlig auszuschließen. Regelmäßig erfordert die disquotale Gewinnausschüttung daher eine gesellschaftsrechtliche und steuerliche Beratung. Am sichersten ist der Weg einer Öffnungsklausel in der GmbH, kombiniert mit einem (einstimmigen) Gesellschafterbeschluss unter Zustimmung aller Gesellschafter. Für die Aktiengesellschaft empfiehlt sich, die disquotale Gewinnausschüttung in die Satzung aufzunehmen.

Die Finanzverwaltung mag disquotale Gewinnausschüttungen (derzeit noch) besonders auf ihren Gestaltungsmissbrauch hin überprüfen (§ 42 AO). Allerdings hat der Steuerpflichtige im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung hohe Aussichten auf Erfolg, sich gegen die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs zu wehren, solange die disquotale Gewinnausschüttung zivilrechtlich wirksam ist. Selbst eine zivilrechtlich unwirksame Gewinnausschüttung könnte nach § 41 Abs. 1 AO noch steuerlich anzuerkennen sein.

64 Vergleiche *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gebel*, ErbStG, § 7 Rdnr. 192; dagegen spricht sich *Pörschke*, DB 2017, 1165, 1168 aus, hingegen soll dies laut *Schmidtmann*, Ubg 2014, 502 unter 4. möglich sein.

65 *Wollweber/Scherberich*, GmbH-StB 2020, 260, 263.

Praxisupdate Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Das Praxisupdate Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht schildert die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer in den letzten zwei Jahren. Der Schwerpunkt liegt auf Aspekten, die in der notariellen Gestaltungspraxis von Bedeutung sind. Dabei werden neben Fragen des Privatvermögens auch solche des Betriebsvermögens behandelt. Im Berichtszeitraum der letzten zwei Jahre sind sowohl Gesetzesänderungen, wichtige Gerichtsentscheidungen als auch zahlreiche bedeutsame Verwaltungsanweisungen abzuhandeln. Themen, die in der MittBayNot bereits aufgegriffen wurden, werden gänzlich ausgespart oder nur mit einem knappen Hinweis versehen.

I. Das WachstumschancenG-E

Das WachstumschancenG¹ entspricht in seiner Funktion einem Jahressteuergesetz 2023 und umfasst zahlreiche Regelungsbereiche der steuerlichen Änderung. An dieser Stelle sollen allein die schenkungsteuerlichen Regelungen Berücksichtigung finden, die im Wesentlichen an das Inkrafttreten des MoPeG² zum 01.01.2024 anknüpfen. Die steuerlichen Auswirkungen dieser Reform waren lange Zeit umstritten und ungeklärt.³ Im Rahmen des WachstumschancenG will der Gesetzgeber zumindest für das ErbStG Unsicherheiten beseitigen und Abhilfe schaffen.

§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO-E wird wie folgt neu gefasst:

„2. Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zustehen, werden den Beteiligten oder Gesellschaftern anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Rechtsfähige Personengesellschaften gelten für Zwecke der Ertrags-

besteuerung⁴ als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen.“

Durch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO-E wird die Transparenz- bzw. Bruchteilsbetrachtung⁵ bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften im Gesetz auch für Zeiten nach Inkrafttreten des MoPeG verankert. Vermögensverwaltende Personengesellschaften werden damit weiterhin ertragsteuerlich wie eine Bruchteilsgemeinschaft fingiert. Ferner werden für Zwecke der Ertragsbesteuerung rechtsfähige Personengesellschaften als Gesamthand fingiert. Die Fortsetzung der bisherigen Ertragsbesteuerung der Personengesellschaft und Mitunternehmerschaft wird hierdurch nach der Intention des Gesetzgebers abgesichert und geregelt. Dies hat natürlich auch für die Besteuerung von Mitunternehmerschaften im ErbStG Bedeutung, da somit die Mitunternehmerschaft auch erbschaftsteuerlich fortbesteht, was für die Gewährung von Betriebsvermögensbegünstigungen nach §§ 13a, 13b, 13c, 19a, 28a ErbStG entscheidend ist.

Im ErbStG wird folgender § 2 a-E eingefügt:

„§ 2a Rechtsfähige Personengesellschaft

Rechtsfähige Personengesellschaften (§ 14a Abs. 2 Nr. 2 der Abgabenordnung) gelten für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen. Bei einem Erwerb nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 durch eine rechtsfähige Personengesellschaft gelten deren Gesellschafter als Erwerber. Bei einer Zuwendung durch eine rechtsfähige Personengesellschaft gelten deren Gesellschafter als Zuwendende.“

Auch in § 10 ErbStG⁶ und in § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 d) ErbStG werden kleinere Folgeänderungen an das MoPeG vorgenommen, um den bisherigen Rechtsstand abzusichern und im Gesetz festzuschreiben.⁷

1 Siehe dazu folgende Gesetzgebungsmaterialien: Gesetzentwurf der Bundesregierung BR-Drucks. 433/23 und BT-Drucks. 20/8628; Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates BR-Drucks. 433/1/23; Stellungnahme des Bundesrates BR-Drucks. 433/23 Beschluss. Aus der Rechtslehre *Eisele*, NWB 2023, 2548 ff.; BMF, Referentenentwurf WachstumschancenGesetz, BB 2023, 1769; *IDW*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Wachstumschancengesetzes, BB 2023, 1897.

2 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), vom 10.08.2021, BGBl. I, S. 3436.

3 Siehe statt vieler weiterer *Stöber*, GmbHR 2022, 967; *Bachmann*, FR 2022, 709 ff.; *Bachem*, DStR 2022, 725 ff.; *Kahle*, FR 2022, 377 ff.

4 Nach den Vorstellungen des Bundesrates soll hier auch noch das Wort „Gründerwerbsteuer“ eingefügt werden, um insoweit zu verhindern, dass die Besteuerung der Personengesellschaften im GrEStG sich ändert, siehe BR-Drucks. 433/23, Beschluss, S. 4 f. Den gleichen Vorschlag hatte der Bundesrat auch bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Mindestbesteuerungsg eingbracht.

5 Siehe *Röder*, DStR 2023, 1085; *Wacker*, DStR 2005, 2014; *Milatz/Sax*, DStR 2017, 141; *Escher/Weiten*, DStR 2020, 2478; BFH, Urteil vom 19.11.2019, IX R 24/18, DStR 2020, 386.

6 Siehe zu § 10 Abs. 1 Satz 4 ErbStG Von Oertzen/Loose/*Fumi*, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 10 Rdnr. 9 ff.

7 *Eisele*, NWB 2023, 2548, 2553.

Durch diese Gesetzesänderungen stellt der Gesetzgeber klar, dass sich an der erbschaftsteuerlichen Behandlung der Personengesellschaften nichts ändern soll.⁸ Wird also eine rechtsfähige Personengesellschaft als Erbin eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht, so gilt das Vermögen als den Gesellschaftern zugewandt. Gleiches gilt für lebzeitige Zuwendungen an eine Personengesellschaft oder von einer Personengesellschaft.⁹ Dies hat naturgemäß wesentliche Auswirkungen auf die Steuerklasse und die Freibeträge. Die bisherige Rechtsprechung des BFH wird damit gesetzlich abgesichert.¹⁰ Das Erdbeben bei der Besteuerung der Personengesellschaften bleibt insoweit aus.

Achtung: Offen ist derzeit noch das Schicksal der Personengesellschaften im GrEStG; hier droht durch das WachstumschancenG-E die Abschaffung der Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6, 7 Abs. 2 GrEStG.

II. Verfassungswidrigkeit der erbschaftsteuerlichen Begünstigungen für Unternehmensvermögen? (BVerfG-Verfahren 1 BvR 804/22)

Das BVerfG prüft derzeit, ob die weitgehende Erbschaftsteuerfreistellung von Unternehmensvermögen mit dem Grundgesetz vereinbar sei.¹¹ Die Verfassungsbeschwerde beruht vor allem auf folgendem Argument: Das ErbStG sei verfassungswidrig, weil Betriebsvermögen im Vergleich zum Privatvermögen übermäßig begünstigt werde. Im Ausgangsfall handelte es sich um das Verfahren des FG Münster¹² vom 06.05.2021. Der BFH¹³ ließ die Revision nicht zu und hat die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Die verfassungsrechtlichen Zweifel an den Regelungen des ErbStG 2016 werden von der BRAK

teilweise geteilt. Die BRAK ist der Auffassung¹⁴, dass die Verfassungswidrigkeit der vom Kläger beanstandeten Regelungen des ErbStG 2016 von der BFH-Rechtsprechung noch nicht geklärt sei.

III. Gleichlautende Ländererlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 20.03.2023 zur Bewertung des Grundvermögens in der Fassung des JStG 2022, BStBl. I 2023, S. 738

In den bezeichneten gleichlautenden Ländererlassen vom 20.03.2023 hat die Finanzverwaltung die Details zur Auslegung der neuen Bewertungsvorschriften in der Fassung des JStG 2022 niedergelegt. Auf eine nähere Erläuterung der Reform des BewG durch das JStG 2022 und dieser Bewertungsfragen kann an dieser Stelle verzichtet werden.¹⁵

IV. Steuerfreies Vermächtnis bei beschränkter Steuerpflicht, BFH, Urteil vom 23.11.2022, II R 37/19, DStR 2023, 443 m. Anm. Kugelmüller-Pugh = NJW 2023, 1534 m. Anm. Becker = ZEV 2023, 327 = DB 2023, 562 = GmbHR 2023, 358 (mit Korrekturgesetz)

Die Entscheidung des BFH lässt sich am besten anhand eines Beispiels verdeutlichen.

Beispiel: Ein Erblasser und alle Begünstigten leben seit vielen Jahren nicht mehr in Deutschland und haben hier weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthalt. Sie unterliegen daher in Deutschland der beschränkten Steuerpflicht im Sinne des § 2 ErbStG. Danach ist nur das sog. Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG in Deutschland steuerpflichtig. Dazu gehört insbesondere auch inländischer Grundbesitz. Ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht nicht. Der Erblasser hinterlässt ein Testament, wonach der Erbe ein im Inland belegenes Grundstück einem Dritten D als Vermächtnis zu übereignen hat. Der Erblasser hat als deutscher Staatsangehöriger erbrechtlich das deutsche Erbrecht gewählt. D meint, dass er als Vermächtnisnehmer das Grundstück nicht in Deutschland zu versteuern habe, da er einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung des inländischen Grundstücks erworben habe. Dies sei dem Erwerb eines inländischen Grundstücks nicht gleichzustellen.

Der BFH¹⁶ hat die vorstehende Sichtweise bestätigt und die Steuerpflicht eines bloßen Anspruchs auf Übereignung eines inländischen Grundstücks nicht einem Grundstück im

- 8 Siehe dazu Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG/BewG, 2023, § 3 Rdnr. 9 ff.; in diese Richtungweisend auch schon BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BStBl. II 2020, S. 658; siehe Rohde, NZG 2021, 1491.
- 9 Ebenso Eisele, NWB 2023, 2548, 2552; siehe auch Günther, RegE des Wachstumschancengesetzes, ErbStB 2023, 301 ff.
- 10 Ebenso Eisele, NWB 2023, 2548, 2552; siehe auch BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BStBl. II 2020, S. 658; Viskorf/Schuck/Wälzholz/Wälzholz, ErbStG/BewG, § 3 Rdnr. 10 ff.
- 11 FAZ vom 26.04.2023, S. 15.
- 12 FG Münster, Urteil vom 06.05.2021, 3 K 3532/19 Erb. n. v. (BeckRS 2021, 49139).
- 13 BFH, Urteil vom 17.01.2022, II B 49/21, ZEV 2022, 301: Kein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip und das Beihilferecht der Union bei der Erbschaftsbesteuerung des Privatvermögens; die Erbschaftsbesteuerung des Privatvermögens ist nach BFH nicht deshalb verfassungswidrig, weil in demselben Zeitraum eine erbschaftsteuerrechtliche Überbegünstigung des Betriebsvermögens zu verzeichnen wäre (amtlicher Leitsatz). Selbst wenn die begünstigte Besteuerung des Betriebsvermögens nach dem Recht der EU eine rechtswidrige staatliche Beihilfe darstellen sollte, berührt dies nicht die nationale Besteuerung des erbschaftsteuerlichen Erwerbs von Privatvermögen (amtlicher Leitsatz).

- 14 Siehe <https://www.brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-berlin/nachrichten-aus-berlin-2023/ausgabe-7-2023-v-542023/erbschaftsteuer-brak-nimmt-stellung-zu-verfassungsbeschwerde/>.
- 15 Siehe dazu Lorenz, ZEV 2023, 426 ff.; Nagel/Schlund, NWB 2023, 310 ff.
- 16 BFH, Urteil vom 23.11.2022, II R 37/19, DStR 2023, 443 m. Anm. Kugelmüller-Pugh = NJW 2023, 1534 m. Anm. Becker = ZEV 2023, 327 = DB 2023, 562 = GmbHR 2023, 358. Siehe dazu Werth, DB 2023, 930; von Oertzen/Hertneck, BB 2023, 1559; Hannes/Holtz, FR 2023, 333 ff.

Sinne des § 121 BewG gleichgestellt.¹⁷ Der BFH hat seit vielen Jahren immer wieder betont, dass beim Vermächtnis der Anspruch selbst Gegenstand der Besteuerung sei.¹⁸ Diese Entscheidung hat große Aufmerksamkeit erregt und hätte bei Vorliegen der beschränkten Steuerpflicht weitreichende Steuergestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Dementsprechend ist es nicht verwunderlich, dass der Gesetzgeber in Art. 34 WachstumschancenG¹⁹ (derzeit noch Entwurf) diese Gestaltung untersagt, indem er in § 2 ErbStG schuldrechtliche Ansprüche dem Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG gleichstellt.²⁰

V. Nur ein persönlicher Freibetrag des Nacherben nach § 16 ErbStG bei Zusammentreffen mehrerer Nacherbfolgen von demselben Vorerben, BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 1/20, DB 2022, 1559 = DStR 2022, 1104 m. Anm. Kugelmüller-Pugh

In dem vom BFH²¹ zu entscheidenden Sachverhalt erbt der Erbe das Eigenvermögen der Erblasserin und wurde darüber hinaus durch den Tod der Erblasserin Nacherbe hinsichtlich des Vermögens aus mehreren Vorerbschaften, für das jeweils die Erblasserin und damit dieselbe Person Vorerbin war. Nach Ansicht des BFH liegen ungeachtet dessen, dass zivilrechtlich mehrere Erbmassen vorhanden sind, hinsichtlich der Nacherbschaften erbschaftsteuerrechtlich aufgrund der gesetzlichen Fiktion in § 6 Abs. 1 ErbStG nicht mehrere erbschaftsteuerrechtliche Erwerbe, sondern ein einheitlicher Erwerb von der Vorerbin vor. Daher kann auch nur ein einziger persönlicher Freibetrag nach § 16 ErbStG in Anspruch genommen werden.²² Dem Nacherbe stehe nicht für jede von demselben Vorerben stammende Nacherb-

schaft ein eigener Freibetrag nach § 16 ErbStG zu. Die einzelnen Erbmassen und die dazugehörigen Vorerbe stellen nur Berechnungsposten für die Bestimmung des einheitlichen steuerrechtlichen Erwerbs dar.

Der Nacherbe muss in seinem Antrag angeben, welches Verhältnis zu welchem ursprünglichen Erblasser der Versteuerung zugrunde gelegt werden soll. Danach richten sich der Freibetrag und die Steuerklasse für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen.²³

Hinweis: Erbschaftsteuerlich wäre es daher günstiger, wenn jeder Vorerbe den Nacherben zum Vollerben einsetzen würde, mit Nießbrauch und Testamentsvollstreckung zugunsten des Vorerben.

VI. Vermächtnisse im erbschaftsteuerlichen Besteuerungsverfahren, gleichlautende Ländererlasse vom 26.09.2022, BStBl. I 2022, S. 1486 mit zahlreichen Beispielen

Der BFH²⁴ hatte entschieden, dass in Vermächtnisfällen der Grundbesitz gegenüber dem Erben und dem Vermächtnisnehmer einheitlich festzustellen sei und keine eigenständige Feststellung gegenüber dem Vermächtnisnehmer erfolge. Außerdem sei der Erbe nach der Rechtsprechung des BFH²⁵ am Feststellungsverfahren im Bereich der Steuerentlastung für Unternehmensvermögen nicht zu beteiligen, wenn er wegen einer letztwilligen oder rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers verpflichtet ist, das dem Grunde nach steuerbegünstigte Vermögen vollständig auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen. Die Konsequenzen dieser Vorgaben hat die Finanzverwaltung²⁶ in ihrem Ländererlass vom 26.09.2022 zusammengefasst.

Zutreffend hält die Finanzverwaltung fest, dass das Gebot der einheitlich und gesonderten Feststellung dann nicht gilt, wenn ausnahmsweise unterschiedliche Werte für den Erben und den Vermächtnisnehmer einschlägig sind.²⁷ Ebenso wenig findet das Gebot der einheitlichen Feststellung Anwendung, wenn voneinander abweichende Bewertungsstichtage maßgeblich sind.

17 Ebenso die Rechtslehre Daragan/Halaczinsky/Riedel/Riedel, ErbStG, BewG, 4. Aufl. 2023, § 121 BewG Rdnr. 1; Fischer/Pahlke/Wachter/Konrad, ErbStG, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 94; Kapp/Ebeling/Eisele, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand: September 2023, § 2 Rdnr. 43.1 (Loseblatt); Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG, Stand: 10.07.2023, § 2 Rdnr. 68 (Loseblatt); Viskorf/Schuck/Wälzholz/Kugelmüller-Pugh, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 7. Aufl. 2023, § 2 Rdnr. 27 (ebenso bereits die 6. Aufl. in der Kommentierung von Richter); Wilms/Jochum/Meßbacher-Hönsch, ErbStG/BewG/GrEStG, Stand: August 2023, § 2 ErbStG Rdnr. 154.1 (Loseblatt); a. A. Krumm, IStR 2011, 615.

18 BFH, Urteil vom 06.05.2021, II R 34/18, BStBl. II 2022, S. 712 Rdnr. 22 m. w. N.

19 Gesetzentwurf der Bundesregierung BR-Drucks. 433/23 und BT-Drucks. 20/8628; Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrats BR-Drucks. 433/1/23; Stellungnahme des Bundesrates BR-Drucks. 433/23 Beschluss.

20 Siehe Eisele, NWB 2023, 2548, 2549.

21 BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 1/20, DB 2022, 1559 = DStR 2022, 1104 m. Anm. Kugelmüller-Pugh.

22 BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 1/20, DB 2022, 1559 = DStR 2022, 1104 m. Anm. Kugelmüller-Pugh; ebenso Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, § 6 Rdnr. 105; so wohl auch vorher bereits von Oertzen/Loose/Reich, ErbStG, § 6 Rdnr. 39.

23 BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 1/20, DB 2022, 1559 = DStR 2022, 1104 Rdnr. 19 m. Anm. Kugelmüller-Pugh.

24 Siehe BFH, Urteil vom 06.05.2021, II R 34/18, BStBl. II 2022, S. 712; zu einem vergleichbaren Problem des Betriebsvermögens siehe Urteil vom 16.03.2021, II R 3/19, BStBl. II 2022, S. 706.

25 BFH, Urteil vom 16.03.2021, II R 3/19, BStBl. II 2022, S. 706.

26 BStBl. I 2022, S. 1486.

27 So zum Beispiel bei unterschiedlichen Bewertungszeitpunkten wegen unterschiedlichen Zeiten der Steuerentstehung i. S. d. § 9 ErbStG; siehe gleichlautende Ländererlasse vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.

VII. Unternehmerische Grundstücksüberlassungen als Verwaltungsvermögen

Im Jahr 2021 hat der BFH²⁸ mehrere überaus gestaltungsrelevante Entscheidungen zum Vorliegen von Verwaltungsvermögen gefällt, wonach ohne Vorliegen jeglichen Missbrauchs gleichwohl wesentliche Betriebsgrundlagen als schädliches Verwaltungsvermögen einzustufen sind. Im Hinblick auf den instruktiven und erschöpfenden Beitrag von *Geck*²⁹ in der *MittBayNot* wird an dieser Stelle von weiteren Erläuterungen abgesehen.

VIII. Geleistete Anzahlungen grundsätzlich kein Verwaltungsvermögen, BFH, Urteil vom 01.02.2023, II R 36/20, DStR 2023, 934 m. Anm. Kugelmüller-Pugh

Geleistete Anzahlungen sind nach Ansicht des BFH³⁰ jedenfalls dann keine anderen Forderungen i. S. v. § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4a ErbStG, wenn sie nicht für den Erwerb von Verwaltungsvermögen³¹ geleistet wurden. Der BFH hat sich damit gegen die Auffassung der Finanzverwaltung gestellt.³²

In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt übertrug ein Gesellschafter zum 01.12.2013³³ unentgeltlich einen Teilgeschäftsanteil an einer GmbH auf den Mitgesellschafter B. Die Verwaltungsvermögensquote wurde mit 17,76 % angegeben. Dabei wurden auch Anzahlungen mit einem Betrag von rund 3,2 Mio. € im Zusammenhang mit einem betrieblich zu nutzenden Verwaltungsneubau und 626.000 € im Zusammenhang mit dem laufenden Geschäftsbetrieb als andere Forderungen, also als Teil des Verwaltungsvermögens erfasst.

Mit den anderen Forderungen im Sinne des § 13b Abs. 4 Nr. 5 ErbStG sind nach BFH nur Forderungen gemeint, die auf Zahlungsmittel gerichtet sind. Die Vorschrift erfasst Sachleistungsansprüche jedenfalls dann nicht, wenn diese Ansprüche auf Wirtschaftsgüter gerichtet sind, die ihrerseits kein Teil des Verwaltungsvermögens nach § 13b ErbStG wären. Dies entspricht dem Gesetzeszweck und ist daher zu begrüßen.³⁴

28 Siehe insbesondere BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 26/18, BB 2021, 2468 ff.; Urteil vom 16.03.2021, II R 3/19, BStBl. II 2022, S. 706; Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, GmbHR 2021, 833; siehe dazu statt vieler *Loose*, DB 2021, 2728 ff.

29 *Geck*, *MittBayNot* 2022, 417 ff.

30 BFH, Urteil vom 01.02.2023, II R 36/20, DStR 2023, 934 m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*. Siehe auch *Doege/Jeschke*, *StuB* 2023, 619 ff.

31 Siehe zum Begriff des Verwaltungsvermögens R E 13 b.12 ff. ErbStR 2019; speziell zu den Finanzmitteln R E 13 b.23 ErbStR 2019.

32 R E 13 b.23 Abs. 2 vorletzter Spiegelstr. ErbStR 2019.

33 Gleichwohl ist die BFH-Entscheidung auch auf die derzeit gültige Rechtslage anwendbar.

34 Ebenso *Bernhard*, DStR 2021, 1089 ff.; siehe auch *Korezkij*, DStR 2021, 145, 147.

IX. Zur Abzinsung einer aufschiebend bedingten Last, BFH, Urteil vom 15.07.2021, II R 26/19, DB 2021, 3074 ff. = BStBl. II 2023, S. 66 und gleichlautende Ländererlasse vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.

BFH und Finanzverwaltung sind derzeit uneinig über die steuerliche Behandlung, insbesondere die Abzinsung aufschiebend bedingter Lasten. Während der BFH³⁵ dies ablehnt, nimmt die Finanzverwaltung³⁶ weiterhin eine entsprechende Abzinsung vor und hat einen verkappten Nichtanwendungserlass³⁷ angeordnet.

1. Die BFH-Entscheidung

Der Streitfall: Die Klägerin ist als Ehefrau des verstorbenen Schenkers O dessen Alleinerbin. Im Jahre 2004 hatte O seine Kommanditbeteiligung an einer GmbH & Co. KG der Tochter geschenkt. Er hielt sich dabei selbst ein lebenslanges Nießbrauchsrecht vor. Für die Zeit nach seinem Ableben hatte die Tochter an die Klägerin einen monatlichen Betrag i. H. v. 4.000 € zu bezahlen. Bei der Schenkung selbst wurde die bestehende Rentenzahlungsverpflichtung der Tochter gegenüber ihrer Mutter gemäß § 6 Abs. 2 BewG wegen der aufschiebenden Bedingung nicht angesetzt. Nach dem Tode des O im Januar 2016 beantragte die Klägerin, die Steuerfestsetzung anzupassen und die von der Beschenkten an sie zu entrichtende Rentenlast nunmehr steuermindernd zu berücksichtigen, nämlich mit 385.000 € (gerundet). Das FA berücksichtigte die Rentenlast jedoch nur mit 213.000 €, da nach seiner Auffassung der auf den Todestag des Schenkers im Januar 2016 zu berechnende Kapitalwert auf den Zeitpunkt der gemischten Schenkung am 23.12.2004 abzuzinsen sei. Die Klage vor dem FG blieb erfolglos. Die Revision der Klägerin zum BFH³⁸ war hingegen erfolgreich.

Die Rentenlast war in der beantragten Höhe zum Abzug zuzulassen, da eine Abzinsung nicht zu erfolgen hatte. Eine aufschiebend bedingte Last ist auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts zu bewerten. Der Kapitalwert von lebenslänglichen Leistungen wird nach BFH mit dem bei Bedingungseintritt geltenden Vervielfältiger berechnet. Eine Abzinsung der aufschiebend bedingten Last für die Schwebezeit zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Bedingungseintritt findet nicht statt.

35 BFH, Urteil vom 15.07.2021, II R 26/19, DB 2021, 3074 ff. = BStBl. II 2023, S. 66.

36 Gleichlautende Ländererlasse vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.

37 Krit. dazu *Oberle/Klette*, DStR 2023, 2255 ff.; siehe auch *Saecker*, NWB 2023, 781.

38 BFH, Urteil vom 15.07.2021, II R 26/19, DB 2021, 3074 ff. = BStBl. II 2023, S. 66.

2. Die Reaktion der Finanzverwaltung: der Erlass vom 04.01.2023

Auf diese Entscheidung hat die Finanzverwaltung mit dem Erlass vom 04.01.2023 reagiert.³⁹ Der Erlass beinhaltet auch einen Nichtanwendungserlass zur BFH-Entscheidung.

Aufschiebend bedingte Lasten und Belastungen werden bis zum Bedingungseintritt bei der Besteuerung nicht berücksichtigt, § 6 Abs. 1 BewG. Ab Bedingungseintritt ist die Festsetzung der Erbschaft- und Schenkungsteuer auf Antrag nach dem tatsächlichen Wert der Last zu berücksichtigen, § 6 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 BewG. Die Finanzverwaltung folgt der Auffassung des BFH im Grundsatz, nämlich dass für die Bewertung aufschiebend bedingter Belastungen grundsätzlich der Wert im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung zu berücksichtigen ist. Dies gilt insbesondere für Rentenrealasten und Nutzungsrechte, deren Dauer vom Leben einer oder mehrerer Personen abhängig ist. Die Finanzverwaltung versteuert den kapitalisierten Wert beim Begünstigten voll, lässt den Abzug der Last auf den Zuwendungsstichtag jedoch nur abgezinst zu.⁴⁰ Die Auswirkungen der Abzinsung sind umso gravierender, je länger die Zeit zwischen dem ursprünglichen Todesfall und dem Bedingungseintritt sind.⁴¹

Besondere Bewertungsprobleme treten auf, wenn die bedingte Last sich auf Nachlassgegenstände bezieht:

Beispiel:⁴²

A schenkt B am 01.07.2001 Geschäftsanteile i. H. v. 100 % an der Z-GmbH mit der Auflage, bei Eintritt einer aufschiebenden Bedingung die Hälfte der Geschäftsanteile an C herauszugeben, wobei zwischenzeitlich gezogene Nutzungen bei B verbleiben sollen. Der Wert der Z-GmbH beträgt am 01.07.2001 2.000.000 €. Die aufschiebende Bedingung tritt am 30.06.2005 ein, woraufhin B 50 % der Geschäftsanteile an der Z-GmbH auf C überträgt. Der Wert der Z-GmbH beträgt zu diesem Zeitpunkt 5.000.000 €. Der Zeitraum zwischen der Schenkung und dem Bedingungseintritt beträgt vier Jahre.

C hat die Geschäftsanteile am 30.06.2005 mit einem Wert von 2,5 Mio. € zu versteuern. Da die an C herauszugebenden Geschäftsanteile Teil des belasteten Erwerbs des B waren, ist der Bewertung der nunmehr unbedingt gewordenen Last des B der Wert der Z-GmbH zum Zeitpunkt der Schenkung im *Jahr 2001* zugrunde zu legen. Es ergibt sich – vorbehaltlich einer Abzinsung – ein Wert der Last in Höhe von 1.000.000 €. Somit verbleibt bei B ein Erwerb in Höhe 1.000.000 €. Dies entspricht dem Wert der im Jahr 2001 er-

worbenen, bei B verbliebenen Geschäftsanteile. Die Last ist bei B allerdings um vier Jahre abzuzinsen. Muss der zur Herausgabe Verpflichtete (vorliegend B) neben dem Vermögensgegenstand auch die zwischenzeitlichen Nutzungen herausgeben, so scheidet eine Abzinsung nach Ansicht der Finanzverwaltung aus⁴³, da die Fälligkeit dann nicht unverzinslich hinausgeschoben ist.

Dies gilt nach Ansicht der Finanzverwaltung ausdrücklich auch für den umgekehrten Fall der zwischenzeitlichen Wertminderung.⁴⁴ Es kann beim beschwerten Erben/Erwerber gleichwohl der Wert nach Maßgabe des Werts bei Erwerb des Vermögens abgezogen werden.

Handelt es sich bei dem Vermögensgegenstand, auf den sich die Last bezieht, also um einen Vermögensgegenstand, der Teil des belasteten Erwerbs war, so erfolgt die Bewertung dieses Vermögensgegenstands auf den Zeitpunkt der Steuerentstehung für dessen Erwerb.⁴⁵ Die Korrespondenz⁴⁶ zum Wertansatz des Vermögensgegenstands in demselben Erwerb ist insoweit vorrangig gegenüber der Korrespondenz der Last mit dem Wertansatz für den Erwerb des begünstigten auf einen anderen Stichtag. Die vorstehende Auffassung der Finanzverwaltung ist überzeugend und konsequent.⁴⁷ Sie kann dazu führen, dass der Wert des Vermächtnisses beim Erben als Last und beim bedingten Vermächtnisnehmer als Erwerb völlig unterschiedlich sind.

X. Erklärung zur optionalen Vollverschonung von Betriebsvermögen, BFH, Urteil vom 26.07.2022, II R 25/20, MittBayNot 2023, 529 m. Anm. Haberer

Mit der Entscheidung vom 26.07.2022⁴⁸ hat der BFH entschieden, dass die Quote des Verwaltungsvermögens für jede Wirtschaftseinheit getrennt zu ermitteln ist. Eine Durchschnittsbetrachtung für mehrere gleichzeitig übertragene Wirtschaftseinheiten ist weder zulässig noch geboten. Bei einer einheitlichen Schenkung von mehreren wirtschaftlichen Einheiten kann die Erklärung zur optionalen Vollver-

39 Gleichlautende Ländererlasse vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.

40 So gleichlautende Ländererlasse vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.; siehe auch *Saecker*, NWB 2023, 781 ff.

41 Schon bei einer Abzinsung von nur zwölf Jahren sind nur rund 52 % der eigentlichen Last abziehbar.

42 Nach gleichlautenden Ländererlassen vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.

43 Gleichlautende Ländererlasse vom 04.01.2023, BStBl. I 2023, S. 172 ff.

44 Wäre der Wert der GmbH bei Schenkung 5 Mio. € gewesen und bei Bedingungseintritt 2 Mio. €, so könnte der Zwischenbeschenkte, der die Hälfte der erworbenen Anteile weiterzuübertragen hat, gleichwohl nach Bedingungseintritt einen abgezinsten Wert von 2,5 Mio. € als Last abziehen, obwohl C nur 1 Mio. € als Erwerb nach Bedingungseintritt zu versteuern hat.

45 So bereits BFH, Urteil vom 06.10.1976, II R 107/71, BStBl. II 1977, S. 211.

46 Siehe zum sonst grundsätzlich gültigen Korrespondenzprinzip bei Vermächtnissen BFH, Urteil vom 28.03.2007, II R 25/05, BStBl. II 2007, S. 461 (zum Verschaffungsvermächtnis); *Oberle/Klette*, DStR 2023, 2255, 2257 f.; *Hofmann*, DStR 2002, 1519, 1520.

47 Die Abzinsung ist m. E. hingegen nicht überzeugend.

48 BFH, Urteil vom 26.07.2022, II R 25/20, MittBayNot 2023, 529 m. Anm. *Habereder*.

schonung im Sinne des § 13a Abs. 10 ErbStG für jede wirtschaftliche Einheit gesondert abgegeben werden. Der BFH verfolgt damit eine großzügigere Ansicht als die Finanzverwaltung,⁴⁹ die nur eine einheitliche Antragstellung zur optionalen Vollverschonung im Sinne des § 13a Abs. 10 ErbStG zuließ.

Wurde die Erklärung zur optionalen Vollverschonung für eine wirtschaftliche Einheit abgegeben, die die Anforderungen an die Vollverschonung nicht erfüllt, ist für diese wirtschaftliche Einheit auch nicht die Regelverschonung zu gewähren. Hinsichtlich der weiteren Details kann auf die Entscheidung in MittBayNot 2023, 529 m. Anm. *Habereeder* verwiesen werden.

XI. Anwendungsfragen zum KöMoG im ErbStG/ Bewertung, gleichlautende Ländererlasse vom 05.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1494 = DStR 2022, 2690

Durch die Option zur Körperschaftsteuer nach § 1a KStG⁵⁰ in der Fassung des KöMoG⁵¹ werden bestimmte Personengesellschaften ertragsteuerlich wie Kapitalgesellschaften behandelt, auch wenn sie gesellschaftsrechtlich, erbschaftsteuerlich und bewertungsrechtlich Personengesellschaften bleiben. Die Finanzverwaltung hat nunmehr in den gleichlautenden Erlassen⁵² vom 05.10.2022 zu den Folgefragen des § 1a KStG im ErbStG und BewG Stellung genommen. Folgende Kernaussagen sind für die notarielle Gestaltungspraxis von besonderer Bedeutung.

- Eine nach dem KöMoG optierende Personengesellschaft wird weiterhin als Personengesellschaft nach § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Satz 1 BewG bewertet, nicht als Kapitalgesellschaft nach § 97 Abs. 1b BewG.⁵³
- Die Betriebsvermögensbegünstigungen werden auch für KöMoG-optierende Personengesellschaften nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG (Mitunternehmerschaft) gewährt und nicht nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Das in § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG bestehende Erfordernis der 25 % übersteigenden unmittelbaren Mindestbeteili-

gung findet daher keine Anwendung.⁵⁴ Vermögensverwaltende optierende Personengesellschaften sind danach wohl nicht begünstigungsfähig.⁵⁵

- Sonderbetriebsvermögen gibt es bei Kapitalgesellschaften nicht. Da die optierende Personengesellschaft wie eine Kapitalgesellschaft fingiert werde, könne es auch erbschaftsteuerlich und bewertungsrechtlich kein Sonderbetriebsvermögen mehr geben.⁵⁶ Die Rechtslehre⁵⁷ hat hingegen verbreitet eine abweichende Ansicht vertreten.
- Die Option zur Körperschaftsteuer nach § 1a KStG stellt grundsätzlich keinen Verstoß gegen die Behaltensvorschriften des § 13a Abs. 6 ErbStG dar.⁵⁸ Anders wäre das nur, wenn durch die Option zum Beispiel der verschenkte Mitunternehmeranteil aufgegeben würde.⁵⁹

XII. Behandlung von jungem Verwaltungsvermögen und jungen Finanzmitteln bei Umwandlungsvorgängen, gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517

1. Einführung

Besondere Komplikationen treten bei der Unternehmensnachfolge auf, wenn kurz davor auch Umwandlungsvorgänge oder sonstige Umstrukturierungen durchgeführt werden sollen, da sowohl das Umwandlungsrecht⁶⁰ als auch die erbschaftsteuerlichen Übertragungen Haltefristen auslösen können.⁶¹ Dabei hat die Finanzverwaltung⁶² mit ihren

49 R E 13 a.21 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2019.

50 Siehe dazu *Winkler/Carlé*, NWB 2021, 2508; *Brühl/Weiss*, DStR 2021, 1617; *Bochmann/Bron*, NZG 2021, 613; *Brühl/Weiss*, DStR 2021, 945; *Leitsch*, BB 2021, 1943; *Strecker/Carlé*, NWB 2021, 2022; *Carlé*, NWB 2021, 2270; *Demuth*, NWB 2021, 2586; *Geck*, ZEV 2021, 560; *Wälzholz*, ZEV 2022, 10; *Stein*, ZEV 2022, 266 und 331 (zu Nießbrauch bei KöMoG-Option).

51 Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts vom 25.06.2021 (BGBl. 2021 I, S. 2050 = BStBl. I 2021, S. 889).

52 BStBl. I 2022, S. 1494 = DStR 2022 S. 2690.

53 Gleichlautender Ländererlass vom 05.10.2022, Rdnr. 2 und 6. Ebenso *Demuth*, KÖSDI 2021, 22241, 22252; *Winkler/Carlé*, NWB 2021, 2508, 2511 ff.

54 Gleichlautender Ländererlass vom 05.10.2022, Rdnr. 2; ebenso *Demuth*, KÖSDI 2021, 22241, 22252; *Cordes/Kraft*, FR 2021, 401, 407; *Leitsch*, BB 2021, 1943, 1948; *Dorn/Dibbert*, NWB-EV 2021, 162; *Winkler/Carlé*, NWB 2021, 2508, 2513. So auch die Vorstellung des Gesetzgebers, BR-Drucks. 244/21, S. 30.

55 z.B. hält eine vermögensverwaltende optierende OHG eine 100%ige Beteiligung an einer begünstigungsfähigen GmbH ohne Verwaltungsvermögen. Ohne Option wäre dies nicht nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG begünstigungsfähig, mit Option m. E. hingegen nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.

56 Gleichlautender Ländererlass vom 05.10.2022, Rdnr. 3.

57 Siehe *Leitsch*, BB 2021, 1943, 1948; *Demuth*, KÖSDI 2021, 22241, 22252; *Winkler/Carlé*, NWB 2021, 2508, 2511 ff. mit ausführlicher Begründung; *Cordes/Kraft*, FR 2021, 401, 407; a. A. hingegen, also wie der gleichlautende Ländererlass, *Bochmann/Bron*, NZG 2021, 613, 615.

58 Gleichlautender Ländererlass vom 05.10.2022, Rdnr. 14.

59 Gleichlautender Ländererlass vom 05.10.2022, Rdnr. 14.

60 Dies ist vor allem in § 22 UmwStG geregelt.

61 Siehe dazu *Weber/Schwind*, ZEV 2014, 408; *Schwind*, ZEV 2020, 673 ff.; *Bron/Grosse*, ZEV 2020, 456 ff.

62 Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517; siehe dazu *Weisheit*, ZEV 2023, 20 ff.; *Korezkij*, DStR 2022, 2641; *Dorn/Saecker*, NWB 2023, 398; *Kraft/Jung*, RFamU 2023, 60; *Schwind*, ZEV 2020, 673 ff.; *Bron/Grosse*, ZEV 2020, 456 ff.; *Steger/Schuhbauer*, WpG 2021, 541.

gleichlautenden Ländererlassen vom 13.10.2022 das Augenmerk besonders darauf gerichtet, dass durch vorgelagerte Umstrukturierungen vor einer Unternehmensnachfolge junges Verwaltungsvermögen und junge Finanzmittel entstehen können.

Wenn sowohl Umstrukturierungen als auch Schenkungen durchgeführt werden sollen, fragt es sich daher, ob besser zuerst die vorweggenommene Erbfolge durchgeführt wird und anschließend die Umwandlungen erfolgen oder ob die Reihenfolge besser umgedreht werden sollte.

2. Die Entstehung jungen Verwaltungsvermögens

Die Problematik der Entstehung jungen Verwaltungsvermögens wird am besten anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht.

Beispiel:

A ist Eigentümer von drei GmbHs. Vor Durchführung der vorweggenommenen Erbfolge will A die Struktur vereinfachen und die A1-GmbH und die A3-GmbH auf die A2-GmbH verschmelzen.

In allen drei GmbHs mit einem gemeinen Wert von je 5 Mio. € ist Verwaltungsvermögen in Höhe von je 2 Mio. € vorhanden, auf Geld gerichtete Forderungen in Höhe von je 2 Mio. € und Schulden in Höhe von je 5 Mio. €.

Durch mehrere Entscheidungen des BFH⁶³ wurde das Augenmerk darauf gerichtet, dass durch Umstrukturierungen, auch durch Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz, im zeitlichen Vorgang einer Unternehmensnachfolge junges Verwaltungsvermögen entstehen kann. Diese Problematik hat die Finanzverwaltung nunmehr unter dem 13.10.2022⁶⁴ in einem 17-seitigen gleichlautenden Ländererlass aufbereitet.

Junges Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 7 Satz 2 ErbStG ist im alten wie im neuen Erbschaftsteuerrecht nicht begünstigt und wird einer besonders strengen Besteuerung unterzogen.⁶⁵ Eine Tarifbegrenzung im Sinne des § 19a ErbStG gilt für junges Verwaltungsvermögen nicht. Zur Rechtslage, die bis zum 30.06.2016 gegolten hat, hat der BFH die denkbar strengste Auslegung des Begriffs des jungen Verwaltungsvermögens vertreten. Junges Verwaltungsvermögen ist jedes einzelne Wirtschaftsgut des Verwaltungsvermögens, das sich seit weniger als zwei Jahren vor dem Stichtag der Steuerentstehung im Betriebsvermögen befand, § 13b Abs. 7 Satz 2 ErbStG. Eine gruppenbezogene, also unternehmensübergreifende Betrachtung

lehnt der BFH ab.⁶⁶ Auf die Herkunft des Vermögensgegenstandes, seine Finanzierung oder den Fall eines Aktivtauschs kommt es nach Ansicht des BFH nicht an.⁶⁷ Auch bei Umschichtung von Wertpapieren innerhalb von zwei Jahren ist jedes einzelne Wertpapier, das erst innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Stichtag der Steuerentstehung erworben wurde, junges Verwaltungsvermögen, egal auf welche Art und Weise es erworben wurde. Eine Saldierung oder gattungsbezogene Betrachtung lehnt der BFH ab.⁶⁸ Eine Verrechnung mit abgegangenen, veräußerten Wirtschaftsgütern des Verwaltungsvermögens kommt ebenfalls nicht in Betracht.

Am weitesten geht der BFH⁶⁹ zu einem Fall der Aufwärtsverschmelzung, mit dem eine Tochtergesellschaft auf eine Muttergesellschaft im Wege des Up-Stream-Merger verschmolzen wurde und hierbei Wirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens auf die aufnehmende Gesellschaft übergegangen sind. Auch insoweit handelt es sich nach Ansicht des BFH um junges Verwaltungsvermögen. Es ist davon auszugehen, dass diese zum alten Erbschaftsteuerrecht ergangene Rechtsprechung auch für die Rechtslage seit dem 01.07.2016 weiterhin gilt.

Dem folgt auch die Finanzverwaltung in ihrem Erlass vom 13.10.2022:⁷⁰

- Maßgeblich ist eine betriebsbezogene Sichtweise. Maßgeblich ist weder eine rein zivilrechtliche noch eine rein ertragsteuerrechtliche Betrachtung. Entscheidend ist nach Ansicht der Finanzverwaltung, ob sich die Betriebszuordnung des Wirtschaftsguts ändert.
- Wird im Rahmen eines Einbringungsvorgangs nach § 24 UmwStG auch Verwaltungsvermögen mit eingebracht, so entsteht beim erwerbenden Rechtsträger junges Verwaltungsvermögen. Die Finanzverwaltung treibt diese Betrachtung noch insoweit auf die Spitze, als sie auch Fälle nach § 6 Abs. 3 Satz 1 2. Hs. EStG erfasst, wenn also eine natürliche Person unentgeltlich in das Einzelunternehmen aufgenommen wird und gleichzeitig mit der vorweggenommenen Erbfolge das Unternehmen in eine Personengesellschaft überführt wird. Hier soll das bisherige langfristig gehaltene Verwaltungsvermögen in der Sekunde der Entstehung der Schenkungsteuer zu jungem Verwaltungsvermögen werden.⁷¹
- Die Finanzverwaltung geht in Rdnr. 9 ihres Erlasses vom 13.10.2022⁷² noch einen Schritt weiter. Sogar die Überführung aus dem Einzelunternehmen in das Sonderbetriebsvermögen führe zu jungem Verwaltungs-

63 BFH, Urteil vom 22.01.2020, II R 8/18, DStRE 2020, 1116; Urteil vom 22.01.2020, II R 13/18, BStBl. II 2020, S. 570; Urteil vom 22.01.2020, II R 18/18, BStBl. II 2020, S. 573; Urteil vom 22.01.2020, II R 21/18, BFH/NV 2020, 1071; Urteil vom 22.01.2020, II R 41/18, BStBl. II 2020, S. 577.

64 BStBl. I 2022, S. 1517.

65 Kein Abschlag von 10 % gemäß § 13b Abs. 7 ErbStG und keine Schuldenverrechnung.

66 BFH, Urteil vom 22.01.2020, II R 41/18, BStBl. II 2020, S. 577.

67 BFH, Urteil vom 22.01.2020, II R 8/18, DStRE 2020, 1116.

68 BFH, Urteil vom 22.01.2020, II R 8/18, DStRE 2020, 1116.

69 BFH, Urteil vom 22.01.2020, II R 41/18, BStBl. II 2020, S. 577.

70 BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 4.

71 Siehe Beispiel 1 des gleichlautenden Ländererlasses vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 9.

72 BStBl. I 2022, S. 1517.

vermögen. Wird dieses Vermögen nicht mitübertragen, so ist dies unschädlich. Wird dieses Wirtschaftsgut des Sonderbetriebsvermögens jedoch mitübertragen, so würden hier die strengen Besteuerungsgrundsätze des jungen Verwaltungsvermögens eingreifen. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen, weil hier keinerlei Rechtsträgerwechsel eingreift.

- Sofern ein Mitunternehmeranteil mit Verwaltungsvermögen in eine andere Personengesellschaft eingebracht wird, so entsteht nach Auffassung der Finanzverwaltung kein junges Verwaltungsvermögen, weil dieses weiterhin der bisherigen Mitunternehmerschaft zuzurechnen ist.⁷³ Anders wäre dies nur, wenn Sonderbetriebsvermögen als Verwaltungsvermögen in den anderen Rechtsträger überführt würde. Dieses wäre beim erwerbenden Rechtsträger als junges Verwaltungsvermögen einzustufen. Gleiches gilt, wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft vorab übertragen werden.
- Die bloße Aufnahme neuer Gesellschafter in eine Mitunternehmerschaft mit Verwaltungsvermögen führt nicht zu einer neuen Zuordnung des Verwaltungsvermögens zu einer neuen Mitunternehmerschaft, sodass hierdurch kein junges Verwaltungsvermögen entsteht. Anders wäre dies hingegen, wenn im Rahmen des Beitritts des neuen Gesellschafter zum Beispiel durch diesen Verwaltungsvermögen zugeführt würde, beispielsweise Wertpapiere oder Goldbarren eingebracht würden.⁷⁴ Sofern ein Einzelunternehmen oder ein Mitunternehmeranteil in eine Kapitalgesellschaft eingebracht wird, sind die vorstehenden Grundsätze entsprechend anzuwenden.⁷⁵
- Der Formwechsel nach den §§ 190 ff. UmwG führt nicht zu einem Rechtsträgerwechsel und daher im Regelfall nicht zur Entstehung jungen Verwaltungsvermögens. Auch der Formwechsel einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft hat grundsätzlich nicht die Entstehung jungen Verwaltungsvermögens zur Konsequenz. Anders wäre dies lediglich, wenn aus Anlass des Formwechsels Verwaltungsvermögen im Sonderbetriebsvermögen in das Eigentum der Kapitalgesellschaft übertragen wird. Dieses wäre fortan für zwei Jahre als junges Verwaltungsvermögen zu betrachten.⁷⁶

3. Entstehung junger Finanzmittel

Bisher wurden lediglich die Besonderheiten jungen Verwaltungsvermögens betrachtet. Diese Fragen waren durch den

BFH bereits weitgehend geklärt. Nunmehr äußert die Finanzverwaltung⁷⁷ sich auch zur Auswirkung von Umwandlungsvorgängen auf das Vorliegen junger Finanzmittel. Hierzu hat der BFH bisher noch nicht Stellung genommen.

Im Gegensatz zu jungem Verwaltungsvermögen setzen junge Finanzmittel voraus, dass ein Überschuss der Einlagen über die Entnahmen innerhalb der letzten zwei Jahre vorliegt, § 13b Abs. 4 Nr. 5 Satz 2 ErbStG.⁷⁸ Einen Gleichlauf mit den Begriffen des jungen Verwaltungsvermögens lehnt die Finanzverwaltung ab.⁷⁹ Die Begriffe der Einlage und Entnahme sind grundsätzlich nach den Regeln des Ertragsteuerrechts zu beurteilen.⁸⁰ Gleichwohl wendet die Finanzverwaltung eine spezifische erbschaftsteuerrechtliche Sicht an, mit der sie auch Abweichungen von der ertragsteuerrechtlichen Definition rechtfertigt. Dies gilt insbesondere für folgende Fälle:

- Einbringungsvorgänge gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten oder andere Gegenleistungen als tauschähnlicher Vorgang⁸¹
- Vermögenszuführungen im Wege der Neugründung vor Betriebsaufnahme

Diese Vorgänge stellen zwar ertragsteuerrechtlich keine Einlage, nach Auffassung der Finanzverwaltung jedoch eine schenkungsteuerrechtliche Einlage dar, die zu jungen Finanzmitteln führen kann.⁸²

Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften seien zwar keine Entnahme im Sinne des Ertragsteuerrechts, wohl aber eine Entnahme im Sinne des Schenkungsteuerrechts. Keine jungen Finanzmittel entstehen nach Ansicht der Finanzverwaltung⁸³ bei

- Einbringung von Mitunternehmeranteilen⁸⁴ in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft,
- Anwachsung unter Fortbestand der Personengesellschaft,
- Formwechsel, sofern nicht Finanzmittel im Sonderbetriebsvermögen im Rahmen des Formwechsels in die Kapitalgesellschaft übertragen werden. Solche Über-

⁷⁷ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 31 ff.

⁷⁸ Siehe dazu allgemein BeckOK-ErbStG/Korezkij, Stand: 01.07.2023, § 13b Rdnr. 276 ff.); Kraft/Jung, RFamU 2023, 60; Meincke/Hannes/Holtz/Hannes/Holtz, ErbStG, 18. Aufl. 2021, § 13b Rdnr. 107 ff.; Habberger/Rienhöfer, BB 2023, 1242 ff.

⁷⁹ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 33.

⁸⁰ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 34.

⁸¹ Siehe bereits früher ebenso streng Landesamt für Steuern Bayern vom 19.01.2021, DStR 2021, 352.

⁸² Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 34.

⁸³ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 38.

⁸⁴ Gleiches muss für Kapitalgesellschaftsanteile gelten.

⁷³ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 11.

⁷⁴ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 14.

⁷⁵ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 15 ff.

⁷⁶ Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 24.

tragungen von Forderungen würden wiederum als junge Finanzmittel Berücksichtigung finden.

Soweit durch einen Umwandlungsvorgang ein Wechsel der betrieblichen Zuordnung der Finanzmittel begründet werde, so handelt es sich nach Auffassung der Finanzverwaltung⁸⁵ um eine Zuführung von Finanzmitteln als Einlage:

- Verschmelzung
- Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung
- Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft
- Aufnahme neuer Mitunternehmer in eine Personengesellschaft hinsichtlich der vom aufgenommenen Gesellschafter zugeführten Finanzmittel
- Aufnahme neuer Gesellschafter in eine Kapitalgesellschaft hinsichtlich der vom aufgenommenen Gesellschafter zugeführten Finanzmittel
- Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Kapitalgesellschaft
- Anwachsung auf den letzten verbleibenden Gesellschafter

Beispiel:

A ist Inhaber eines Einzelunternehmens und bringt dieses in seine GmbH & Co. KG ein. Im Zeitpunkt der Einbringung betragen die Finanzmittel 80.000 €. Ein Jahr nach der Gründung und Einbringung der GmbH & Co. KG überträgt der Schenker seinen Kommanditanteil unentgeltlich auf seinen Nachfolger. Bis dahin wurden Entnahmen von Finanzmitteln aus der GmbH & Co. KG i. H. v. 10.000 € getätigt. Der Wert der Finanzmittel der GmbH & Co. KG im Zeitpunkt der Steuerentstehung beträgt 90.000 €.⁸⁶

Durch die Einbringung des Einzelunternehmens mit Finanzmitteln von 80.000 € entstehen junge Finanzmittel der GmbH & Co. KG i. H. v. 80.000 €, die lediglich durch die Entnahmen von 10.000 € auf 70.000 € gedrückt werden. Ob sich diese Problematik lösen ließe, indem die Finanzmittel nur in das Sonderbetriebsvermögen der Mitunternehmerschaft überführt würden, ist unklar und wird von der Finanzverwaltung nicht näher behandelt.

XIII. Bewertung eines Nießbrauchs/Wohnrechts an einem Grundstück für Zwecke der Erbschaft-/Schenkungssteuer, Landesamt für Steuern Rheinland-Pfalz vom 15.12.2022, DStR 2023, 222

Die Auswirkungen der Zuwendung eines mit einem Nutzungsrecht belasteten Grundstücks schildert instruktiv das Landesamt für Steuern Rheinland-Pfalz anhand des folgenden Beispiels.

85 Gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2022, S. 1517 Rdnr. 39.

86 Siehe zu einem vergleichbaren Beispiel die gleichlautenden Ländererlasse vom 13.10.2022, Rdnr. 39, Beispiel 4, Abwandlung.

Beispiel:⁸⁷ M wendet V ein dinglich gesichertes lebenslangliches Wohnrecht an einem Grundstück zu und verschenkt unmittelbar im Anschluss (selbe Notarurkunde) das mit dem Wohnrecht belastete Grundstück an T. Im Rahmen der gesonderten Grundbesitzbewertung reicht T ein den Vorschriften des § 198 BewG entsprechendes Verkehrswertgutachten zum Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts ein.

Die überzeugende steuerliche Lösung dieses Falls folgt nach Ansicht des Landesamtes für Steuern Rheinland-Pfalz den folgenden Spielregeln.

1. Besteuerung der Zuwendung von M an V

Das zugewendete Wohnrecht ist mit seinem Kapitalwert der Besteuerung zugrunde zu legen (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 13 ff. BewG). Der Jahreswert des Wohnrechts ist nach § 16 BewG auf den 18,6ten Teil des nach §§ 176 bis 197 BewG typisiert zu ermittelnden Grundbesitzwerts zu begrenzen – ohne Berücksichtigung des Wertgutachtens.

2. Besteuerung der Zuwendung von M an T

Das zugewendete Grundstück ist mit dem nach § 198 BewG mittels Gutachten nachgewiesenen niedrigeren gemeinen Wert anzusetzen. Darin ist das dinglich gesicherte Wohnrecht bereits wertmindernd zu berücksichtigen. Infolgedessen ist die Verpflichtung aus dem Wohnrecht gemäß § 10 Abs. 6 Satz 11 ErbStG bei der Besteuerung des Erwerbs des Grundstücks nicht nochmals abzugsfähig. Einer eigenständigen Bewertung des Wohnrechts im Rahmen des Erwerbs des Grundstücks bedarf es deshalb nicht.⁸⁸

Hinweis: Die vom Gutachter ermittelten Werte für das Nutzungsrecht sind regelmäßig deutlich höher als die nach steuerlichen Maßstäben ermittelten Werte; sie führen daher regelmäßig zu einer stärkeren Wertminderung der Zuwendung.

Fraglich ist, welche Folgen der zeitnahe Tod des Wohnungsberechtigten nach sich zieht. Hat das Recht aufgrund Tod des Wohnungsberechtigten⁸⁹ nicht länger als die in § 14 Abs. 2 BewG angegebene Zeit bestanden, ist die Festsetzung der nicht laufend veranlagten Steuern nach der wirklichen Dauer des Rechts zu berechnen, § 14 Abs. 2 BewG. Hiervon ausgenommen sind jedoch die Fälle, in denen der Wert des erworbenen Grundstücks, auf dem das Recht lastete, seinerzeit mittels Verkehrswertgutachten nachgewiesen wurde.⁹⁰ Folglich ist im Fall eines vorzeitigen Wegfalls der Belastung auch § 14 Abs. 2 BewG, der sich auf § 14

87 Nach Landesamt für Steuern Rheinland-Pfalz vom 15.12.2022, DStR 2023, 222.

88 Vgl. Rdnr. 38 des gleichlautenden Ländererlasses vom 09.09.2022 zur Bewertung von Kapitalforderungen und Kapitalschulden sowie von Ansprüchen/Lasten bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen, BStBl. I 2022, S. 1351.

89 Für den Nießbraucher gilt dasselbe.

90 Ebenso Rössler/Troll/Eisele, BewG, Stand: Januar 2021, § 14 Rdnr. 23a; Dragan/Halaczinsky/Riedel/Riedel, ErbStG/BewG, § 14 Rdnr. 8.

Abs. 1 BewG bezieht, nicht anwendbar. Verstirbt also die Person, die das Wohnrecht zugewandt hatte, zeitnah nach dem Erwerb und vor Ablauf der Fristen des § 14 Abs. 2 BewG so bleibt die Wertminderung der Zuwendung unverändert, sofern der Verkehrswert durch Gutachten nachgewiesen worden war.

Anders ist hingegen die Behandlung der Zuwendung des Wohnungsrechtes an den V im Ausgangsbeispiel: Der Schenkungsteuer lag der Wert des nach den Vorschriften des § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 13 bis 16 BewG ermittelten Wohnrechts zugrunde. Die Schenkungsteuer ist daher auf Antrag nach der wirklichen Dauer des zugewandeten Wohnrechts zu berichtigen, § 14 Abs. 2 Satz 1 BewG.

XIV. Grundstückswertermittlung bei mittelbarer Grundstücksschenkung, BFH, Urteil vom 24.08.2022, II R 14/20, DStR 2022, 2619 = ZEV 2023, 42

Solange erbschaftsteuerliche Grundstückswerte deutlich unter dem wahren gemeinen Wert im Sinne des § 9 BewG lagen, also bis 2009, war die mittelbare Grundstücksschenkung eine attraktive Möglichkeit, großes Vermögen mit deutlich kleinerem erbschaftsteuerlichen Wert zu verschenken.⁹¹ Seit dem 01.01.2009 war die Vorteilhaftigkeit dieser Gestaltung zweifelhaft, weil nach § 177 BewG seitdem bei der Grundstücksbewertung stets der gemeine Wert im Sinne des § 9 BewG angestrebt wird. Es bestand die Gefahr, dass bei einer mittelbaren Grundstücksschenkung stets der Kaufpreis aus der Anschaffung auch schenkungsteuerlich anzusetzen sei. Diesbezüglich hat der BFH⁹² Entwarnung gegeben. Durch seine Entscheidung vom 24.08.2022 ist die Vorteilhaftigkeit der mittelbaren Grundstücksschenkung wieder gesichert – allerdings abhängig vom jeweiligen Einzelfall.

Der Streitfall:⁹³ Der Kläger wandte seiner Tochter aufgrund Schenkungsvertrages vom März 2017 einen Betrag von 920.000 € zu. Es handelte sich um eine mittelbare Grundstücksschenkung. Die Tochter erwarb mit dem zugewandten Barbetrag ein Grundstück samt darauf bereits bestehendem freistehenden Einfamilienhaus. Das FA bewertete die Immobilie im Vergleichswertverfahren mit 920.000 €. Es zog dabei den gezahlten Kaufpreis für das zu bewertende Grundstück heran. Vergleichswerte des Gutachterausschusses waren nicht vorhanden.

Die hiergegen gerichtete Klage hatte sowohl vor dem FG Düsseldorf als auch vor dem BFH keinen Erfolg. Maßgeblich für die Schenkungsteuer ist nach § 177 BewG grundsätzlich der gemeine Wert. Dies muss das Ziel der Anwendung der §§ 179, 182 ff. BewG sein. Bei Grundstücken, die

mit Ein- und Zweifamilienhäusern bebaut werden, ist grundsätzlich vorrangig das Vergleichswertverfahren heranzuziehen. Nur wenn keine Vergleichswerte oder keine Vergleichsfaktoren vorliegen, sind sie im Sachwertverfahren zu bewerten. Vorrangig gelten die von den Gutachterausschüssen mitgeteilten Vergleichspreise, hilfsweise die entsprechenden Vergleichsfaktoren. Liegen keine Vergleichspreise und keine Vergleichsfaktoren vor, so kann sich der Vergleichspreis nach § 183 Abs. 1 Satz 1 BewG auch aus einem zeitnah zum Bewertungsstichtag vereinbarten Kaufpreis für das zu bewertende Grundstück ergeben. Dies hat der BFH im vorliegenden Fall angewandt, indem er den tatsächlich für dieses Grundstück vereinbarten Kaufpreis als maßgeblichen gemeinen Wert der Besteuerung zugrunde gelegt hat, weil keine allgemeinen Vergleichspreise des Gutachterausschusses vorlagen.

Hinweis: Bei gewerblich genutzten Grundstücken, gemischt genutzten Immobilien oder Mietwohngrundstücken, also ab drei Wohneinheiten, kommt grundsätzlich das Ertragswertverfahren zur Anwendung. Vergleichswerte spielen dabei keine Rolle. Dieses führt zumindest bei überhitzten Märkten regelmäßig zu erheblichen Bewertungsdifferenzen zwischen Kaufpreisen und der wesentlich niedrigeren steuerlichen Bewertung, sodass bei derartigen Immobilien die mittelbare Grundstücksschenkung besonders attraktiv sein kann. Auf den vereinbarten Kaufpreis kann die Finanzverwaltung in derartigen Fällen nicht zurückgreifen.

Achtung: Die mittelbare Betriebschenkung ist erbschaftsteuerlich nicht begünstigt.⁹⁴

XV. Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts, gleichlautende Ländererlasse vom 07.12.2022, BStBl. I 2022, S. 1671

Im Bewertungsrecht (erbschaftsteuerrechtlich) kann der niedrigere gemeine Wert nachgewiesen werden. Den Steuerpflichtigen trifft die volle Beweislast (Nachweislast).⁹⁵ Der Nachweis muss stets für die gesamte wirtschaftliche Einheit, nicht nur für einen willkürlich herausgegriffenen Teil der wirtschaftlichen Einheit erbracht werden. Sachverständige sind nach Angabe der Finanzverwaltung⁹⁶ nur anzuerkennen bei Erstellung

- durch den zuständigen Gutachterausschuss
- durch öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken oder
- Personen, die nach einer nach DIN EN ISO/IEC 17024 akkreditierten Stelle als Sachverständige oder Gutachter für die Wertermittlung von Grundstücken nach entsprechender Norm zertifiziert worden sind. Auch dies hat der Steuerpflichtige nachzuweisen.

91 Siehe dazu *Wenhardt*, INF 2005, 267; *van de Loo*, DStR 2005, 723; *Hage/Hoffmann*, Stbg 2020, 457; *Volland*, ZEV 2019, 68; *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gebel*, ErbStG, § 7 Rdnr. 90 ff.

92 BFH, Urteil vom 24.08.2022, II R 14/20, DStR 2022, 2619 = ZEV 2023, 42.

93 BFH, Urteil vom 24.08.2022, II R 14/20, DStR 2022, 2619 = ZEV 2023, 42.

94 BFH, Urteil vom 08.05.2019, II R 18/16, BStBl. II 2019, S. 681 = DStR 2019, 1573.

95 Siehe gleichlautende Ländererlasse vom 07.12.2022, BStBl. I 2022, S. 1671.

96 Siehe dazu *Lorenz*, ZEV 2023, 141 ff.

Das Gutachten ist nach Überzeugung der Finanzverwaltung für die Feststellung des Grundbesitzwertes nicht bindend, sondern unterliegt der Beweiswürdigung durch das FA. Gutachten mit methodischen Mängeln seien danach zurückzuweisen. Ein Gegengutachten durch das FA sei nicht erforderlich.⁹⁷ Maßgeblich sei die Immobilienwert-Ermittlungsverordnung.

XVI. Dispositionsbefugnis des zuerst Bedachten bei Kettenschenkung, BFH, Urteil vom 28.07.2022, II B 37/21, BFH/NV 2022 S. 1054

Steuerrechtliche, seltener auch zivilrechtliche, Gesichtspunkte können zu einer sog. Kettenschenkung⁹⁸ führen. Dabei wird typischerweise eine Immobilie erst an den Ehegatten überlassen, der diese zu einem späteren Zeitpunkt dann an die Kinder weiterüberträgt. Auf diese Weise können auch die Freibeträge des zwischenbeschenkten Ehegatten genutzt werden. Die damit zusammenhängenden Themen und Probleme dürfen seit einiger Zeit weitgehend als geklärt angesehen werden.⁹⁹ Dabei ist zwischen beiden Zuwendungen eine Schamfrist einzuhalten, dessen Länge von der Finanzverwaltung und Rechtsprechung nicht näher festgelegt wurde. Der Zwischenbeschenkte muss in der Lage sein, eine eigenständige Zuwendungsentscheidung zu treffen.¹⁰⁰ Wie bei allen „Schamfristen“ gilt: je länger desto besser, desto sicherer. Gleichwohl sind in der Praxis auch Zeiträume von wenigen Tagen oder Wochen ausreichend.

In dem vom BFH¹⁰¹ zu entscheidenden Sachverhalt wurde Vermögen von den Eltern dem eigenen Kind zugewandt und von diesem sogleich in der Folgeurkunde an den Ehegatten des beschenkten Kindes weitergeschenkt. Das FA sah darin eine direkte Zuwendung von den Schwiegereltern an das Schwiegerkind. Das FG hat dem Steuerpflichtigen Recht gegeben, der BFH die Nichtzulassungsbeschwerde nicht angenommen. Wird ein Gegenstand in der Weise verschenkt, dass der erste Empfänger ihn unmittelbar darauf an einen Dritten weiterreicht, ist im Verhältnis Zuwendender/erster Empfänger zu prüfen, ob bereits zivilrechtlich eine Schenkung unmittelbar an den Dritten vorliegt. Anderenfalls ist nach Ansicht des BFH¹⁰² im Verhältnis erster Emp-

fänger/zweiter Empfänger bzw. Dritter zu prüfen, ob dem ersten Empfänger eine Dispositionsbefugnis über den Gegenstand verbleibt. Dies entspricht dem Kriterium der eigenen Dispositionsbefugnis des Zwischenbeschenkten. Fehlt es daran, liegt nach Meinung des BFH¹⁰³ steuerrechtlich eine Schenkung unmittelbar an den Dritten vor. Werden die beiden Verträge in einer Urkunde zusammengefasst oder in zwei unmittelbar aufeinanderfolgenden Urkunden abgeschlossen, muss sich die Dispositionsbefugnis des Zwischenbeschenkten eindeutig aus dem Vertrag oder den Umständen ergeben.

Derartige Risiken sollten in der Praxis nicht eingegangen werden. Dieses BFH-Verfahren hätte sich vermeiden lassen, wenn zumindest einige Tage zwischen den beiden Verträgen vergangen wären. Dies gilt sowohl für die Fallgruppe, der Zuwendung an das eigene Kind mit Weiterschenkung an das Schwiegerkind und erst recht bei Zuwendung an den Ehegatten mit Weiterschenkung an das (gemeinsame) Kind/Enkel.

XVII. Abfindung für den Verzicht auf eine behauptete Erbenstellung erbschaftsteuerpflichtig nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG, BFH, Beschluss vom 01.12.2021, II B 34/21

Immer wieder entstehen Erbstreitigkeiten, die mit einem Vergleich enden, indem ein oder mehrere Beteiligte als Erben festgestellt werden, die jedoch an die unterliegenden Erbprätendenten Abfindungen zu leisten haben. Diese Abfindungsleistungen waren bisher nicht steuerbar und nicht steuerpflichtig, weil ein Steuertatbestand gefehlt hatte.¹⁰⁴ Erst durch § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG in der Fassung des StUmgBG,¹⁰⁵ das am 24.06.2017 in Kraft getreten ist,¹⁰⁶ wurde diese Steuerlücke geschlossen und ein Steuertatbestand geschaffen.

Mit der Entscheidung des BFH¹⁰⁷ vom 01.12.2021 bestätigt der II. Senat des BFH, dass Abfindungen für den Verzicht auf eine behauptete Erbenstellung nach dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG erfasst werden, wenn der Verzicht nach dem 24.06.2017 erklärt wird. Auf den Zeitpunkt des Erbfalls kommt es dabei nicht an. Die Entscheidung bestätigt damit den Willen des Gesetzgebers und ist vor allem im Hinblick auf die Übergangsbestimmung von erheblicher Bedeutung.

Entsprechendes gilt auch für Streitigkeiten über Vermächtnisse, Auflagen oder andere erbrechtliche Rechtspositionen.

97 Gleichlautende Ländereiserlasse vom 07.12.2022, BStBl. I 2022, S. 1671.

98 Siehe zu dem Thema von Oertzen/Loose/Esskandari, ErbStG, § 7 Rdnr.145 ff.; Fromm, DStR 2000, 453; Jülicher, DStR 1994, 926; Rautenberg/Korezkij, DStR 1999, 81; Schuck, DStR 2004, 1948.

99 Siehe BFH, Urteil vom 30.11.2011, II B 60/11, MittBayNot 2012, 250; Urteil vom 10.03.2005, II R 54/03, BStBl. II 2005, S. 412 = BB 2005, 1091 = DStR 2005, 864 = RnotZ 2005, 377 = NJW 2005, 2176 = Zerb 2005, 219 = ZEV 2005, 263 m. Anm. Gebel; siehe dazu auch Viskorf, INF 2005, 409; krit. Schuck, DStR 2004, 1948 ff.; FG Hamburg, Urteil vom 20.08.2019, 3 K 123/18, NJW-Spezial 2019, 712.

100 Ebenso Gebel, ZEV 2005, 263.

101 BFH, Urteil vom 28.07.2022, II B 37/21, BFH/NV 2022, S. 1054.

102 BFH, Urteil vom 28.07.2022, II B 37/21, BFH/NV 2022, S. 1054.

103 BFH, Urteil vom 28.07.2022, II B 37/21, BFH/NV 2022, S. 1054.

104 BFH, Urteil vom 04.05.2011, II R 34/09, BFHE 233, 184 = BStBl. II 2011, S. 725.

105 Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz – StUmgBG vom 23.06.2017, BGBl. 2017 I, S. 1682.

106 Vgl. Art. 11 StUmgBG.

107 BFH, Urteil vom 01.12.2021, II B 34/21, BFH/NV 2022, S. 330; siehe dazu Anmerkungen von T. Carlé, NWB 2022, 420 ff.; Halaczinsky, UVR 2022, 107 ff.

XVIII. Ehevertragliche Abfindungszahlung für den Scheidungsfall nicht schenkungsteuerpflichtig, BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 40/19, MittBayNot 2022, 508 m. Anm. *Ihle*; dazu gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2023, S. 203 = DStR 2023, 524 (Nichtanwendungserlass)

Regeln zukünftige Eheleute die Rechtsfolgen ihrer Eheschließung umfassend individuell und sehen sie für den Fall der Beendigung der Ehe Zahlungen eines Ehepartners in einer bestimmten Höhe vor, die erst zum Zeitpunkt der Ehescheidung zu leisten sind („Bedarfsabfindung“), liegt nach Ansicht des BFH¹⁰⁸ keine freigebige Zuwendung vor.

Der BFH¹⁰⁹ hatte zwar entschieden, dass eine ehevertragliche Vereinbarung vor Eheschließung, die eine sofortige Ausgleichszahlung an den zukünftigen oder aktuellen Ehegatten vorsehen, schenkungsteuerpflichtig sei, weil nach § 7 Abs. 3 ErbStG eine potenzielle Gegenleistung nicht zu berücksichtigen sei. Dies ist nach einer neueren Entscheidung des BFH¹¹⁰ aus 2021 jedoch anders, wenn die Ausgleichszahlung/Kompensationszahlung erst für den Scheidungsfall geschuldet ist.

108 BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 40/19, MittBayNot 2022, 508 mit Anm. *Ihle*; dazu gleichlautende Ländererlasse vom 13.10.2022, BStBl. I 2023, S. 203 = DStR 2023, 524 (Nichtanwendungserlass); *T. Wachter*, DB 2022, 828.

109 BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05, BStBl. II 2008, S. 256.

110 BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 40/19, MittBayNot 2022, 508 mit Anm. *Ihle*.

Diese BFH-Entscheidung ist nach dem gleichlautenden Ländererlass¹¹¹ vom 13.10.2022 nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden.¹¹² Es könne bei der Erfüllung von freiwilligen vertraglichen Vereinbarungen weder generell davon ausgegangen werden, dass eine Zahlung im rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung steht, noch dass der Zuwendende seine Leistung als entgeltlich ansieht. Die Urteilsgründe können aus Sicht der Finanzverwaltung nicht ohne Weiteres verallgemeinert werden. In der Praxis kann der Vertragsgestalter sich daher auf die Anwendung des BFH-Urteils nicht verlassen.

XIX. Zusammenfassung

Die letzten zwei Jahre haben zahlreiche aktuelle Entwicklungen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht mit sich gebracht. Dies betrifft sowohl Fälle der lebzeitigen Vermögensnachfolge als auch Gestaltungen der Nachfolge von Todes wegen; sowohl im Bereich des Privat- wie auch des Betriebsvermögens haben Rechtsprechung und Finanzverwaltung praxisrelevante Neuerungen geschaffen. Der Gesetzgeber hat durch das WachstumschancenG entscheidende gestaltungsrelevante Weichenstellungen verändert.

111 Gleichlautender Ländererlass vom 13.10.2022, BStBl. I 2023, S. 203 = DStR 2023, 524.

112 Siehe dazu *T. Wachter*, DB 2023, 1372; *Münch*, DStR 2022, 781; *T. Wachter*, DB 2022, 828.





BUCHBESPRECHUNGEN

Christof Münch:

Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

4. Aufl., Beck, 2023. 1577 S., 229 €

Von Notar Prof. Dr. **Alexander Krafka**, Fürstenfeldbruck

Familienrechtliche Aspekte sind seit jeher ein Kernbestandteil der notariellen Praxis, spielen hierbei allerdings – nicht zuletzt aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen – eine stetig zunehmende Rolle. Wie im gesamten Rechtssystem zeichnet sich auch in diesem Teilgebiet eine zunehmend intensiviertere Binnendifferenzierung ab, die es erforderlich macht, erworbenes Wissen immer wieder kritisch zu überprüfen. Zuverlässige Begleiter, insbesondere in der Gestalt einschlägiger „Handbücher“, sind hierbei unverzichtbare Instrumente. Entsprechend glücklich dürfen Notare und sonstige Vertragsgestalter sein, dass das von *Münch* herausgegebene Buch, das sich seit seiner Premiere vor zehn Jahren mühelos als Standardwerk etabliert hat, nunmehr durchgehend aktualisiert und überarbeitet in vierter Auflage vorliegt. Bei der folgenden Beschreibung fällt es daher angesichts der Menge an hervorragenden Ausführungen schwer, nur einzelne Bereiche anzusprechen.

Lohnend sind bereits die Ausführungen von *Everts* zum Güterstand. Der Hinweis, dass die „Wahl-Zugewinngemeinschaft“ eher zur Verwirrung beiträgt, ist allerdings angesichts deren praktischer Bedeutungslosigkeit nahezu redundant. Spannend ist dagegen die Feststellung, dass der Gesichtspunkt einer unwirksamen „Denaturierung“ der Zugewinngemeinschaft sogar dann nicht einschlägig ist, wenn der Ausgleich bei Scheidung und Tod ebenso wie die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen ausgeschlossen werden, wenn nur die Erbteilerhöhung des § 1371 Abs. 1 BGB beibehalten wird (§ 2 Rdnr. 82). Ebenso beschreibt *Everts* zu Recht den – trotz Abschaffung des Registers – bis 31.12.2037 nachwirkenden Vertrauensschutz bei (fehlenden) Güterrechtsregistereinträgen (§ 2 Rdnr. 192).

Hinsichtlich der Behandlung von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen finden sich bei *Pogorzelski* umfangreiche Ausführungen zu den diesbezüglich relevanten Gegenständen, insbesondere zur Abgeltung des Zugewinnausgleichs ohne Güterstandswechsel (§ 20 Rdnr. 222), leider allerdings ohne nähere Beschreibungen der Problematik des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB, zum Beispiel der Frage, ob entsprechende Abreden auch schon vor Beginn des Scheidungsverfahrens möglich sind. Erfreulich klar fällt dafür die Stellungnahme zur Unwirksamkeit von Erklärungen aus, die eine Pflicht zur Stellung eines Scheidungsantrags oder der Zustimmung hierzu enthalten (§ 8 Rdnr. 340 f.).

Zum Nebengüterrecht lassen sich die aus Anwaltssicht gemachten Ausführungen von *Herr* (§ 6) zum Anlass nehmen, die eigene Gestaltungspraxis einer Ex-Post-Evaluation zu unterziehen, auch wenn es dem Leser selbst überlassen bleibt, welche Schlüsse er aus den verschiedenen für das

Scheidungsverfahren empfohlenen Angriffs- und Verteidigungshinweisen zieht.

Die Darstellung des Adoptionsrechts ist bei *Müller-Engels* in besten Händen. Die Rechtsprechung und neuere Entwicklungen, wie etwa die flexiblere Altersempfehlung bei Minderjährigenadoptionen (§ 14 Rdnr. 77) sind zuverlässig eingearbeitet. Für die weitere gesellschaftliche Entwicklung ist sicherlich der Ausgang des in § 14 Rdnr. 27 angesprochenen Verfahrens beim BVerfG bezüglich der grundsätzlich zwingenden Namensänderung bei Volljährigenadoptionen von großer Bedeutung.

Auch mit vielen Jahren Berufserfahrung ist es eine Freude, die Ausführungen von *Renner* zur Vorsorgevollmacht zu lesen. Auch wenn sich dazu im Einzelnen keine wirklichen Neuerungen ergeben haben, lässt sich die eigene Praxis hieran sehr gut überprüfen. Kritisch sehe ich allerdings die Empfehlung, in einer Patientenverfügung deren Fortbestand vorzusehen, solange sie nicht „ausdrücklich schriftlich oder nachweislich mündlich“ widerrufen wurde (§ 16 Rdnr. 193). Ich denke, dass auch eine Geste (Hand- oder Kopfbewegung) oder mittels Augenkontakt stattfindende Kommunikation selbstverständlich relevant sein sollte, wenn deren Bedeutung für die Beteiligten fraglos eindeutig ist.

Die wohl meisten Änderungen zur Voraufgabe hatte *Schaal* als Autor zum Abschnitt über „Vormundschaft, Pflegschaft und Betreuung“ vorzunehmen. Für die praktische Tätigkeit des Vertragsgestalters ist hierbei die systematische Behandlung einer Vielzahl „ausgewählter Rechtsgeschäfte“ (§ 17 Rdnr. 238 bis 310), die von unentgeltlichen Zuwendungen über sachenrechtliche Verfügungen bis zu gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen alle wesentlichen Bereiche abdeckt. Das neue gesetzliche Vertretungsrecht gemäß § 1358 BGB wird in § 17 Rdnr. 171 ff. behandelt.

Wer sich zudem mit steuerrechtlichen Aspekten des Familienrechts auseinandersetzen muss (oder möchte), erhält hierzu mit den über 200 Buchseiten füllenden Ausführungen von *Schlünder/Geißler* Gelegenheit, die ohne Weiteres der Konkurrenz mit einschlägigen Spezialmonografien standhalten.

Der Abschnitt zur Auslandsberührung von *Süß* behandelt alle wesentlichen Aspekte dieses Bereichs und lässt keine Wünsche offen. Insbesondere die Ausführungen zur güterrechtlichen Rechtswahl und deren rückwirkenden Vereinbarung (§ 20 Rdnr. 131) werden in entsprechenden Fällen gute Dienste leisten. Dass die Länderübersicht zur Behandlung ausländischer Güterstände naturgemäß in diesem

Format nicht erschöpfend sein kann, versteht sich von selbst. Vielleicht bietet sich – soweit aus Platzgründen überhaupt möglich – für eine Neuauflage die Ergänzung um die praktisch relevanten Gebiete Ex-Jugoslawiens an.

Mit den Ausführungen von *Wudy* zu Notarkosten im Familienrecht erhält man zudem einen hervorragenden Überblick zur Bewältigung der sich diesbezüglich stellenden Fragen. Auch praktisch wichtige Spezialthemen, wie die kostenmäßige überaus relevante Abgrenzung zwischen Ehevertrag und Vereinbarung gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB, werden eingehend behandelt (§ 21 Rdnr. 59 ff.).

Abschließend findet sich ein „Formularteil“, der als Gesamtmuster eine Vielzahl von Vorschlägen enthält, die von klassischen Gestaltungen, wie übliche Modifizierungen der Zugewinnungsgemeinschaft, bis zu eher ausgefallenen Vorgängen,

wie der Reparatur von Schenkungen wegen „vergessener“ Gütergemeinschaft und der Vereinbarungen zu Familienpool-Gesellschaften, reichen. Auch wenn sich wie stets im Detail bei einzelnen Klauseln trefflich über sprachliche Fragen streiten lässt, ist der hervorragende Nutzen, von einem aus der Praxis entwickelten veröffentlichten Textbestand ausgehen zu können, groß und die daraus zu gewinnenden Anregungen überaus verdienstvoll.

Insgesamt versteht sich an dieser Stelle die ausdrückliche Anschaffungsempfehlung nach alledem von selbst. Das Werk hat vermutlich in den meisten Notariaten seinen festen Platz in griffbereiter Nähe längst erobert. Ein Berufsstand, der über ein solches Arbeitsmittel verfügt, muss sich jedenfalls im Bereich des Familienrechts keine Sorgen zur dauerhaften Qualitätssicherung seiner Tätigkeit machen.

Stefan Weise/Stephan Philipp Forst/Astrid Frense: Beck'sches Formularbuch für Immobilienrecht

4. Aufl., Beck, 2023. 980 S., 169 €

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

Kernfrage einer jeden Rezension ist es, darzulegen, ob sich die Anschaffung des jeweiligen Werks für den Leser lohnt. Dabei soll besonderes Augenmerk darauf gelegt werden, ob die Neuanschaffung auch dann sinnvoll ist, wenn die Voraufgabe bereits in der eigenen Bibliothek vorhanden ist.

Im Vergleich zur Voraufgabe aus dem Jahr 2018 fällt auf, dass nach dem Ausscheiden des Begründers des Handbuchs – Dr. *Stefan Weise* – Dr. *Astrid Frense* die Rolle der Mitherausgeberin übernommen hat. Wie auch schon in den Voraufgaben enthält das Werk ein breites Spektrum verschiedener Formulare in nahezu allen Bereichen des Immobilienrechts vom einfachen Kaufvertrag bis hin zum städtebaulichen Vertrag oder zum „Forward-Deal“.

Inhaltlich sind die Neuerungen im Gesetzestext sowie die Rechtsprechung seit dem Jahr 2018 bis zum April 2023 berücksichtigt. Besonders hervorzuheben ist dabei die Reform des Wohnungseigentumsrechts aus dem Jahr 2020 und die neuen geldwäscherechtlichen Regelungen, die zum 01.04.2023 in Kraft getreten sind, insbesondere das Barzahlungsverbot.

Auf das zum 01.04.2023 in Kraft getretene Barzahlungsverbot wird in der Kommentierung verwiesen (A. I. 1. 13 (4)). Folgerichtig findet sich unter § 2 des Grundmusters der Hinweis auf das Barzahlungsverbot und die fehlende Erfüllungswirkung der Barzahlung. Dieser geht im Rahmen der Ausführungen zur Kaufpreisfälligkeit etwas unter und wäre zum Schluss im Rahmen der allgemeinen Hinweise oder im Punkt der Auflassung wohl passender. Allerdings dürfte es

sich um eines der ersten Formularbücher handeln, die diesen Hinweis überhaupt enthalten.

Ebenso interessant für den Leser ist die umfassende Berücksichtigung der Neuerungen im WEG. Dies gilt nicht nur für die überarbeiteten Formulare, sondern auch für die Erläuterungen hierzu. Hervorzuheben ist dabei vor allem, dass Stellplätze seit der WeMoG-Reform 2020 gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG als Räume gelten, damit sondereigentumsfähig sind und isoliert mit einem Miteigentumsanteil verbunden werden können. Zudem kann auch an Freiflächen nunmehr gemäß § 3 Abs. 2 WEG Annex-Sondereigentum begründet werden. Dies findet auch in den vollständig überarbeiteten Mustern Berücksichtigung.

Der Einschätzung von *Wobst*, dass die Begründung von Sondernutzungsrechten durch die Möglichkeit zur Begründung von Sondereigentum bei Freiflächen obsolet werde (C. 1. 9), kann jedoch nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Die Begründung von Sondernutzungsrechten ist auch nach der Gesetzesänderung unverändert zulässig. Ob sich das Sondereigentum bei Freiflächen durchsetzt, wird die Praxis zeigen. Im Hinblick auf die Möglichkeit gemeinsamer Sondernutzungsrechte und Nutzungsrechte an Gemeinschaftseigentum bieten diese weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten und haben deshalb auch weiterhin einen sinnvollen Anwendungsbereich. Zudem müssen sie gerade nicht durch Maßangaben genau bezeichnet werden, was in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten und Unsicherheiten führt. Im Übrigen betritt der Kautelarjurist auf diesem Ge-

biet Neuland, weil diverse Rechtsfragen noch ungeklärt sind (vgl. hierzu *Wicke*, ZVE 2023 79, 81). Es wäre daher wünschenswert, dies auch weiterhin als Option in die entsprechenden Formulare aufzunehmen und die Unterschiede und damit auch die verschiedenen Anwendungsgebiete von Sondereigentum und Sondernutzungsrecht herauszuarbeiten.

Insgesamt bietet das vorliegende Werk einen guten Überblick über das Immobilienrecht und ist im Hinblick auf seine Aktualität kaum zu übertreffen. Wegen der nachvollziehba-

ren Struktur ermöglicht es ein schnelles Nachschlagen punktueller rechtlicher Fragen (auch zu den Neuerungen), ebenso wie das Auffinden allgemeiner oder speziellerer Formulare für die Vertragsvorbereitung. Die große Bandbreite macht das Handbuch zu einem hervorragenden Grundlagenwerk. Auch für Besitzer der Voraufgabe empfiehlt sich aufgrund der umfassenden Überarbeitung und Berücksichtigung der Gesetzesänderungen daher die Neuschaffung dieses Standardwerkes.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

1. Veräußerungszustimmung unter modernisiertem Wohnungseigentumsrecht

BGH, Urteil vom 21.07.2023, V ZR 90/22 (Vorinstanz: LG Lüneburg, Beschluss vom 26.04.2022, 9 S 55/21)

WEG § 12 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, ist seit dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 01.12.2020 eine Klage auf Zustimmung stets gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu richten.
2. Dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung vor diesem Datum getroffen wurde.

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist Mitglied einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE), deren Verwalterin die Beklagte ist. Nach § 7 Ziff. 3 lit. b) der Teilungserklärung vom 26.02.1985 bedarf die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters. Mit Vertrag vom 29.10.2020 veräußerte die Klägerin ihr Teileigentum zu einem Kaufpreis von 240.000 € an eine Erwerberin. Die Klägerin bat um Zustimmung zu der Veräußerung, die die Beklagte verweigerte. Das Amtsgericht hat die im Jahr 2021 eingegangene Klage abgewiesen. Die Berufung vor dem Landgericht ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zustimmung zu der Veräußerung weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

5 2. Gemäß § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Der Wortlaut der Norm ist seit 1951 nicht verändert worden. Eine solche Vereinbarung findet sich hier in § 7 Ziff. 3 lit. b) der Teilungserklärung, in der die Veräußerung des Wohnungseigentums von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht wird. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Verwalterin der GdWE die richtige Beklagte ist. Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, ist seit dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 01.12.2020 eine Klage auf Zustimmung stets gegen die GdWE zu richten. Dies gilt auch dann, wenn die Vereinbarung – wie hier – vor diesem Datum getroffen wurde.

6 a) Macht die Teilungserklärung eine Veräußerung von Wohnungseigentum von der Zustimmung des Verwalters abhängig, so war unter der Geltung des bisherigen Rechts nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zu differenzieren. Grundsätzlich war die Klage gegen den Verwalter zu richten, der in aller Regel bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig wurde und hierbei kein eigenes – nur von ihm wahrnehmbares – Recht wahrnahm (vgl. Senat, Urteil vom 13.05.2011, V ZR 166/10, ZWE 2011, 321, 322; Urteil vom 18.10.2019, V ZR 188/18, NJW-RR 2020, 393 Rdnr. 6). Hatten allerdings die Wohnungseigentümer die Entscheidung über die an sich von dem Verwalter zu erteilende Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum an sich gezogen und beschlossen, sie zu verweigern, waren sie und nicht der Verwalter für die Klage auf Erteilung der Zustimmung passivlegitimiert (vgl. Senat, Urteil vom 13.05.2011, V ZR 166/10, ZWE 2011, 321, 322). Ein solches Ansichziehen sollte nur dann ausscheiden, wenn die Teilungserklärung ausnahmsweise dem Verwalter die Erteilung der Zustimmung eindeutig als eigenes – nur von ihm wahrnehmbares – Recht zuwies (Senat, Urteil vom 13.05.2011, V ZR 166/10, a. a. O.).

7 b) An dieser Beurteilung kann unter der Geltung des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes nicht mehr festgehalten werden. Wird in der Teilungserklärung die Veräußerung von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht, wird dieser insoweit lediglich als Organ der GdWE angesprochen; ein eigenes Zustimmungsrecht steht ihm nicht – auch nicht als Treuhänder – zu.

8 aa) Die Frage wird allerdings in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass auch unter der Geltung des neuen Rechts der Verwalter selbst auf Zustimmung in Anspruch genommen werden müsse, es sei denn, die Eigentümerversammlung habe die Zustimmung abgelehnt oder der Verwalter verweigere die von der Eigentümerversammlung erteilte Zustimmung (vgl. AG Heidelberg, ZWE 2021, 269 Rdnr. 15; *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 71; Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht/*Rüscher*, J.V.1. Anm. 2; Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht/*B. Müller*, L. IV. 3 Anm. 6). Verwiesen wird insoweit auf den Wortlaut des § 12 WEG. Der zustimmungsverpflichtete Verwalter sei wie ein sonstiger Dritter oder ein Wohnungseigentümer selbst Anspruchsgegner. Nach der Gegenauffassung ist die Klage unter der Geltung des neuen Rechts grundsätzlich gegen die GdWE zu richten, da der Verwalter die Zustimmung nicht in eigenem, sondern im Namen der GdWE zu erteilen habe; er handele als Organ der GdWE, die gemäß § 18 Abs. 1 WEG zur Verwaltung berufen sei (vgl. *Bärman/Suilmann*, WEG, 15. Aufl., § 12 Rdnr. 54 f., Rdnr. 28 ff.; BeckOK-WEG/*Hogenschurz*, Stand: 03.07.2023, § 12 Rdnr. 72; *ders.*, ZWE 2023, 73, 74; Beck-OGK-WEG/*Skauradszun*, Stand: 01.06.2023, § 12 Rdnr. 42; *Grüneberg/Wicke*, 82. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 13; *jurisPK-BGB/Lafontaine*, 10. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 29; *Forschner*, ZWE 2022, 193, 198 f.;



unentschieden BeckOK-BGB/Hügel, Stand: 01.05.2023, § 12 WEG Rdnr. 7). Innerhalb dieser Auffassung wird teilweise die Ansicht vertreten, ausnahmsweise sei dann gegen den Verwalter Klage zu erheben, wenn dieser wie ein außenstehender Dritter kraft eigener Kompetenz handle bzw. die Gemeinschaftsordnung dem Verwalter persönlich die Erteilung der Zustimmung als eigenes Recht zuweise (vgl. Jennißen/Grziwotz, WEG, 7. Aufl., § 12 Rdnr. 31; jurisPK-BGB/Lafontaine, § 12 WEG Rdnr. 97; so wohl auch *Forschner*, ZWE 2022, 193, 199: grundsätzlich denkbar).

9 bb) Richtig ist, dass die Klage stets gegen die GdWE zu richten ist, wenn die Gemeinschaftsordnung die Zustimmung des Verwalters vorsieht.

10 (1) Allerdings wird in dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 WEG die GdWE als Zustimmungsberechtigte nicht (ausdrücklich) erwähnt. Auf der anderen Seite schließt es der Wortlaut aber auch nicht aus, die GdWE als „Dritte“ im Sinne der Vorschrift anzusehen (vgl. *Hogenschurz*, ZWE 2021, 271, 272; *Forschner*, ZWE 2022, 193, 199).

11 (2) Entscheidend für die Passivlegitimation der GdWE spricht, dass der Gesetzgeber die Aufgaben und Befugnisse des Verwalters und das Verhältnis des Verwalters zu der GdWE zum 01.12.2020 grundlegend neu ausgestaltet hat. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt nunmehr sowohl im Außenverhältnis als auch im Innenverhältnis ausschließlich der GdWE (§ 18 Abs. 1 WEG). Diese erfüllt die ihr zugewiesenen Aufgaben durch ihre Organe; internes Organ für die Ausführung ist der Verwalter, der die Entscheidungen umsetzt und dabei durch den Verwaltungsbeirat unterstützt wird (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 58; Senat, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 263/21, NJW-RR 2023, 226 Rdnr. 26). Dies gilt auch dann, wenn sich eine Vorschrift ihrem Wortlaut nach an ein konkretes Organ richtet; damit wird lediglich das für die Erfüllung dieser Aufgabe zuständige Organ bestimmt. Daher ist beispielsweise die Pflicht, eine Versammlung einzuberufen, in erster Linie eine Pflicht der GdWE; § 24 Abs. 1 WEG weist die Erfüllung dieser Pflicht lediglich im Rahmen der internen Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen dem Verwalter zu (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 58).

12 (3) Dieser Paradigmenwechsel kann nicht ohne Auswirkungen auf die Auslegung einer Bestimmung in der Teilungserklärung bleiben, wonach der Verwalter einer Veräußerung zustimmen muss. Die Teilungserklärung und die in ihr regelmäßig enthaltene Gemeinschaftsordnung mit entsprechenden Vereinbarungen, zu der auch eine Zustimmungspflicht gehört, stellen Grundbucheintragungen dar. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 22.03.2019, V ZR 145/18, ZWE 2019, 322 Rdnr. 7 m. w. N.). Nächstliegender Auslegung entspricht es, den in der Teilungserklärung aufgeführten Verwalter nicht als beliebigen „Dritten“ i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG zu verstehen,

sondern als Organ der GdWE. Bei der Organstellung des Verwalters handelt es sich nämlich um einen für jeden ohne Weiteres erkennbaren Umstand, weil er sich aus dem Gesetz ergibt. In dieser Eigenschaft wird er nicht nur im Gesetz selbst angesprochen (vgl. etwa § 24 Abs. 1 WEG), sondern auch in der Teilungserklärung. Im Zusammenhang mit § 12 Abs. 1 WEG sind entsprechende Regelungen deshalb dahingehend auszulegen, dass sich der Zustimmungsanspruch gegen die GdWE richtet, diese also passivlegitimiert ist. Da sie selbst nicht handlungsfähig ist, wird die Zustimmungserklärung durch den Verwalter als dem hierfür zuständigen Organ abgegeben. Auch wenn es zweckmäßig ist, in der Teilungserklärung juristisch präzise die GdWE, vertreten durch den Verwalter, als zustimmungsbefugt zu bezeichnen, ist es unschädlich, wenn – in abgekürzter Ausdrucksweise – der Verwalter aufgeführt ist, weil seine Funktion als Organ der GdWE ohne Weiteres erkennbar ist.

13 (4) Daran gemessen ist bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts „durch den Verwalter“ die Klage auf Zustimmung stets gegen die GdWE zu richten. Dies gilt entgegen der von der Revision und Teilen der Literatur (vgl. oben Rdnr. 8) vertretenen Auffassung auch dann, wenn die Teilungserklärung ausnahmsweise dem Verwalter die Erteilung der Zustimmung eindeutig als eigenes – nur von ihm wahrnehmbares – Recht zuweisen sollte. Hierfür kann dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen dies überhaupt der Fall sein kann; praktische Beispiele gibt es hierfür nicht (vgl. *Forschner*, ZWE 2022, 193, 199). Jedenfalls führte eine entsprechende Regelung lediglich dazu, dass die Wohnungseigentümer die Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung nicht an sich ziehen und selbst treffen können (vgl. Senat, Urteil vom 13.05.2011, V ZR 166/10, ZWE 2011, 321, 322). Auch in einem solchen Fall wird der Verwalter aber nicht, wie die Revision meint, als außenstehender Dritter, sondern im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer tätig (vgl. Senat, Urteil vom 18.10.2019, V ZR 188/18, NJW-RR 2020, 393 Rdnr. 6). Unter der Geltung des neuen Rechts handelt er deshalb auch in diesem Fall als Organ der GdWE, die im Falle der Verweigerung der Zustimmung zu verklagen ist.

14 c) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Teilungserklärung mit einem vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt des Verwalters noch – wie hier – aus der Zeit vor dem 01.12.2020 stammt.

15 aa) Da bei der Auslegung der Teilungserklärung subjektive Vorstellungen nicht von Bedeutung sind, sondern allein eine objektive Sicht maßgebend ist, kann sich der Inhalt der Teilungserklärung im Laufe der Zeit ändern, wenn in der Erklärung verwendete Begriffe einen Bedeutungswandel erfahren haben (vgl. hierzu auch *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 10 Rdnr. 76, § 12 Rdnr. 28). In diesem Sinne hält der Senat eine ergänzende Auslegung der Teilungserklärung in den Fällen für möglich, in denen eine Lücke durch eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse entsteht (vgl. Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 17 zu der Berücksichtigung von § 22 Abs. 1a BImSchG bei der Auslegung von vor dem Inkrafttreten der Norm errichteten Teilungserklärungen). Nicht anders liegt es, wenn die Teilungserklä-

nung zu einem Zeitpunkt errichtet worden ist, in dem der Verwalter bei der Erteilung einer Zustimmung zur Veräußerung die Rolle als Treuhänder zukam, während er nach dem aktuellen Recht die Stellung als Organ der GdWE innehat. Es ist deshalb nächstliegend, ab der Geltung des neuen Rechts nicht (mehr) ihn als zustimmungsberechtigt anzusehen, sondern die GdWE, die durch den Verwalter handelt.

16 bb) Dieses Ergebnis wird bestätigt durch § 47 WEG, der einen Anwendungsfall der ergänzenden Vertragsauslegung von Vereinbarungen darstellt, sodass die allgemeinen Grundsätze der Auslegung von Grundbucheklärungen gelten (vgl. Bärman/Göbel, WEG, § 47 Rdnr. 4). Nach Satz 1 der Vorschrift stehen Vereinbarungen, die vor dem 01.12.2020 getroffen wurden und die von solchen Vorschriften dieses Gesetzes abweichen, die durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz vom 16.10.2020 geändert wurden, der Anwendung dieser Vorschriften in der vom 01.12.2020 an geltenden Fassung nicht entgegen, soweit sich aus der Vereinbarung nicht ein anderer Wille ergibt. Ein solcher Wille ist in der Regel nicht anzunehmen (§ 47 Satz 2 WEG). Auch wenn § 47 WEG im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar anwendbar ist, weil der Wortlaut des § 12 Abs. 1 WEG unverändert geblieben ist, kommt hierin jedenfalls der eindeutige Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, bei der Auslegung von Vereinbarungen im Zweifel dem neuen Recht zur Geltung zu verhelfen. Deshalb müssen auch Altvereinbarungen auf der Grundlage der durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz vorgegebenen Systematik verstanden werden (so auch *Hogenschurz*, ZWE 2023, 73, 74; *Forschner*, ZWE 2022, 193, 199; siehe zur sog. dynamischen Verweisung in einer Gemeinschaftsordnung auf die jeweils aktuellen gesetzlichen Regelungen auch Senat, Urteil vom 17.03.2023, V ZR 140/22, ZWE 2023, 211 Rdnr. 17). Dem widerspräche es, legte man die Vereinbarung dahin gehend aus, dass der Verwalter trotz seiner („bloßen“) Organstellung selbst zustimmungsberechtigt ist.

17 3. Da hiernach bereits die Passivlegitimation der Beklagten fehlt, kommt es auf die von den Parteien kontrovers diskutierte und von dem Berufungsgericht nicht abschließend entschiedene Frage, ob wichtige Gründe i. S. d. § 12 Abs. 2 WEG für die Versagung der Zustimmung vorliegen, nicht an.

(...)

2. Rechtssicherheit für Quartierstiefgaragen

BGH, Beschluss vom 15.06.2023, V ZB 12/22 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.02.2022, 20 W 261/20)

BGB §§ 93, 94 Abs. 2, § 95 Abs. 1, § 912 Abs. 1, § 1018

GBO § 29 Abs. 1

WEG § 1 Abs. 4, § 8

LEITSÄTZE:

1. Maßgeblich für die Beurteilung der Einheitlichkeit von Gebäuden ist bei einem Überbau immer die Verkehrs-

anschauung; die körperliche bautechnische Beschaffenheit stellt nicht das allein entscheidende Kriterium dar, sondern erlangt nur im Rahmen der festzustellenden Verkehrsanschauung Bedeutung.

2. Erstreckt sich eine Tiefgarage als rechtmäßiger Überbau auf andere Grundstücke, führt allein die bautechnische und statische Verbindung der Tiefgarage mit auf den überbauten Grundstücken aufstehenden Gebäuden nicht dazu, dass die Tiefgarage kein einheitliches Gebäude ist.
3. Auch Verbindungen der auf den überbauten Grundstücken aufstehenden Gebäude mit dem Tiefgaragenkörper durch Treppenhäuser, Aufzugsschächte, Fluchtwege und der Haustechnik dienende Versorgungseinrichtungen oder von den anderen Grundstücken ausgehende weitere Zufahrten stehen der Einordnung der Tiefgarage als einheitliches Gebäude nicht entgegen.
4. Ist in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen, dass die im Wege des rechtmäßigen Überbaus grenzüberschreitend errichtete Tiefgarage durch eine Zufahrt von dem Stammgrundstück aus als Ganzes erreichbar ist, ist von dem Grundbuchamt aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung der Schluss zu ziehen, dass der Tiefgaragenkörper unabhängig von einer aufstehenden Bebauung auf dem überbauten Grundstück eigentumsrechtlich dem Stammgrundstück zuzuordnen ist; dies setzt allerdings voraus, dass sich ein Gebäudeteil der Tiefgarage (wie etwa eine Rampe) auf dem Stammgrundstück befindet und dies grundbuchmäßig nachgewiesen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Beteiligte ist als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks (im Folgenden: Tiefgaragengrundstück) im Grundbuch eingetragen. Auf dem Grundstück errichtete sie eine Tiefgarage, wobei sich ein kleiner Teil des Gebäudekörpers nebst Zufahrt auf dem Tiefgaragengrundstück befindet, während sich der weitaus größere Teil im Wege des Überbaus auf drei weitere Grundstücke erstreckt. Zulasten der überbauten Grundstücke ist jeweils eine Grunddienstbarkeit unter anderem mit dem Inhalt, dass dem jeweiligen Eigentümer des Tiefgaragengrundstücks der Überbau gestattet wird, in dem Grundbuch eingetragen (im Folgenden: Überbaugrunddienstbarkeit). Zudem ist zulasten des Tiefgaragengrundstücks eine Grunddienstbarkeit in dem Grundbuch eingetragen, die dem jeweiligen Eigentümer eines der überbauten Grundstücke (im Folgenden: Hausgrundstück) das Recht zu dem Aufbau eines Wohngebäudes auf dem Teil der Decke der Tiefgarage, der in das Hausgrundstück einragt, einräumt (im Folgenden: Aufbaugrunddienstbarkeit).

2 Mit Schreiben vom 11.02.2020 hat die Beteiligte unter Beifügung einer notariellen Teilungserklärung und einer Abgeschlossenheitsbescheinigung bei dem AG – Grundbuchamt – die Teilung des Tiefgaragengrundstücks in Teileigentum beantragt. Dabei bezieht die Teilungserklärung auch

den Gebäudekörper der Tiefgarage ein, der sich auf die anderen Grundstücke erstreckt; die Teileigentumseinheiten bestehen aus den einzelnen Tiefgaragenstellplätzen. Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen und dies unter anderem damit begründet, dass gemäß § 1 Abs. 4 WEG die Bildung von Teileigentum an mehreren Grundstücken nicht möglich sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte den Vollzugsantrag weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in DNotZ 2023, 284 veröffentlicht ist, meint, das Grundbuchamt habe den Antrag auf Bildung von Teileigentum im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Zwar sei ein durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit abgesicherter und damit rechtmäßiger Überbau gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks, soweit bei Beginn des Überbaus die Bestellung des Rechts schon in Aussicht genommen worden sei; Letzteres ergebe sich hier aus der der Teilungserklärung beigefügten Vereinbarung der Eigentümer. Auch könnten die in einem rechtmäßigen Überbau gelegenen Räume grundsätzlich ohne Verstoß gegen § 1 Abs. 4 WEG nach § 8 WEG geteilt werden. Die Teilung sei hier aber deswegen nicht einzutragen, weil die Beschwerdeführerin nicht in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen habe, dass die auf dem Hausgrundstück befindlichen Teile der Tiefgarage und ein auf diesem Grundstück errichtetes oder zukünftig noch zu errichtendes aufstehendes Gebäude kein einheitliches Gebäude im Sinne der §§ 93, 94 BGB bildeten. Entstehe insoweit ein einheitliches Gebäude, stände dies der (vollständigen) sachrechtlichen Zuordnung der Tiefgarage zu dem Tiefgaragengrundstück entgegen. Aus der Aufbaugrunddienstbarkeit lasse sich nicht herleiten, ob die gesamte Tiefgarage ein einheitliches Gebäude und damit einen Überbau darstelle oder ob das (zukünftig) aufstehende Gebäude mit den auf dem Hausgrundstück befindlichen Teilen der Tiefgarage ein einheitliches Gebäude bilde. Vielmehr sei die körperliche bautechnische Beschaffenheit entscheidend; daneben könne es auch auf die funktionale Einheit ankommen. Diese Kriterien könnten indes vor Fertigstellung eines Gebäudes, das im Bau oftmals bautechnische Änderungen erfahre, nicht beurteilt werden. Mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens werde sich der erforderliche Nachweis nicht führen lassen. Ebenso wenig lasse sich in grundbuchmäßiger Form nachweisen, dass das Gebäude nicht errichtet werde.

4 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Mit der von dem Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann der Vollzug der Teilung nach § 8 Abs. 1 WEG nicht abgelehnt werden.

5 1. Zutreffend nimmt das Beschwerdegericht allerdings an, dass die Begründung von Teileigentum im Wege der Teilung durch den Eigentümer nach § 8 Abs. 1 WEG nur bezogen auf ein einzelnes Grundstück zulässig ist und nicht mehrere Grundstücke betreffen darf (vgl. BeckOGK-WEG/Meier, Stand: 01.06.2023, § 8 Rdnr. 8; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl., Teil E Rdnr. 10). Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 WEG, wonach der Eigentümer

„eines Grundstücks“ die Teilung vornehmen kann, und zum anderen aus der allgemeinen Regelung des § 1 Abs. 4 WEG. Nach dieser Vorschrift können Wohnungseigentum und Teileigentum nicht in der Weise begründet werden, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden ist.

6 2. Richtig ist ferner, dass es einer Teilung nach § 8 Abs. 1 WEG nicht entgegensteht, wenn sich die Teilungserklärung auf Räume bezieht, die zwar in dem Bereich eines anderen Grundstücks gelegen, aber nach §§ 93, 94 BGB wesentliche Bestandteile des Stammgrundstücks sind (vgl. Senat, Urteil vom 30.05.2008, V ZR 184/07, WM 2008, 2270 Rdnr. 7). Denn auch dann betrifft die Teilung gemäß § 1 Abs. 4 WEG nur ein Grundstück (vgl. OLG Stuttgart, ZWE 2011, 410, 411; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 2817; Jennißen/Zimmer, WEG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 30; NK-BGB/Heinemann, 5. Aufl., § 1 WEG Rdnr. 5).

7 3. Der Sache nach trifft weiter die Annahme zu, dass ein Überbau dann wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks ist, wenn er mit Zustimmung der Nachbarn errichtet wurde. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sowohl bei einem nach § 912 Abs. 1 BGB zu duldenen als auch – erst recht – bei einem durch den Nachbarn gestatteten Überbau der hinübergebaute Gebäudeteil entgegen der Grundregel der § 946, § 94 Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des überbauten Grundstücks wird, sondern – entsprechend § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB – Scheinbestandteil des überbauten Grundstücks und gemäß § 93, § 94 Abs. 2 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, von dem aus übergebaut wird (vgl. Senat, Urteil vom 22.02.1974, V ZR 103/73, BGHZ 62, 141, 145 f.; Urteil vom 22.05.1981, V ZR 102/80, NJW 1982, 756 f.; Urteil vom 17.01.2014, V ZR 292/12, NJW-RR 2014, 973 Rdnr. 23). Hintergrund hierfür ist der Zweckgedanke der Überbauvorschriften, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, sowie der Gesichtspunkt der natürlich-wirtschaftlichen Einheit von Gebäuden (vgl. Senat, Urteil vom 22.02.1974, V ZR 103/73, BGHZ 62, 141, 145). Dabei liegt ein Überbau in diesem Sinne auch dann vor, wenn der überragende Gebäudeteil sich unterhalb der Erdoberfläche befindet, wie dies bei einer Tiefgarage der Fall ist (vgl. Senat, Urteil vom 22.05.1981, V ZR 102/80, NJW 1982, 756 f.; Urteil vom 25.02.1983, V ZR 299/81, NJW 1983, 2022, 2023). Welches Grundstück als Stammgrundstück anzusehen ist, richtet sich nach den Absichten und wirtschaftlichen Interessen des Erbauers im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Nachbargrundstücke. Größe und Wichtigkeit des übergebauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem Grundstück des Erbauers verbliebenen „Stammteil“ spielen keine Rolle (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.1974, V ZR 103/73, BGHZ 62, 141, 146; Urteil vom 23.02.1990, V ZR 231/88, BGHZ 110, 298, 302).

8 4. Richtig ist schließlich, dass die vorgenannten Grundsätze der Eigentumszuordnung bei einem rechtmäßigen Überbau nur Anwendung finden, wenn es sich bei dem grenzüberschreitend errichteten Bauwerk um ein einheitliches Gebäude handelt (vgl. Senat, Urteil vom 22.05.1981, V ZR 102/80, NJW 1982, 756; Urteil vom 04.12.1987, V ZR 189/86, NJW-RR 1988, 458; Urteil vom 02.06.1989, V ZR

167/88, MDR 1989, 1089; Urteil vom 23.02.1990, V ZR 231/88, BGHZ 110, 298, 301). Für die danach maßgebliche Frage, ob eine grundstücksübergreifende Tiefgarage ein einheitliches Gebäude bildet, ist die Verkehrsanschauung entscheidend.

9 a) Die eigentumsrechtliche Zuordnung einer über die Grundstücksgrenze errichteten Tiefgarage mit aufstehender Bebauung wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

10 aa) Zum Teil wird angenommen, eine Tiefgarage, die sich im Wege des rechtmäßigen Überbaus auf andere Grundstücke erstreckt, könne dem Stammgrundstück dann nicht als wesentlicher Bestandteil zugeordnet werden, wenn auf den überbauten Teilen des Tiefgaragenkörpers ein Gebäude errichtet sei. Dann könne nämlich die Tiefgarage nach § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, weil das aufstehende Gebäude baustatisch von der Tiefgarage abhängig sei und es daher bei einer Entfernung der Tiefgarage zerstört würde. Bei der Anwendung des § 93 BGB sei in erster Linie eine körperlich-bautechnische bzw. baustatische Betrachtungsweise zugrunde zu legen, die nicht mit dem Argument einer funktionalen Einheit umgangen werden könne (vgl. *Oppermann*, DNotZ 2015, 662, 665; *Heckscher*, RNotZ 2016, 1, 6; *Berg*, RNotZ 2018, 505, 531 f.).

11 bb) Andere halten die sachenrechtliche Eigenständigkeit einer Tiefgarage im Verhältnis zu einer aufstehenden Bebauung mit unterschiedlicher Begründung für möglich. Die baustatische Verbindung von Tiefgarage und aufstehender Bebauung sei nicht das allein entscheidende Kriterium für die Einheitlichkeit eines Gebäudes. Vielmehr könnten Verkehrsanschauung bzw. eine natürlich-wirtschaftliche Betrachtungsweise unter Berücksichtigung funktionaler Einheiten zu einem anderen Ergebnis führen (vgl. *Monreal* in FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 201, 205 f.; *Ters-teegen*, RNotZ 2006, 433, 439 f.; *ders.*, ZNotP 2008, 21, 23; Kölner Formularhandbuch Wohnungseigentumsrecht/*Weber*, 2. Aufl., Kapitel 2 Rdnr. 72 f.; BeckOK-WEG/*Leidner*, Stand: 03.04.2023, § 3 Rdnr. 5; BeckOGK-WEG/*M. Müller*, § 1 Rdnr. 405; *Bühler/Bernert*, DNotZ 2023, 290, 293 ff.).

12 b) Die zweite Ansicht entspricht der Rechtsprechung des Senats.

13 aa) Wann eine einheitliche Sache vorliegt, ist nicht ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. § 90 BGB bestimmt lediglich, dass Sachen körperliche Gegenstände sind. Auch § 93 BGB, wonach Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, definiert nicht eine einheitliche Sache. Vielmehr setzt diese Vorschrift deren Vorliegen voraus und bestimmt, wann ein – nicht sonderrechtsfähiger – wesentlicher Bestandteil einer einheitlichen Sache vorliegt (vgl. Münch-Komm-BGB/*Stresemann*, 9. Aufl., § 93 Rdnr. 3; *Monreal* in FS 25 Jahre DNotI, S. 201, 205; *Bühler/Bernert*, DNotZ 2023, 290, 293; vgl. auch Senat, Urteil vom 15.02.2008, V ZR 222/06, BGHZ 175, 253 Rdnr. 15; Urteil vom 22.10.2021, V ZR 69/20, BGHZ 231, 310 Rdnr. 24). Maßgebend dafür, ob eine einheitliche Sache vorliegt, ist nach der ständigen

Rechtsprechung des Senats die Verkehrsanschauung und – wenn diese fehlt oder nicht festgestellt werden kann – die natürliche Betrachtungsweise eines verständigen Beobachters (vgl. Senat, Urteil vom 22.10.2021, V ZR 69/20, BGHZ 231, 310 Rdnr. 24 m. w. N.).

14 bb) Dies gilt auch bei Gebäuden. Zwar hat der Senat unter Bezugnahme auf die Wertung des § 93 BGB ausgeführt, dass sich die Frage, ob ein Bauwerk ein einheitliches Gebäude darstelle, in erster Linie nach seiner körperlichen bautechnischen Beschaffenheit beurteile, und dass ein Gebäude, dessen Teile nicht voneinander getrennt werden könnten, ohne dass der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert werde, grundsätzlich ein einheitliches Gebäude sei (vgl. Senat, Urteil vom 22.05.1981, V ZR 102/80, NJW 1982, 756; bestätigt in Urteil vom 25.02.1983, V ZR 299/81, NJW 1983, 2022, 2023; vgl. auch Senat, Urteil vom 04.12.1987, V ZR 189/86, NJW-RR 1988, 458). Der Senat hat aber zugleich betont, dass Verkehrsanschauung oder natürliche und wirtschaftliche Betrachtungsweise zu einem anderen Ergebnis führen können (vgl. Senat, Urteil vom 22.05.1981, V ZR 102/80, NJW 1982, 756; Urteil vom 02.12.1987, V ZR 189/86, NJW-RR 1988, 458; Urteil vom 15.02.2008, V ZR 222/06, BGHZ 175, 253 Rdnr. 15). Er hat deutlich gemacht, dass alle Umstände des Falles gewürdigt werden müssen (vgl. Urteil vom 02.06.1989, V ZR 167/88, MDR 1989, 1089), wobei insbesondere auch dem Gesichtspunkt funktionaler Einheit besonderes Gewicht beizumessen ist (vgl. Urteil vom 04.12.1987, V ZR 189/86, NJW-RR 1988, 458; Urteil vom 02.06.1989, V ZR 167/88, MDR 1989, 1089; Urteil vom 23.02.1990, V ZR 231/88, BGHZ 110, 298, 301). Ebenso von Bedeutung können die Größe, die Lage, die bauliche Eigenart und die wirtschaftliche Nutzung sein (vgl. Senat, Urteil vom 04.12.1987, V ZR 189/86, NJW-RR 1988, 458; Urteil vom 23.02.1990, V ZR 231/88, BGHZ 110, 298, 301; Urteil vom 12.10.2001, V ZR 268/00, NJW 2002, 54; Urteil vom 10.10.2003, V ZR 96/03, WM 2004, 1340, 1342; Urteil vom 15.02.2008, V ZR 222/06, BGHZ 175, 253 Rdnr. 15).

15 cc) Maßgeblich für die Beurteilung der Einheitlichkeit von Gebäuden ist bei einem Überbau nach alledem immer die Verkehrsanschauung; die körperliche bautechnische Beschaffenheit stellt nicht das allein entscheidende Kriterium dar, sondern erlangt nur im Rahmen der festzustellenden Verkehrsanschauung Bedeutung. Folgerichtig hat der Senat bereits mehrfach entschieden, dass es der Eigenständigkeit eines Gebäudes nicht entgegensteht, wenn es statisch von anderen Gebäuden bzw. Teilen anderer Gebäude abhängig ist. So hat er die Beurteilung einer Tiefgarage als einheitliche Sache nicht deswegen beanstandet, weil sie statische Verbindungen zu einer aufstehenden Bebauung auswies (vgl. Urteil vom 25.02.1983, V ZR 299/81, NJW 1983, 2022, 2023). Bei einem sog. verschachtelten Überbau, also bei einem wechselseitigen Überbau einzelner Geschosse von zwei Gebäuden, hat der Senat die statische Verbundenheit ebenso wenig als entscheidend angesehen. Vielmehr hat er darauf abgestellt, welchem Gebäude die Geschosse bei natürlicher und wirtschaftlicher Betrachtung zuzuordnen sind. Diese mögliche Einheitlichkeit eines Gebäudes trotz der statischen Abhängigkeit bestimmter Teile

von einem anderen Gebäude hat der Senat dabei nicht nur für die Teilung eines Grundstücks mit einem über die Grundstücksgrenze reichenden Bauwerk anerkannt (vgl. hierzu Urteil vom 12.10.2001, V ZR 268/00, NJW 2002, 54; Urteil vom 10.10.2003, V ZR 96/03, WM 2004, 1340, 1341 f.), sondern auch, anders als *Oppermann* (DNotZ 2015, 662, 664 f.) meint, bei gestatteten Überbauten (vgl. Urteil vom 15.02.2008, V ZR 222/06, BGHZ 175, 253 Rdnr. 15 f.). Ist der übergebauten Teil eines Gebäudes nach seiner Lage, baulichen Gestaltung und wirtschaftlichen Nutzung einem bestimmten Gebäude zuzuordnen, ist er auch eigentumsrechtlich diesem Gebäude zugehörig, und zwar selbst dann, wenn er statisch von einem anderen Gebäude abhängig ist. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn es sich bei dem Gebäude um eine Tiefgarage handelt.

16 dd) Erstreckt sich eine Tiefgarage als rechtmäßiger Überbau auf andere Grundstücke, führt allein die bautechnische und statische Verbindung der Tiefgarage mit auf den überbauten Grundstücken aufstehenden Gebäuden infolgedessen nicht dazu, dass die Tiefgarage kein einheitliches Gebäude ist. Entscheidend für die Einordnung der Tiefgarage als einheitliches Gebäude ist vielmehr die Verkehrsanschauung, wobei die Umstände des Einzelfalles und insbesondere der Gesichtspunkt der funktionalen Einheit zu würdigen sind. Nach der Verkehrsanschauung stehen Verbindungen der auf den überbauten Grundstücken aufstehenden Gebäude mit dem Tiefgaragenkörper durch Treppenhäuser, Aufzugsschächte, Fluchtwege und der Haustechnik dienende Versorgungseinrichtungen oder von den anderen Grundstücken ausgehende weitere Zufahrten der Einordnung der Tiefgarage als einheitliches Gebäude nicht entgegen. Bleibt die Tiefgarage als Ganzes über eine Zufahrt von dem Stammgrundstück aus erreichbar, dienen solche Verbindungen primär den aufstehenden Gebäuden und ihrem Anschluss an die Tiefgarage. Sie ändern nichts daran, dass die Tiefgarage bei funktionaler und wirtschaftlicher Betrachtung als eigenständige Einheit und damit als einheitliches Gebäude angesehen wird (vgl. Kölner Formularhandbuch Wohnungseigentumsrecht/*Weber*, Kapitel 2 Rdnr. 73; *Teerstegen*, ZNotP 2008, 21, 23; *Bühler/Bernert*, DNotZ 2023, 290, 293 f.).

17 5. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Annahme des Beschwerdegerichts, hier könne davon, dass die Tiefgarage ein einheitliches Gebäude sei, schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil nicht in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen sei, dass die auf dem Hausgrundstück befindlichen Teile des Tiefgaragenkörpers mit dem darauf (zukünftig) errichteten Gebäude kein einheitliches Bauwerk bildeten.

18 a) Ob sich – wie die Rechtsbeschwerde meint – aus der Aufbaugrunddienstbarkeit etwas für die sachenrechtliche Zuordnung des aufgebauten Gebäudes oder der Tiefgarage ergibt, kann dahinstehen. Daher kommt es auch nicht darauf an, inwieweit eine Aufbaudienstbarkeit, die – wie hier – lediglich das Recht zu dem Aufbau eines Wohngebäudes auf der Tiefgaragendecke gewährt, dem Eigentümer – anders als eine Nutzungsdienstbarkeit mit einem darüber hinaus gehenden Inhalt – überhaupt einen rechtlichen

Vorteil im Sinne des § 1019 Satz 1 BGB verschaffen kann oder ob diese Befugnis nicht ohnehin gemäß § 903 Satz 1 BGB besteht.

19 b) Das Beschwerdegericht überspannt jedenfalls die Anforderungen an die Nachweise, die von dem Antragsteller im Rahmen des Grundbuchverfahrens zu erbringen sind. Zu Unrecht verlangt es einen grundbuchmäßigen Beleg der negativen Tatsache, dass die übergebauten Tiefgarage und das auf dem Hausgrundstück aufstehende Gebäude kein einheitliches Gebäude sind.

20 aa) Zwar müssen im Grundbuchverfahren grundsätzlich Nachweise in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden. Etwas anderes gilt aber dann, wenn aufgrund von Umständen, die in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen sind, nach der Lebenserfahrung von bestimmten Tatsachen auszugehen ist. Dann kann ein Nachweis, dass keine Umstände vorliegen, aufgrund derer dieser Erfahrungssatz ausnahmsweise nicht eingreift, von dem Antragsteller grundsätzlich nicht gefordert werden. Der Zwang, derartige, in der Regel fernliegende Möglichkeiten zu berücksichtigen, würde zu einem leeren Formalismus führen und den Grundbuchverkehr unnötig erschweren (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 141 f.; Beschluss vom 14.02.1985, V ZB 20/84, BGHZ 94, 24, 27; vgl. allgemein zu Erfahrungssätzen im Grundbuchverfahren: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 159; *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 176).

21 bb) Ein solcher Erfahrungssatz greift hier ein.

22 (1) Erstreckt sich ein Tiefgaragenkörper, der durch eine Zufahrt von dem Stammgrundstück aus als Ganzes erreichbar ist, als rechtmäßiger Überbau auf andere Grundstücke, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sich die eigentumsrechtliche Zuordnung dieses Überbaus nicht allein dadurch ändert, dass auf den überbauten Tiefgaragenteil Gebäuden aufgebaut wurden bzw. werden können. Denn die aus einem Aufbau folgende bautechnische und statische Verbindung ändert für sich genommen nichts an der eigentumsrechtlichen Zuordnung der Tiefgarage zu dem Stammgrundstück. Gleiches gilt für Verbindungen durch Treppenhäuser, Fluchtwege, Aufzugsschächte, für Versorgungseinrichtungen und für weitere Zufahrten (siehe oben Rdnr. 16). Vielmehr ist aufgrund der eigenständigen funktionalen Bedeutung einer grundstücksübergreifenden Tiefgarage davon auszugehen, dass diese nach der Verkehrsanschauung im Regelfall unabhängig von einer aufstehenden Bebauung als eigenständiges Gebäude anzusehen ist (vgl. *Monreal* in FS 25 Jahre DNotI, S. 201, 205; *Bühler/Bernert*, DNotZ 2023, 290, 293, 294; ähnlich *Teerstegen*, ZNotP 2008, 21, 23; *ders.*, RNotZ 2006, 433, 440; Kölner Formularhandbuch Wohnungseigentumsrecht/*Weber*, Kapitel 2 Rdnr. 73). Ist in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen, dass die im Wege des rechtmäßigen Überbaus grenzüberschreitend errichtete Tiefgarage durch eine Zufahrt von dem Stammgrundstück aus als Ganzes erreichbar ist, ist von dem Grundbuchamt aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung der Schluss zu ziehen, dass der Tiefgaragenkörper unabhängig von einer aufstehenden Bebauung auf dem überbauten Grundstück eigentumsrechtlich

dem Stammgrundstück zuzuordnen ist. Dies setzt allerdings voraus, dass sich ein Gebäudeteil der Tiefgarage auf dem Stammgrundstück befindet. Dafür reicht es aus, dass jedenfalls die befestigte Rampe, die in die Tiefgarage hinunterführt und die regelmäßig als Gebäudebestandteil anzusehen ist (zutreffend OLG Rostock, OLGR 2002, 265, 267; dazu bereits Senat, Urteil vom 15.11.2013, V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rdnr. 15), auf dem Stammgrundstück gelegen ist. Auch hierfür ist ein grundbuchmäßiger Nachweis erforderlich.

23 (2) Hier hat die Beteiligte durch die Nachbarschafts- und Rahmenvereinbarung als Teil der notariellen Teilungserklärung (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG), insbesondere aber durch die zugunsten des Tiefgaragengrundstücks eingetragenen Überbaugrunddienstbarkeiten (vgl. Senat, Urteil vom 15.11.2013, V ZR 24/13, NJW 2014, 311 Rdnr. 9) in der erforderlichen Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen, dass die Tiefgarage einen rechtmäßigen Überbau des Tiefgaragengrundstücks darstellt. Zudem hat sie durch die mit dem Antrag als Anlage zur Teilungserklärung vorgelegten Aufteilungspläne in der erforderlichen Form nachgewiesen, dass der Tiefgaragenkörper von dem Stammgrundstück aus als Ganzes erreichbar ist. Auch ist in der erforderlichen Form nachgewiesen, dass ein Teil des Tiefgaragengebäudes auf dem Stammgrundstück gelegen ist. Daher musste das Grundbuchamt, ohne weitere Nachweise fordern zu dürfen, und unabhängig von einem auf dem Hausgrundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude nach der Lebenserfahrung davon ausgehen, dass der Tiefgaragenkörper eigentumsrechtlich dem Tiefgaragengrundstück zuzuordnen ist. Darauf, ob möglicherweise künftig ein Gebäude auf dem Tiefgaragenkörper errichtet wird, kann es für die Einheitlichkeit der Tiefgarage nach dem zuvor Ausgeführten von vornherein nicht ankommen. Hier ist das auf dem Hausgrundstück geplante Gebäude, wie sich aus der in Bezug genommenen, vorangegangenen Entscheidung des Beschwerdegerichts vom 22.07.2020 (20 W 296/19, juris Rdnr. 18) ergibt, abgesehen von einer statischen Verzahnung mit der Tiefgarage in seiner Funktion ohnehin völlig autark und weist keine Verbindungen bautechnischer oder funktionaler Art zu dem Tiefgaragenkörper auf.

24 IV. 1. Da das Beschwerdegericht die Beschwerde zu Unrecht zurückgewiesen hat, sind seine Entscheidung und der Beschluss des Grundbuchamts aufzuheben (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 5 FamFG). Die Sache ist zur Entscheidung über das Eintragungsersuchen an das Grundbuchamt zurückzuverweisen (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 6 Satz 2 2. Hs. FamFG), das den Vollzug der Eintragung nicht aus den in dem Beschluss des Grundbuchamts und der Beschwerdeentscheidung genannten Gründen verweigern darf. § 1 Abs. 4 WEG steht der Eintragung nicht entgegen. Die weiteren Gründe, auf die das Grundbuchamt die Ablehnung des Antrags gestützt hat, verneint das Beschwerdegericht mit insoweit zutreffender Begründung.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Oke Johannsen**, Hamburg, und
Notarassessor Dr. **Gerrit Bulgrin**, Hamburg

1. Einleitung

Neubauprojekte werden – gerade in Ballungszentren – oftmals durch eine Tiefgarage „unterbaut“. Erstreckt sich dabei die Tiefgarage als Überbau im Sinne der §§ 912 ff. BGB über mehrere rechtlich selbstständige Grundstücke (nachstehend „Quartiertiefgarage“ genannt), stellen sich komplexe sachenrechtliche Folgefragen. Eine dieser Fragen ist nun durch den Beschluss des V. Zivilsenats des BGH vom 15.06.2023 (V ZB 12/22¹), der in diesem Beitrag besprochen wird, in begrüßenswerter Klarheit beantwortet worden.

2. Grundlegendes zu den Eigentumsverhältnissen an Quartiertiefgaragen

Zur rechtlichen Einordnung der Entscheidung des BGH ist es zunächst nötig, sich die sachenrechtlichen Grundlagen zu vergegenwärtigen, die für die Eigentumsverhältnisse an Quartiertiefgaragen eine Rolle spielen.

Maßgeblich hierfür sind nicht etwa die Überbauvorschriften der §§ 912 ff. BGB, da diese keine Aussage zu den Eigentumsverhältnissen am Überbau treffen,² sondern die allgemeinen Bestimmungen der §§ 93, 94 BGB. Diese lassen in Fällen eines die Grundstücksgrenze überbauenden Gebäudes (Überbau) zwei Ergebnisse zu: Entweder setzt sich das in § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB normierte sog. Akzessionsprinzip durch, wonach die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen – also insbesondere Gebäude – zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks zählen. Dann gelangt man über den § 93 BGB, wonach wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, zu dem Ergebnis, dass das Eigentum an dem überbauenden Gebäudeteil dem Eigentümer des überbauten Grundstückes zusteht. Ein über die Grundstücksgrenze verlaufendes Gebäude würde also bei Anlegung des Akzessionsprinzips eigentumsrechtlich an der Grundstücksgrenze lotrecht zerschnitten. Oder es dominiert das in § 94 Abs. 2 BGB normierte Prinzip der Gebäudeeinheit, wonach die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen – also insbesondere die Gebäudebestandteile, die auf andere Grundstücke hinüberraagen – zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes zählen. Dann führt der Normbefehl des § 93 BGB dazu, dass das Eigentum an dem Gebäude insgesamt, d. h. inklusive seiner überbauenden Teile, einheitlich dem Grundstück zugewiesen wird, von dem aus der Überbau ausgeht (sog. Stammgrundstück), während die überbauenden Teile im Verhältnis zum überbauten Grundstück sich lediglich als

1 Abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=V%20ZB%2012/22&nr=134335>.

2 So richtig *Monreal* in FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 201.

Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen.³

Der BGH betont in diesem Zusammenhang in ständiger Rechtsprechung die Wertung der Überbauvorschriften der §§ 912 ff. BGB (Erhaltung natürlicher Einheiten und wirtschaftlicher Werte⁴) und differenziert wie folgt: Liegt ein nach § 912 Abs. 1 BGB zu duldender oder durch den Nachbareigentümer gestatteter Überbau vor, setzt sich das Prinzip der Gebäudeeinheit durch, sodass der Überbau eigentumsrechtlich zum Stammgrundstück gezogen wird.⁵ Lediglich bei einem weder gestatteten noch gemäß § 912 Abs. 1 BGB zu duldenden Überbau komme aufgrund des dann vorrangig zu bewertenden Interesses des Nachbareigentümers das Akzessionsprinzip zum Tragen, sodass in solchen Fällen der Gebäudekörper eigentumsrechtlich entlang der Grundstücksgrenze vertikal geteilt wird.⁶

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Kautelarpraxis in den letzten zwei Jahrzehnten zwei Varianten für die eigentumsrechtliche Gestaltung von noch zu errichtenden Quartierstiefgaragen entwickelt: Nach der ersten Variante wird ein Grundstück – mitunter ein speziell zu diesem Zweck herausgemessenes Flurstück, auf dem sich lediglich die Zufahrtsrampe⁷ befindet – als Stammgrundstück festgelegt, von dem aus die Quartierstiefgarage die übrigen Grundstücke überbaut. Möglich ist dieses Vorgehen deshalb, weil das Stammgrundstück nach allgemeiner Auffassung allein nach der subjektiven Willensrichtung des Erbauers zu bestimmen ist, während Größe und wirtschaftliche Bedeutung der überbauten Grundstücke und des Überbaus im Verhältnis zum Stammgrundstück und der dort vorhandenen Bebauung keine Rolle spielen sollen.⁸ Zulasten der überbauten Grundstücke werden ferner vor Baubeginn⁹ Grunddienstbarkeiten gemäß § 1018 Var. 1 BGB zugunsten des Eigentümers des Stammgrundstücks bestellt, wonach die Über- bzw. Unterbauung mit der Tiefgarage zu dulden ist (sog. Überbaudienst-

barkeit).¹⁰ Durch die Bestellung der Überbaudienstbarkeiten wird die Eigenschaft des Tiefgaragenbaukörpers als rechtmäßiger Überbau in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dokumentiert; der Eigentümer des Stammgrundstücks wird nach den vorgenannten Grundsätzen Eigentümer der gesamten Quartierstiefgarage (vgl. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB).¹¹ Bei der zweiten Variante – die gewählt wird, wenn der Projektentwickler sich bewusst für eine eigentumsrechtlich vertikale Teilung der Quartierstiefgarage entscheidet – wird zulasten des Stammgrundstücks und zugunsten der jeweiligen Eigentümer der überbauten Grundstücke eine Negativdienstbarkeit gemäß § 1018 Var. 3 BGB bestellt, wonach das Recht zur Duldung des Überbaus ausgeschlossen wird. Diese Manifestation des Willens des Erbauers, keine eigentumsrechtlich zusammenhängende Einheit errichten zu wollen, soll dazu führen, dass sich das Akzessionsprinzip durchsetzt und dementsprechend das Eigentum am Tiefgaragenbaukörper an den jeweiligen Grundstücksgrenzen endet.¹²

3. Der Problemfall: Quartierstiefgaragen mit aufstehenden Gebäuden

Bislang ungeklärt war, ob die vorstehend dargestellte erste Variante – Bestellung von Überbaudienstbarkeiten zulasten der überbauten Grundstücke und damit eigentumsrechtliche Zuordnung der Quartierstiefgarage zum Stammgrundstück – auch dann möglich ist, wenn die die Nachbargrundstücke überbauenden Teile der Quartierstiefgarage dort mit aufstehenden Wohngebäuden statisch bzw. bautechnisch (durch gemeinsame Versorgungsleitungen, Haustechnik, Zugänge usw.) verbunden sind.

Fraglich war dies bislang vor allem deshalb, weil das Vorliegen eines Überbaus – und damit auch die Anwendung der vorgenannten eigentumsrechtlichen Überbaugrundsätze – ein einheitliches Gebäude voraussetzt.¹³ Stellte die Quartierstiefgarage für sich genommen kein einheitliches Gebäude dar, sondern bildete diese allenfalls gemeinsam mit den aufstehenden Gebäuden auf den Nachbargrundstücken ein (großes) einheitliches Gebäude, so könnte die Quartierstiefgarage nicht isoliert als Überbau verstanden werden; die eigentumsrechtliche Zuordnung des Tiefgaragenbaukörpers zum Stammgrundstück käme dann – da sonst unter Verstoß gegen § 93 BGB Bestandteile einer Sache (bestehend aus Tiefgaragenbaukörper und aufstehenden Gebäuden) Gegenstand besonderer Rechte werden würden – nicht in Betracht.¹⁴

3 Siehe hierzu etwa *Bühler/Bernert*, DNotZ 2023, 290, 291 f.

4 BGH, Urteil vom 04.12.1987, V ZR 274/86, NJW 1988, 1078, 1079.

5 BGH, Urteil vom 22.02.1974, V ZR 103/73, BGHZ 62, 141, 145 f.; Urteil vom 22.05.1981, V ZR 102/80, NJW 1982, 756 f.; Urteil vom 17.01.2014, V ZR 292/12, NJW-RR 2014, 973 Rdnr. 23.

6 BGH, Urteil vom 12.07.1984, IX ZR 124/83, NJW 1985, 789, 791; Urteil vom 02.06.1989, V ZR 167/88, NJW-RR 1989, 1039.

7 Die Zufahrtsrampe als Bauwerk, als dessen Überbau sich der übrige Tiefgaragenbaukörper darstellen kann, für ausreichend erachtend OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.07.2011, 8 W 229/11, ZWE 2011, 410, 411.

8 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Brückner, 9. Aufl. 2023, § 912 Rdnr. 10 m. w. N.

9 Die Frage des Zeitpunkts der Eintragung ist aufgrund des Wortlauts von § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB („in Ausübung“) umstritten. Sowohl das Beschwerdegericht als auch der BGH lassen jedoch auch eine nach Baubeginn erfolgende Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch genügen, vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.02.2022, 20 W 261/20, DNotZ 2023, 284, 288.

10 In dem der Besprechung zugrunde liegenden Sachverhalt lautete die Dienstbarkeit etwa auf „Überbaugestattung und Duldung der ober- und unterirdischen Überbauung mit einer Tiefgarage“, vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.02.2022, 20 W 261/20, DNotZ 2023, 284, 285.

11 Vgl. zum Ganzen *Weber*, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 2 Rdnr. 47, 64 ff.

12 Hierzu ausführlich *Monreal* in FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 201, 207 ff.

13 *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433, 438.

14 *Oppermann*, RNotZ 2015, 662, 664 f.

Entscheidend ist demnach, welche Kriterien für das Vorhandensein eines einheitlichen Gebäudes eine Rolle spielen. Das Gesetz selbst schweigt hierzu, insbesondere der § 93 BGB setzt das Vorhandensein „einer“ Sache als Prämisse voraus. Im Wesentlichen einig sind sich Rechtsprechung und Literatur noch darüber, dass es zur Beantwortung dieser Frage (zumindest: auch) auf die Verkehrsanschauung ankommt.¹⁵ Konkret für den Fall der Quartierstiefgarage mit aufstehenden Gebäuden war bislang aber unklar, wie der schillernde Begriff der Verkehrsanschauung näher auszufüllen ist. Einige Stimmen in der Literatur messen in diesem Zusammenhang einer statisch-bautechnischen Verzahnung zwischen Quartierstiefgarage und aufstehenden Gebäuden wesentliche Bedeutung bei bzw. stellen die Frage nach der statisch-bautechnischen Verzahnung der Verkehrsanschauung als vorrangig zu beachtendes Kriterium zur Seite. Danach sei die Quartierstiefgarage für sich genommen kein einheitliches Gebäude, wenn sie (wie es dem Regelfall entspricht) nicht entfernt werden könne, ohne dass die aufstehende Bebauung zerstört würde bzw. mit der aufstehenden Bebauung durch gemeinsame Ver- und Entsorgungsleitungen, Treppenhäuser, Aufzüge usw. verzahnt sei.¹⁶ Abweichend hiervon betont die in der Literatur wohl schon bisher überwiegende Auffassung im Sinne einer natürlich-wirtschaftlichen Betrachtung die funktional eigenständige Bedeutung von Tiefgaragenbaukörper einerseits und aufstehender Bebauung andererseits. Danach sei die Quartierstiefgarage nach der Verkehrsanschauung auch dann als für sich genommen einheitliches Gebäude anzusehen, wenn diese mit der aufstehenden Bebauung statisch-bautechnisch verzahnt ist.¹⁷

Wäre die erstgenannte Auffassung richtig, hätte dies für die zahlreichen Fälle, in denen in der Vergangenheit in größeren Städten die Quartierstiefgarage nach den oben beschriebenen Überbaugrundsätzen dem Stammgrundstück zugeordnet wurde, katastrophale Folgen. Denn in solchen Fällen erfolgte regelmäßig die Aufteilung des Stammgrundstückes nach den Regelungen des WEG, bei der der Tiefgaragenbaukörper als rechtmäßiger Überbau des Stammgrundstückes in die Aufteilung mit einbezogen und an den einzelnen Stellplätzen Teileigentum begründet wurde. Ist der Tiefgaragenbaukörper aber nicht als rechtmäßiger Überbau zu verstehen und wird er deshalb nicht dem Stammgrundstück zugeordnet, würde diese Art der Aufteilung unter Verstoß gegen zwingendes

WEG-Recht¹⁸ Sondereigentum an Räumen begründen, die rechtlich nicht Bestandteil des aufgeteilten Grundstückes sind; die gesamte Aufteilung wäre unwirksam. Käufer von dennoch im Grundbuch eingetragenen Teileigentumseinheiten in der Quartierstiefgarage könnten sich ggf. nicht einmal auf Gutgläubensschutz berufen, sofern man die Grundbucheintragungen der Teileigentumseinheiten als inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO wertete, da inhaltlich unzulässige Grundbucheintragungen nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht Grundlage eines gutgläubigen Erwerbes sein können.¹⁹

In die Richtung der erstgenannten Auffassung tendierte auch das mit dem vorliegenden, das Projekt Kureck in Wiesbaden²⁰ betreffende Sachverhalt vorbefasste Grundbuchamt und lehnte deshalb den Antrag auf Eintragung der Aufteilung des Stammgrundstückes nebst Tiefgaragenbaukörper nach den Regelungen des WEG ab. Die Bildung von Teileigentum an mehreren Grundstücken sei gemäß § 1 Abs. 4 WEG nicht möglich und die Aufteilung beträfe hier mangels eigentumsrechtlicher Zuordnung der gesamten Tiefgarage zum Stammgrundstück mehrere Grundstücke.²¹ Das OLG Frankfurt a. M. als Beschwerdegericht dagegen ließ die Frage im Ergebnis offen und lehnte die Eintragung der Teilungserklärung im Grundbuch aus anderen – nicht überzeugenden – grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen ab.²² Es sei trotz der eigens hierfür im Grundbuch eingetragenen Überbaudienstbarkeiten nicht in der erforderlichen Form nachgewiesen, dass die Tiefgarage und das aufstehende Wohnhaus kein einheitliches Gebäude bildeten, wobei das Beschwerdegericht selbst eingesteht, dass dieser Nachweis aus seiner Sicht mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens gar nicht zu führen sei.²³ Den weiteren Ausführungen, die maßgeblich auf die bautechnische Ausführung des Überbaus abstellen, lässt sich jedoch zumindest ebenfalls eine Tendenz zur ernstgenannten Auffassung entnehmen.²⁴ Mit Sorge hatte deshalb die Gestaltungspraxis der Entscheidung des BGH entgegen-gesehen.

15 Siehe die Nachweise bei BeckOGK-BGB/Mössner, Stand: 01.05.2023, § 93 Rdnr. 11 (Fn. 97).

16 V. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 3 Rdnr. 95b; Oppermann, DNotZ 2015, 662, 664 f.; Heckscher, RNotZ 2016, 1, 6; Berg, RNotZ 2018, 505, 531 f.

17 BeckOGK-WEG/Müller, Stand: 01.06.2023, § 1 Rdnr. 405; BeckOK-WEG/Leidner, Stand: 03.04.2023, § 3 Rdnr. 5; BeckOK-GBO/Hügel, Sonderbereich Erbaurecht, Stand: 28.04.2023, Rdnr. 78; Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, Kap. 2 Rdnr. 72 f.; Monreal in FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 201, 205 f.; Bühler/Bernert, DNotZ 2023, 290, 293 ff.; Teerstegen, RNotZ 2006, 433, 439 f.; ders., ZNotP 2008, 21, 23.

18 Sondereigentum kann gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG nur an Räumen bestellt werden, die auf dem Grundstück liegen (bzw. diesem jedenfalls als Überbau zuzuordnen sind), vgl. statt aller BeckOGK-BGB/Müller, § 3 Rdnr. 43.

19 So zuletzt BGH, Beschluss vom 04.12.2014, V ZB 7/13, DNotZ 2015, 362, 364 m. w. N.

20 Siehe <https://www.kureck-wiesbaden.de/das-projekt/>.

21 Siehe zum Sachverhalt OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.02.2022, 20 W 261/20, DNotZ 2023, 284, 286.

22 Hierzu bereits überzeugend Bühler/Bernert, DNotZ 2023, 290, 293 ff.

23 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.02.2022, 20 W 261/20, DNotZ 2023, 284, 289.

24 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.02.2022, 20 W 261/20, DNotZ 2023, 284, 289.

4. Die Entscheidung des BGH vom 15.06.2023

Der BGH erachtet die gegen die vorgenannte Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. eingelegte Rechtsbeschwerde als zulässig und begründet.

Der BGH stellt zunächst fest, dass die Teilung von Grundstücken durch den Eigentümer gemäß § 8 WEG ein einzelnes Grundstück im Rechtssinne voraussetze. Diesem Grundsatz stehe es aufgrund der Wertungen der §§ 93, 94 BGB jedoch nicht entgegen, wenn sich die Teilungserklärung auf Räume beziehe, die zwar räumlich im Bereich eines anderen Grundstücks gelegen, aber als wesentliche Bestandteile des aufzuteilenden Stammgrundstücks anzusehen seien.²⁵ Insoweit bewegt sich der BGH ganz auf der Linie der Vorinstanz und den bereits oben dargestellten Auffassungen im Schrifttum.

Für die Konstellation des Überbaus – und ebenso für den Unterbau – geht der Senat sodann im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus, dass es sich um einen wesentlichen Bestandteil des Stammgrundstücks handele, wenn der Überbau gemäß § 912 Abs. 1 BGB zu dulden oder vom betroffenen Grundstückseigentümer ausdrücklich gestattet sei. Insoweit handele es sich um einen Scheinbestandteil (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB) des überbauten Grundstücks bzw. umgekehrt um einen wesentlichen Bestandteil (§§ 93, 94 Abs. 2 BGB) des Stammgrundstücks.²⁶ Die Eigenschaft als Stammgrundstück bestimme sich nach den Absichten und wirtschaftlichen Interessen des Erbauers im Zeitpunkt des Überbaus. Größe und Wichtigkeit des überbauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem Grundstück des Erbauers verbliebenen Stammteil spielten dagegen keine Rolle.²⁷ Auch insoweit wiederholt der BGH seine eigene, hier bereits dargestellte ständige Rechtsprechung.

Der BGH möchte die vorgenannten Grundsätze der Eigentumszuordnung auch für den gestatteten oder zu duldenen Überbau jedoch nur dann anwenden, wenn es sich bei dem grenzüberschreitend errichteten Bauwerk um ein einheitliches Gebäude handelt.²⁸ Dies richte sich vorrangig nach der Verkehrsanschauung bzw. sofern eine solche fehle oder nicht festgestellt werden könne, nach der natürlichen Betrachtungsweise eines verständigen Beobachters.²⁹

Die Frage, welche Parameter hierfür relevant sind, ist nun – wie oben dargelegt – das Nadelöhr der vorliegenden Entscheidung. Der BGH schließt sich hierbei mit überzeugenden Argumenten der funktional-wirtschaftlichen Auffassung an. Er betont zunächst, dass die Vorfrage, wann eine einheitliche Sache vorliege, im BGB nicht ausdrücklich geregelt sei; insbesondere die §§ 90, 93 BGB

setzen das Vorliegen einer einheitlichen Sache vielmehr voraus.³⁰ Auf die Wertung des § 93 BGB könne es daher auch bei Gebäuden jedenfalls nicht ausschließlich ankommen. Vielmehr müssten sämtliche Umstände des Einzelfalls gewürdigt werden, wobei insbesondere auch dem Gesichtspunkt funktionaler Einheit besonderes Gewicht beizumessen sei. Ebenso von Bedeutung können aus Sicht des Senats die Größe, die Lage, die bauliche Eigenart und die wirtschaftliche Nutzung sein.³¹ Die bautechnische Beschaffenheit sei lediglich ein weiteres Kriterium im Rahmen der festzustellenden Verkehrsanschauung.³² Der BGH verweist an dieser Stelle auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach er die Einheitlichkeit eines Gebäudes trotz der statischen Abhängigkeit bestimmter Teile von einem anderen Gebäude auch bei gestatteten Überbauten (entgegen anderslautender Deutung)³³ bereits anerkannt habe und stellt ausdrücklich fest, dass diese Grundsätze auch für Tiefgaragen Geltung beanspruchen könnten.³⁴

Erstreckt sich demnach eine Tiefgarage auf andere Grundstücke, führe allein die bautechnische und statische Verbindung der Tiefgarage mit auf den überbauten Grundstücken aufstehenden Gebäuden nicht dazu, dass die Tiefgarage nicht mehr als einheitliches Gebäude anzusehen sei.³⁵ Vielmehr habe eine Gesamtabwägung anhand aller Umstände des Einzelfalls im Lichte der Verkehrsanschauung zu erfolgen, wobei dem Gesichtspunkt der funktionalen Einheit eine maßgebliche Bedeutung zukomme.³⁶ Nach Ansicht des BGH stehen nach der Verkehrsanschauung auch enge Verbindungen der auf dem überbauten Grundstück stehenden Gebäude mit dem Tiefgaragenkörper beispielsweise durch Treppenhäuser, Aufzugsschächte, Fluchtwege und der Haustechnik dienenden Versorgungseinrichtungen oder von anderen als dem Stammgrundstück ausgehenden weitere Zufahrten der Einordnung der Tiefgarage als einheitliches Gebäude nicht entgegen.³⁷ Als einzige Voraussetzungen für eine derartige Verkehrsauffassung verlangt der BGH lediglich, dass die Tiefgarage als Ganzes über eine Zufahrt vom Stammgrundstück aus erreichbar sein müsse. Dann nämlich dienten solche Verbindungen primär den aufstehenden Gebäuden und deren Anschluss an die Tiefgarage.³⁸

Sodann widmet sich der BGH den grundbuchverfahrensrechtlichen Aspekten, aufgrund derer die Vorinstanz eine Grundbucheintragung der Aufteilung abgelehnt hatte. Hierbei überspanne das OLG Frankfurt a. M. die Anforder-

25 Rdnr. 5 f. der besprochenen Entscheidung.

26 Rdnr. 7 der besprochenen Entscheidung.

27 Rdnr. 7 der besprochenen Entscheidung.

28 Rdnr. 8 der besprochenen Entscheidung.

29 Rdnr. 8, 13 der besprochenen Entscheidung.

30 Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.

31 Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

32 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

33 *Oppermann*, DNotZ 2015, 662, 664 f.

34 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

35 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

36 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

37 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

38 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

rungen an die Nachweise, die der teilende Eigentümer im Rahmen des Grundbuchverfahrens in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu erbringen habe.³⁹ Erstrecke sich ein Tiefgaragenkörper, der durch eine Zufahrt von dem Stammgrundstück aus als Ganzes erreichbar sei, als gestatteter oder zu duldender Überbau auf andere Grundstücke, existiere nämlich nach allgemeiner Lebenserfahrung ein Erfahrungssatz, dass sich die eigentumsrechtliche Zuordnung dieses Überbaus nicht allein dadurch ändere, wenn auf den überbauten Teilen der Tiefgarage Gebäude gebaut wurden bzw. noch gebaut werden können. Vielmehr sei anhand der oben aufgestellten Grundsätze davon auszugehen, dass die Tiefgarage nach der Verkehrsanschauung im Regelfall unabhängig von der aufstehenden Bebauung als eigenständiges Gebäude anzusehen sei.⁴⁰ In grundbuchmäßiger Form sei lediglich nachzuweisen, dass die im Wege des gestatteten oder zu duldenden Überbaus grenzüberschreitend errichtete Tiefgarage durch eine Zufahrt von dem Stammgrundstück aus als Ganzes erreichbar sei und sich zumindest ein Gebäudeteil der Tiefgarage auf dem Stammgrundstück befinde. Dafür reiche es aber aus, wenn jedenfalls die befestigte Rampe zur Tiefgarageneinfahrt auf dem Stammgrundstück gelegen sei. Dieser Nachweis sei vorliegend durch die der Teilungserklärung als Anlage beigefügten Aufteilungspläne erfolgt.⁴¹

5. Folgen für die Praxis

Der Entscheidung des BGH ist sowohl von der Begründung als auch im Ergebnis vollumfänglich zuzustimmen. Sie führt zur Erhaltung wirtschaftlich zusammengehöriger Einheiten, entspricht damit im Ergebnis dem gesetzlichen Leitbild der §§ 912 ff. BGB und gibt der Gestaltungspraxis klare Leitlinien an die Hand, um Teilungserklärungen für Quartierstiefgaragen rechtssicher gestalten zu können:

- a) Für die Qualifikation einer Quartierstiefgarage als einheitliches Gebäude ist primär eine funktional-wirtschaftliche Betrachtung maßgeblich. Statisch-bautechnische Verbindungen zwischen Tiefgaragenbaukörper und aufstehenden Gebäuden stehen der Einordnung der Quartierstiefgarage als einheitliches Gebäude nicht entgegen.
- b) Wichtig ist jedoch, dass bei der Gestaltung der Quartiersgarage kumulativ folgende drei Voraussetzungen beachtet werden:
 - aa) Es muss sich bei der Tiefgarage um einen rechtmäßigen oder jedenfalls zu duldenden Überbau handeln. Dies kann durch die Eintragung entsprechender Überbaugrunddienstbarkeiten an den überbauten Grundstücken zugunsten des Stammgrundstücks sichergestellt werden.

bb) Die Tiefgarage muss als Ganzes über eine Zufahrt vom Stammgrundstück aus erreichbar sein.

cc) Zumindest ein Gebäudeteil der Tiefgarage muss sich auch auf dem Stammgrundstück befinden. Dies kann jedoch zum Beispiel lediglich die befestigte Rampe für die Tiefgarageneinfahrt sein.

Auch der hierzu gemäß § 29 GBO zu erbringende Grundbuchnachweis wird vom BGH deutlich erleichtert. Es muss kein (faktisch kaum zu führender) Negativnachweis erbracht werden, dass die überbauende Quartierstiefgarage und das dem auf dem Hausgrundstück befindliche Bauwerk kein einheitliches Gebäude darstellen. Vielmehr reicht es aus, positiv in öffentlich-beglaubigter Form nachzuweisen, dass die oben genannten drei Voraussetzungen vorliegen. Dieser Nachweis wird durch die Überbaudienstbarkeiten und die der Teilungserklärung ohnehin beizufügenden Aufteilungspläne (vgl. § 7 Abs. 4 WEG) zumeist unschwer erbracht werden können.

3. Störende Wohnnutzung von Teileigentum in gemischten Anlagen

BGH, Urteil vom 15.07.2022, V ZR 127/21 (Vorinstanz: LG Landau, Urteil vom 18.06.2021, 5 S 42/20)

WEG § 10 Abs. 1

LEITSATZ:

Gibt die Teilungserklärung einer Anlage, zu der sowohl Wohnungs- als auch Teileigentumseinheiten gehören, innerhalb eines Gebäudes eine räumliche Trennung von Wohnen und Gewerbe vor, stört die Wohnnutzung einer Teileigentumseinheit in dem der gewerblichen Nutzung vorbehaltenen Gebäudeteil bei typisierender Betrachtung regelmäßig mehr als die vorgesehene Nutzung (Fortführung von Senat, Urteil vom 23.03.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 9).

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Mitglieder einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Die Anlage besteht aus zwei Baukörpern mit 14 Einheiten (Haus A und B). Im Dachgeschoss beider Häuser befinden sich jeweils zwei Wohnungen, während die restlichen zehn Einheiten nicht zu Wohnzwecken dienen. Die Klägerin ist Eigentümerin einer Wohneinheit im Haus A, die Beklagten sind Eigentümer einer Teileigentumseinheit im Haus B. Die Gemeinschaftsordnung sieht in § 2 zur Nutzung der Einheiten Folgendes vor:

„4. Wohnungen und die dazugehörigen Nebenräume dürfen nur zu Wohnzwecken benutzt werden. Die Ausübung eines Berufs oder Gewerbes in der Wohnung bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verwalters. Der Verwalter kann die Zustimmung mit Auflagen verbinden. Im Übrigen kann die Zustimmung nur verweigert werden, wenn mit der Ausübung des Berufs oder Gewerbes erfahrungsgemäß eine erhebliche Belästigung der übrigen Wohnungseigentümer/Teileigentümer oder eine erhöhte Abnutzung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile verbunden oder zu befürchten ist (...).

7. Die nicht für Wohnzwecke bestimmten, gewerblich nutzbaren Räume dürfen als Büro, Praxis, Apotheke, Kiosk, Laden

39 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

40 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

41 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

oder ähnliche Zwecke genutzt werden. Die Nutzungsart muss der übrigen Nutzung des Gebäudes angepasst sein und darf durch die Art ihres Betriebs andere Wohnungs-/Teileigentümer und Dritte nicht gefährden oder belästigen, sei es durch übermäßigen Lärm, Geruch, Dünste oder Unsauberkeit oder sei es durch Einbringung gesundheitsschädigender oder gefährlicher, insbesondere explosiver Gegenstände.“

2 Die Beklagten betrieben in ihrer Teileigentumseinheit eine Zahnarztpraxis mit angeschlossenem Labor. Im Jahr 2018 bauten sie die Praxis zu Wohnzwecken um und informierten hierüber die Verwalterin, nicht aber die Klägerin. Seither wird die Einheit als Wohnung genutzt. Die Klägerin hat mit der im Jahr 2019 erhobenen Klage Unterlassung der Wohnnutzung verlangt. Das AG hat die Klage abgewiesen, das LG hat ihr stattgegeben. Dagegen haben sich die Beklagten mit der von dem LG zugelassenen Revision gewendet. Mit der Revisionsbegründung haben sie ein Schreiben der Verwalterin eingereicht, wonach die GdWE der weiteren Rechtsverfolgung durch die Klägerin widerspricht. Daraufhin hat die Klägerin den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Die Beklagten sind der Erledigungserklärung entgegengetreten.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Wohnnutzung mit der Zweckbestimmung der Teileigentumseinheit unvereinbar ist. Sie sei auch nicht ausnahmsweise deshalb zulässig, weil sie nicht mehr störe als die vorgesehene Nutzung. Die für eine solche Annahme erforderliche ergänzende Auslegung der Gemeinschaftsordnung komme nicht in Betracht. Diese gebe bewusst eine räumliche Trennung der Nutzungen vor, indem sie die Wohnnutzung auf das Dachgeschoss und die gewerbliche Nutzung auf die darunter liegenden Stockwerke konzentriere, um auf diese Weise etwaige Nutzungskonflikte zu entschärfen. Zudem werde ausdrücklich geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Nutzung der Wohneinheiten zu gewerblichen Zwecken erlaubt sei, während umgekehrt die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken gerade nicht vorgesehen sei. Schließlich störe die Wohnnutzung bei typisierender Betrachtung mehr als die gewerbliche Nutzung, die an Sonn- und Feiertagen regelmäßig unterbleibe.

4 II. Die Revision der Beklagten hat mit der Maßgabe keinen Erfolg, dass auf den Antrag der Klägerin die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen ist. Die Erledigung der Hauptsache kann von dem Kläger im Revisionsverfahren jedenfalls dann noch einseitig erklärt werden, wenn das Ereignis, das die Hauptsache erledigt haben soll (hier: Eingang der Revisionsbegründung mit dem Widerspruch der GdWE), als solches außer Streit steht. Zu prüfen ist dann, ob die Klage bis zu dem geltend gemachten erledigenden Ereignis zulässig und begründet war und, wenn das der Fall ist, ob sie durch dieses Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist. Sind – wie hier – beide Voraussetzungen erfüllt, ist die Erledigung der Hauptsache festzustellen; andernfalls ist die Klage abzuweisen (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 18.12.2003, I ZR 84/01, NJW 2004, 1665; Urteil vom 10.01.2017, II ZR 10/15, WM 2017, 474 Rdnr. 8 m. w. N.).

5 1. Die Klage war bis zu dem Eingang der Revisionsbegründung mit dem Widerspruch der GdWE zulässig und begründet. Die gegen das Berufungsurteil gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

6 a) Die Klage war zulässig. Insbesondere konnte ein einzelner Wohnungseigentümer – wie die Klägerin – auf der Grundlage des bis zum 30.11.2020 geltenden Wohnungseigentumsgesetzes von einem anderen Wohnungseigentümer oder dessen Mieter gemäß § 1004 BGB und § 15 Abs. 3 WEG a. F. die Unterlassung einer zweckwidrigen Nutzung des Wohnungseigentums verlangen, solange der Verband diese Ansprüche nicht an sich gezogen hatte. Zwar können entsprechende Unterlassungsansprüche seit Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 01.12.2020 gemäß § 9a Abs. 2 WEG allein von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer geltend gemacht werden (Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, ZfIR 2022, 233 Rdnr. 22 ff.). Für die bei Gericht bereits anhängigen Verfahren hat der Senat aber entschieden, dass die Prozessführungsbefugnis über diesen Zeitpunkt hinaus in Anwendung des Rechtsgedankens des § 48 Abs. 5 WEG fortbesteht, bis dem Gericht eine schriftliche Äußerung des nach § 9b WEG vertretungsberechtigten Organs über einen entgegenstehenden Willen der GdWE zur Kenntnis gebracht wird (Senat, Urteil vom 07.05.2021, V ZR 299/19, NZM 2021, 561 Rdnr. 12 ff.). Aus diesem Grund bestand die Prozessführungsbefugnis der Klägerin zunächst fort.

7 b) Die Klage war begründet. Rechtsfehlerfrei bejaht das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Unterlassung der Wohnnutzung.

8 aa) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Klägerin weiterhin aktivlegitimiert, und die Beklagten sind passivlegitimiert. Zwar ist nunmehr jeder Wohnungseigentümer gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 WEG (anders als nach § 15 Abs. 3 WEG a. F.) gegenüber der GdWE verpflichtet, die Vereinbarungen einzuhalten (näher Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, ZfIR 2022, 233 Rdnr. 23). Aber ein Anspruch eines Wohnungseigentümers – wie der Klägerin – auf Unterlassung einer zweckwidrigen Nutzung kann sich unverändert aus § 1004 BGB ergeben (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, BGHZ 223, 305 Rdnr. 14 ff.; Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, a. a. O. Rdnr. 24), und ein solcher Anspruch richtet sich gegen den Störer, hier also die Beklagten. Geändert hat sich seit dem 01.12.2020 gemäß § 9a Abs. 2 WEG die Ausübungsbefugnis für diese Ansprüche; nunmehr ist allein die GdWE prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert (näher Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, a. a. O. Rdnr. 24). Aber soweit die Prozessführungsbefugnis eines einzelnen Wohnungseigentümers, der sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebende Rechte geltend macht, in Anwendung des Rechtsgedankens von § 48 Abs. 5 WEG fortbesteht, ist auch die materielle Aktivlegitimation weiterhin gegeben (so bereits Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, a. a. O. Rdnr. 10; Urteil vom 01.10.2021, V ZR 48/21, WuM 2021, 766 Rdnr. 16). Der Gesetzgeber hat mit seiner grundsätzlichen Entscheidung, bei anhängigen Verfahren das alte Verfahrensrecht weiter gelten zu lassen, zugleich aber das neue materielle Recht zur Anwendung zu bringen, die enge Verzahnung von materiellem und formellem Recht in verschiedenen Bereichen – und so auch hier – übersehen (näher Senat, Urteil vom 25.02.2022, V ZR 65/21, WuM 2022, 299 Rdnr. 20).

9 bb) Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, dass die mit der Zweckbestimmung der Teileigentumseinheit unvereinbare Wohnnutzung bei typisierender Betrachtungsweise mehr stört als die vorgesehene Nutzung, sodass die Klägerin Unterlassung der Wohnnutzung gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen kann.

10 (1) Allerdings kann sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung nach der ständigen Rechtsprechung des Senats als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung (vgl. Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, ZWE 2020, 180 Rdnr. 10; Urteil vom 16.07.2021, V ZR 284/19, ZfIR 2021, 489 Rdnr. 27 m. w. N.). Diese Einschränkung des Unterlassungsanspruchs ist nach den Grundsätzen einer ergänzenden Vertragsauslegung gerechtfertigt. Eine solche ist sowohl bei der Auslegung von Vereinbarungen der Wohnungseigentümer als auch bei der Auslegung von einseitigen Willenserklärungen möglich, zu denen die Teilungserklärung nach § 8 WEG zählt. Weist diese eine Lücke auf, kann sie nach den Regeln der ergänzenden Auslegung geschlossen werden, wenn sich bei der gebotenen objektiven Auslegung „aus sich selbst heraus“ ein bestimmter hypothetischer Wille des teilenden Eigentümers feststellen lässt. Hierfür ist darauf abzustellen, welche Regelung der teilende Eigentümer bei einer angemessenen Abwägung der berührten Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise getroffen hätte, wenn er den von ihm nicht geregelten Fall bedacht hätte (Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, a. a. O. Rdnr. 10).

11 (2) Was die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken angeht, kann diese sich im Einzelfall zwar als zulässig erweisen, wenn die Anlage im Übrigen nur aus Wohnungen besteht. Denn es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass die Wohnnutzung die intensivste Form des Gebrauchs einer Sondereigentumseinheit sei; erforderlich ist stets der Vergleich der mit der erlaubten und der tatsächlichen Nutzung in der konkreten Anlage typischerweise verbundenen Störungen (näher Senat, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 284/19, ZfIR 2021, 489 Rdnr. 32). Aber in einem nur beruflichen und gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude stört die Wohnnutzung bei typisierender Betrachtung regelmäßig mehr als die vorgesehene Nutzung (vgl. Senat, Urteil vom 23.03.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 9). Auch dann, wenn die Teilungserklärung einer Anlage, zu der sowohl Wohnungs- als auch Teileigentumseinheiten gehören, innerhalb eines Gebäudes eine räumliche Trennung von Wohnen und Gewerbe vorgibt, stört die Wohnnutzung einer Teileigentumseinheit in dem der gewerblichen Nutzung vorbehaltenen Gebäudeteil bei typisierender Betrachtung regelmäßig mehr als die vorgesehene Nutzung (zu diesem Aspekt bereits Senat, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 284/19, a. a. O. Rdnr. 36).

12 (3) Von diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht aus und verneint die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung in rechtsfehlerfreier Würdigung aller Umstände des Einzelfalls. Schon der Umstand, dass die Ausübung eines Gewerbes in den zu Wohnzwecken dienen-

den Einheiten nach der Gemeinschaftsordnung unter näher geregelten Voraussetzungen zulässig sein kann, während der umgekehrte Fall, nämlich die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken, gerade nicht vorgesehen ist, deutet darauf hin, dass der teilende Eigentümer solche Nutzungen nicht zulassen wollte. Es kommt hinzu, dass die Nutzung der Teileigentumseinheiten und das zulässige Störungspotenzial zwar detailliert geregelt, eine Wohnnutzung aber nicht vorgesehen ist. Diese Gesichtspunkte sprechen für eine insoweit abschließende Regelung der erlaubten Nutzungen und gegen die Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung der Teilungserklärung (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, ZWE 2020, 180 Rdnr. 14). Darüber hinaus stützt sich das Berufungsgericht auf die räumliche Trennung von Wohn- und Gewerbeeinheiten in den Gebäuden. Nach dem in der Teilungserklärung verankerten Konzept der Anlage soll in beiden Häusern (allenfalls) im Dachgeschoss gewohnt werden, während die übrigen Gebäudeteile (nur) gewerblichen Zwecken dienen. In einer solchen gemischten, aber räumlich getrennten Anlage haben sowohl die Teil- als auch die Wohnungseigentümer ein berechtigtes Interesse daran, dass die vorgegebene räumliche Trennung erhalten bleibt, um etwaige Nutzungskonflikte von vornherein zu vermeiden (vgl. Senat, Urteil vom 23.03.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 9). Darauf kann sich die Klägerin berufen, auch wenn ihre Einheit zu Wohnzwecken dient und in dem anderen Haus belegen ist.

13 2. Indem die Beklagten den Widerspruch der GdWE mit der Revisionsbegründung eingereicht haben, ist die zuvor zulässige und begründete Klage unzulässig geworden; die Prozessführungsbefugnis der Klägerin ist – ebenso wie ihre Aktivlegitimation (vgl. dazu Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, ZfIR 2022, 233 Rdnr. 11) – entfallen. Das dem Gericht überreichte Schreiben der Verwalterin enthält einen eindeutigen Widerspruch gegen die weitere Prozessführung. Auf die Wirksamkeit der Willensbildung im Innenverhältnis kommt es nicht an (näher Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 106/21, NJW-RR 2022, 664 Rdnr. 21 f.). Der von den Beklagten vorgelegte Widerspruch der GdWE ist auch im Revisionsverfahren zu beachten (vgl. Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, a. a. O. Rdnr. 11). Zu Recht weist die Revisionserwiderung zwar darauf hin, dass es für das (auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende) Bestehen oder Fehlen der Prozessführungsbefugnis grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung ankommt (vgl. Senat, Urteil vom 14.12.1959, V ZR 197/58, BGHZ 31, 279, 283; BGH, Urteil vom 19.03.1987, III ZR 2/86, BGHZ 100, 217, 219 m. w. N.). Hier ist es aber deshalb anders, weil die materiellrechtlichen Änderungen durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz in Ermangelung von Übergangsvorschriften sofort gelten und diese Gesetzesänderung auch in der Revisionsinstanz beachtlich ist (vgl. Senat, Urteil vom 07.05.2021, V ZR 299/19, NZM 2021, 561 Rdnr. 6). Die Prozessführungsbefugnis wäre deshalb an sich selbst in dritter Instanz ohne Weiteres entfallen; nachdem der Senat ihren Fortbestand in Anwendung des Rechtsgedankens des § 48 Abs. 5 WEG anerkannt hat, muss sich im Gegenzug die an-

dere Partei noch in der Revisionsinstanz auf einen Widerspruch der GdWE berufen können.

(...)

4. Behebbares Hindernis i. S. d. § 18 Abs. 1 Satz 12. Fall GBO

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.08.2023, I – 3 Wx 105/23

BGB § 140

GBO § 18 Abs. 1 Satz 12. Fall

LEITSÄTZE:

1. Ein noch abzuschließendes Rechtsgeschäft ist kein behebbares Hindernis i. S. d. § 18 Abs. 1 Satz 12. Fall GBO betreffend einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs.
2. Hat der Erblasser eine unwirksame letztwillige Verfügung getroffen und ist mangels mehrerer Deutungsmöglichkeiten eine Auslegung gemäß §§ 133, 2084 BGB nicht möglich, kommt eine Umdeutung gemäß § 140 BGB in Betracht (hier: Erbinsetzung in einen Einzelgegenstand in eine Teilungsanordnung).

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Die Beteiligte ist die Ehefrau des am 11.01.2023 verstorbenen Erblassers. Aus der Ehe sind zwei Söhne hervorgegangen. Die Eheleute sind aufgrund des notariellen Kaufvertrages vom 06.06.2019 zu je ½ als Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Am 15.12.2022 ließen die Eheleute ein notarielles gemeinschaftliches Testament beurkunden. In § 1 trafen sie folgende Regelung.

„Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden von uns zu $\frac{6}{7}$ zum Erben ein.

Der Erstversterbende setzt darüber hinaus unseren Sohn N. zu $\frac{1}{7}$ zum Vorerben ein.

Dabei ordnen wir an: Sollten sich beim Tode des Erstversterbenden von uns das Grundstück (...) oder andere Immobilien in seinem Nachlass befinden, wird in Bezug auf dieses Grundstück der Überlebende von uns auch in Ansehung von § 2087 Abs. 2 BGB, auf den die Notarin uns hingewiesen hat, ausdrücklich alleiniger Erbe. Der Wert des Grundstücks mindert den Wert des Erbanspruchs des Überlebenden auf das Restvermögen. Insgesamt soll der Überlebende vom Restvermögen so viel erhalten, dass der Wert des Grundstücks und der Anteil am Restvermögen seiner Erbquote am gesamten Nachlass entsprechen. Reicht das Restvermögen nicht aus, um die Erbquote unseres Sohnes N auszugleichen, so ist der Überlebende ihm gegenüber zur Ausgleichung verpflichtet.“

Hinsichtlich aller Erbfälle des Sohnes N, der eine Behinderung hat und unter Betreuung steht, ist in § 5 Testamentsvollstreckung für dessen Lebenszeit angeordnet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Testamentsurkunde Bezug genommen.

Das Testament wurde am 27.02.2023 eröffnet (AG Mülheim a. d. Ruhr, [...]).

Die Beteiligte hat mit Schreiben vom 15.04.2023, bei Gericht eingegangen am 20.04.2023, die Grundbuchberichtigung beantragt.

Das Grundbuchamt – Rechtspflegerin – hat ihr mit formloser Zwischenverfügung am 20.04.2023 mitgeteilt, dass nach dem Testament sie und ihr Sohn N gemeinsam Erben nach dem Erblasser geworden seien. Die Grundbuchberichtigung müsse daher auf sie beide als Erbengemeinschaft erfolgen. Falls sie die Eintragung als Alleineigentümerin wünsche, sei eine Auseinandersetzung mit ihrem Sohn sowie die Auflassung gemäß §§ 873, 925 BGB vor einem Notar erforderlich. Hierfür werde eine Frist bis zum 16.06.2023 gesetzt. Ohne Rückmeldung werde nach Fristablauf die Erbengemeinschaft als Eigentümerin des Miteigentumsanteils in das Grundbuch eingetragen.

Hiergegen hat sich die Beteiligte – vertreten durch ihren Verfahrensbevollmächtigten – gewandt. Sie hat zwar zugestanden, dass sie neben ihrem Sohn N Erbin geworden sei; hinsichtlich des Grundbesitzes hätten die Testierenden aber eine Alleinerbenstellung des überlebenden Ehegatten bestimmt, sodass sie Alleineigentümerin des Miteigentumsanteils und damit Alleineigentümerin des gesamten Grundbesitzes sei. Für eine Auslegung im Sinne der Zweifelsregelung sei angesichts des ausdrücklichen Verweises auf die Vorschrift des § 2087 Abs. 2 BGB kein Raum.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt eine neue Frist zur Behebung des Hindernisses bis zum 21.07.2023 gesetzt. Es hat ausgeführt, dass gemäß § 1922 Abs. 1 BGB nur das Vermögen als Ganzes, nicht aber einzelne Gegenstände vererbt werden könnten. Diese könnten nur Gegenstand von Teilungsanordnungen oder Vermächnissen sein, die wiederum nur schuldrechtliche Ansprüche gegen die Erben zu Folge hätten. Eine Alleinerbenstellung der Beteiligten komme nur in Betracht, wenn es sich bei dem der Beteiligten in § 1 Abs. 3 des Testaments zgedachten hälftigen Grundbesitzes um nahezu das gesamte Vermögen des Erblassers handele. Dies könne aber nur im Erbscheinverfahren festgestellt werden. Die Beteiligte habe innerhalb der Frist eine Auflassungserklärung oder einen sie als Alleinerbin ausweisenden Erbschein vorzulegen; andernfalls werde das Grundbuch auf die Erbengemeinschaft umgeschrieben.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer Beschwerde, mit der sie ihren Antrag unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres Standpunkts weiterverfolgt.

Mit Beschluss vom 17.07.2023 hat das Grundbuchamt der Beschwerde aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Grundakten Bezug genommen.

II. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist gemäß § 11 Abs. 1 RPfIG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen nach den §§ 71 ff. GBO zulässig.

1. Sie hat auch in der Sache (vorläufig) Erfolg.

Die Zwischenverfügung war schon aus formellen Gründen aufzuheben, weil sie einen nach § 18 GBO unzulässigen Inhalt hat.

Die Zwischenverfügung ist ein Mittel, um einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrages bestimmten Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt bliebe. Sie darf gemäß § 18 Abs. 1 Satz 12. Fall GBO nur ergehen, wenn der Eintragung ein behebbares Hindernis entgegensteht; der Erlass einer Zwischenverfügung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel des Antrages nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann, weil andernfalls die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhalte (st. Rspr., Senat, Beschluss vom 31.08.2016, I-3 Wx 265/15, Rdnr. 14; BayObLG, Beschluss vom 17.01.1990, BReg 2 Z 1/90, Rdnr. 25, beide juris).

1.1. Vorliegend hätte die Rechtspflegerin auf der Grundlage ihres Rechtsstandpunkts den Berichtigungsantrag zurückweisen müssen (§ 18 Abs. 1 Satz 11. Fall GBO). Denn nach ihrer Auffassung stand der Berichtigung kein behebbares Hindernis entgegen. Die Erklärung und Beurkundung der Auflassung gemäß §§ 873, 925 BGB unter Beteiligung des – nach ihrer Auffassung – mitberechtigten Erben konnte hier nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangt werden. Denn die Auflassung als noch abzuschließendes Rechtsgeschäft ist kein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Berichtigung des Grundbuchs. Hierdurch würde der Berichtigungsantrag vielmehr auf eine neue Basis gestellt. Denn das Grundbuchamt vertritt damit die Auffassung, dass die Beteiligte die Eintragung nur unter veränderten Voraussetzungen (Auflassung nach § 20 GBO statt des Nachweises der Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 Satz 1, § 35 Abs. 1 GBO) erlangen kann. Dies kann aber nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2013, V ZB 152/12, Rdnr. 6; Senat, Beschluss vom 30.04.2020, I-3 Wx 191/19, Rdnr. 13 f.; vom 19.02.2019, I-3 Wx 84/18, Rdnr. 21 ff., alle juris).

1.2. Überdies ist nach der ständigen Rechtsprechung der Obergerichte für eine Zwischenverfügung i. S. d. § 18 Abs. 1 Satz 12. Fall GBO auch dann kein Raum, wenn der Antragsteller bereits vor Erlass der Zwischenverfügung erkennen lässt, dass er nicht gewillt sein werde, das Hindernis zu beheben. Dann ist über den Antrag zu entscheiden (BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 28.04.2023, § 18 Rdnr. 14a m. w. N., z. B. OLG München, Beschluss vom 16.06.2020, 34 Wx 144/20, Rdnr. 12; Senat, Beschluss vom 19.02.2019, I-3 Wx 84/18, Rdnr. 20). Damit hatte der Erlass der die erste Zwischenverfügung vom 20.04.2023 bestätigenden Zwischenverfügung am 26.05.2023 schon deshalb zu unterbleiben, da die Beteiligte durch die Stellungnahme ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.05.2023 zu erkennen gegeben hat, dass sie an ihrer im Antrag vom 20.04.2023 zum Ausdruck gekommenen gegenteiligen Rechtsauffas-

sung zu ihrer Stellung als Alleineigentümerin des Miteigentumsanteils auch ohne Erbaseinandersetzung festhält.

2. Für das weitere Verfahren sei vorsorglich bemerkt:

In der Sache ist die Auffassung des Grundbuchamts zutreffend. Die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung im Sinne der Eintragung der Beteiligten als Alleineigentümerin liegen nicht vor.

Denn die Beteiligte ist aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 15.12.2022 nicht Alleinerbin nach dem Erblasser geworden, sondern hat diesen gemeinsam mit ihrem Sohn N in Erbengemeinschaft beerbt.

Das Testament enthält in § 1 Abs. 1 eine eindeutige Erbeinsetzung von $\frac{6}{7}$ zu ihren Gunsten als Überlebende und in Abs. 2 von $\frac{1}{7}$ zugunsten des gemeinsamen Sohnes N als Vorerben. Damit ist jedem der beiden ein Bruchteil des Vermögens zugewandt, was gemäß § 2087 Abs. 1 BGB mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch ohne ausdrückliche Verwendung des Wortes „Erbe“ schon als Erbeinsetzung anzusehen wäre.

Die Erbeinsetzungen in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 des Testaments stehen in Widerspruch zu der Regelung in § 1 Abs. 3, wonach der Überlebende alleiniger Erbe des im Nachlass befindlichen hier betroffenen Grundbesitzes werden soll.

Diese testamentarische Regelung ist ihrem Wortlaut nach unzulässig, da das deutsche Erbrecht in § 1922 Abs. 1 BGB zwingend die Gesamtrechtsnachfolge, nicht aber die Rechtsnachfolge bezüglich einzelner Vermögensgegenstände vorsieht. Durch Rechtsgeschäft, insbesondere Verfügung von Todes wegen, können über die gesetzlichen und von der Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmefälle (z. B. im Höferecht, bei der Vererbung von Anteilen an OHG oder KG) keine weiteren Fälle der Sondererbfolge geschaffen werden (MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rdnr. 204; Staudinger/Kunz, Neub. 2017, § 1922 Rdnr. 148).

Das mit der Regelung in § 1 Abs. 3 von den Testierenden verfolgte Ziel, dass der Überlebende mit dem Tod des Erstversterbenden automatisch alleiniger Rechtsinhaber hinsichtlich des Grundbesitzes wird, könnte mithin nur erreicht werden, wenn er hinsichtlich des gesamten Nachlasses als Alleinerbe eingesetzt worden wäre. Von einer Einsetzung als Alleinerbe ist regelmäßig auszugehen, wenn dem Bedachten der – nach den Vorstellungen des Testierenden im Zeitpunkt der Testamentserrichtung – wesentliche Nachlassgegenstand zugewendet wird, wobei ein Anteil von rund 90 % ausreicht (MünchKomm-BGB/Rudy, § 2087 Rdnr. 9). Hier liegt jedoch – selbst wenn man unterstellt, dass es sich bei dem hälftigen Miteigentumsanteil um den wesentlichen Nachlassgegenstand in diesem Sinne handelt, wozu nichts bekannt ist – eine Ausnahme von dem Regelfall vor. Denn die Einsetzung des Überlebenden als Alleinerben steht dem ausdrücklich erklärten Willen beider Testierender in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 des Testaments, den Sohn N neben dem Überlebenden zu $\frac{1}{7}$ als Vorerben des Erstversterbenden einzusetzen, entgegen.

Dafür, dass diese Regelung für beide Testierenden tatsächlich als „echte“ Erbeinsetzung des Sohnes gewollt war, spricht, dass die Testierenden in § 1 Abs. 3 festgelegt haben, dass die „Erbquote“ des Sohnes N für den Fall, dass der Grundbesitz mehr als $\frac{6}{7}$ des Nachlasswerts ausmachen würde, durch einen Ausgleichsanspruch gegen den Überlebenden in jedem Fall erreicht werden sollte. Darüber hinaus ist in § 5 des Testaments „hinsichtlich aller Erbfälle zugunsten unseres Sohnes N“ (d. h. hinsichtlich des Erbfalls nach dem Erstversterbenden sowie – in § 2 Abs. 2 geregelt – hinsichtlich des Erbfalls nach dem Überlebenden zu $\frac{1}{2}$ als Vorerbe neben dem weiteren Sohn) Testamentsvollstreckung angeordnet. Die Testierenden gingen demnach eindeutig von dessen Erbeinsetzung auch nach dem Erstversterbenden aus. Hierfür spricht schließlich, dass die Beteiligte, die das Testament gemeinsam mit dem Erblasser errichtet hat, in der Stellungnahme vom 22.05.2023 selbst annimmt, dass sie „grundsätzlich“ zusammen mit ihrem Sohn N Erbin nach dem Erblasser geworden sei.

Ist die „Erbeinsetzung“ in § 1 Abs. 3 des Testaments unwirksam, bleibt allein die Erbeinsetzung in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 maßgeblich, die die Beteiligte gerade nicht zur Alleinerbin macht.

Die – nach ihrem Wortlaut unwirksame – Regelung in § 1 Abs. 3 des Testaments, ist, da den Testierenden die Bedeutung des Wortes „erben“ bewusst war und sie die Zweifelsregelung des § 2087 Abs. 2 BGB ausgeschlossen haben, mangels mehrerer Deutungsmöglichkeiten nicht der Auslegung gemäß §§ 133, 2084 BGB zugänglich. In Betracht kommt in einer solchen Konstellation aber eine Umdeutung gemäß § 140 BGB (MünchKomm-BGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 69). Danach kann ein nichtiges Rechtsgeschäft in ein anderes Rechtsgeschäft umgedeutet werden, wenn es dessen Erfordernissen entspricht und anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Der Zweck der Umdeutung liegt darin, dem auf ein bestimmtes wirtschaftliches Ergebnis gerichteten erklärten Willen zum Erfolg zu verhelfen, obwohl sich der eingeschlagene rechtliche Weg als nicht gangbar erweist (MünchKomm-BGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 139; BGH, Urteil vom 24.10.1973, IV ZR 3/72, juris Rdnr. 16).

Als nichtiges Rechtsgeschäft kommt auch die Wahl eines vom Gesetz generell nicht zugelassenen Verfügungsinhalts in Betracht – wie hier die dingliche Zuwendung eines Einzelgegenstandes (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 144 m. w. N.).

Die Zuwendung des Miteigentumsanteils an den Überlebenden entspricht einer Teilungsanordnung i. S. d. § 2048 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Dies ist auch in einem gemeinschaftlichen Testament i. S. d. § 2265 BGB möglich. Die Auseinandersetzungsanordnung betrifft stets die Nachlassverteilung unter bestimmten Miterben mit feststehenden Erbteilen, ohne die Größe der Erbteile der einzelnen Miterben noch deren Wert zu verändern (MünchKomm-BGB/Fest, § 2048 Rdnr. 2). Dass der Verfügung eine solche zu entnehmen ist und nicht ein Vorausvermächtnis, ergibt sich daraus, dass

die Eheleute für den Fall, dass der Miteigentumsanteil mehr als $\frac{6}{7}$ des Nachlasswerts ausmacht, eine Ausgleichspflicht des Überlebenden gegenüber dem miterbenden Sohn verfügt haben (vgl. MünchKomm-BGB/Fest, § 2048 Rdnr. 19).

Es ist auch anzunehmen, dass die Eheleute die Geltung einer solchen Teilungsanordnung gewollt hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit der dinglichen Zuwendung des Miteigentumsanteils bewusst gewesen wäre: Nach den aktenkundigen Gesamtumständen ist davon auszugehen, dass beide Testierende, denen bei Testamentserrichtung jeweils ein hälftiger Miteigentumsanteil an dem von ihnen gemeinsam bewohnten Hausgrundstück zustand, übereinstimmend den Willen hatten, dass nach dem Versterben des einen der andere allein den weiteren Miteigentumsanteil erwerben sollte, damit der Grundbesitz insgesamt in das Alleineigentum des überlebenden Ehegatten gelangt. Wenn ihnen bekannt gewesen wäre, dass dies – neben der Erbeinsetzung des Sohnes N zu $\frac{1}{7}$ – nur nach der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft möglich war, ist anzunehmen, dass sie diese Auseinandersetzungsanordnung getroffen hätten.

(...)

5. Bestellung einer Grundschuld als Verfügung über das Vermögen im Ganzen

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 25.01.2023, 5 W 87/22

BGB § 1365

GBO § 19

LEITSATZ:

Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen sowohl der objektiven als auch der subjektiven Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind, darf das Grundbuchamt die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens verlangen. Demgegenüber begründen bloße Zweifel oder abstrakte Vermutungen hinsichtlich des Umfangs des Vermögens und/oder der Kenntnis des Vertragspartners kein Recht und keine Pflicht des Grundbuchamtes zu Nachforschungen von Amts wegen oder zur „vorbeugenden“ Anforderung einer Zustimmung des Ehegatten.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 530.

6. Rückwirkende Berichtigung falscher Verteilung der Miteigentumsanteile

KG, Beschluss vom 12.07.2022, 1 W 258/22

BGB § 878

GBO §§ 18, 19

WEG §§ 1, 6, 7, 8

LEITSATZ:

Ergibt die Verteilung der Miteigentumsanteile in einer Teilungserklärung mehr als ein Ganzes, kann die beantragte Eintragung im Grundbuch nicht vollzogen werden. Gleichwohl ist die sofortige Zurückweisung des Antrags allein aus diesem Grund regelmäßig nicht gerechtfertigt. Vielmehr kommt der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht, um dem Antragsteller die Berichtigung der Verteilung der Miteigentumsanteile zu ermöglichen. Entsprechend ist die Bewilligung zu berichtigen, was aber insoweit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung möglich ist.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 209.

7. Beschwerderecht des Nachbarn bei Ablehnung weiterer Ermittlungen zum Rechtsnachfolger des verstorbenen Eigentümers

KG, Beschluss vom 01.11.2022, 1 W 362/22

BGB §§ 917, 903

GBO §§ 13, 71, 82

LEITSATZ:

Der Eigentümer eines Grundstücks ist grundsätzlich nicht zur Beschwerde berechtigt, wenn das Grundbuchamt auf seine Anregung die Einleitung von – weiteren – Ermittlungen zum Rechtsnachfolger des verstorbenen Eigentümers eines Nachbargrundstücks ablehnt. Allein der Wunsch des Anregenden, das Nachbargrundstück zu erwerben, begründet kein Beschwerderecht.

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Die Beteiligte ist seit dem (...) 2021 als Eigentümerin im Grundbuch des AG Spandau von (...) Blatt 6671 eingetragen. Das aus dem Flurstück 1029 bestehende Grundstück mit der Adresse (...)–Straße hat keine unmittelbare Verbindung zu dieser Straße. Hingegen sind in den Grundbüchern von (...) Blätter 6491 (Flurstücke 1028 und 1035), 7036 (Flurstücke 1030 und 1031) sowie 6564 (beschränkt auf das Flurstück 1034) Dienstbarkeiten – Wegerechte – zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Blatt 6671 gebucht. Das Flurstück 1034 grenzt an die (...)–Straße, das Flurstück 1035 wiederum an das Flurstück 1034, das an die Flurstücke 1028, 1030 und 1031 angrenzt. Das auf Blatt 6671 gebuchte Flurstück 1029 grenzt wiederum an die Flurstücke 1028, 1030 und 1031 an.

Als Eigentümer des im Grundbuch des AG Spandau von (...) Blatt 7601 gebuchten Grundstücks ist der Kaufmann K

eingetragen. Dieses aus den Flurstücken 1025 und 1026 bestehende Grundstück grenzt unmittelbar an die (...)–Straße an.

Mit Schriftsatz vom (...) 2021 ließ die Beteiligte durch ihren Verfahrensbevollmächtigten, der als Eigentümer im Grundbuch von (...) Blatt 6564 gebucht ist, die Berichtigung der Eigentümerstellung im Grundbuch von (...) Blatt 7601 beantragen. Der dort eingetragene Eigentümer müsse bereits seit längerer Zeit verstorben sein. Ihr, der Beteiligten, stünde ein Notwegerecht an dessen Grundstück zu, das sie zwingend begehen müsse, um auf ihr Grundstück zu gelangen.

Das Grundbuchamt nahm in der Folgezeit Ermittlungen durch Anfragen bei verschiedenen Ämtern sowie dem AG – Nachlassgericht – Mitte auf, ohne aber die Rechtsnachfolge nach dem eingetragenen Eigentümer klären zu können.

Mit Beschluss vom 28.02.2022 wies das Grundbuchamt den Antrag der Beteiligten vom 24.08.2021 zurück. Die Beteiligte sei nicht antragsberechtigt. Hiergegen richtet sich deren Beschwerde vom 15.07.2022, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 26.09.2022 nicht abgeholfen hat.

II. 1. Die Beschwerde ist nicht zulässig und muss deshalb entsprechend verworfen werden. Das Beschwerdeverfahren ist zur Entscheidung reif ungeachtet der Anregungen der Beschwerdeführerin in dem Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom (...). Das Ruhen des Verfahrens anzuordnen ist in Grundbuchsachen nicht möglich (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 1 Rdnr. 74) und scheidet hier vor dem damit verbundenen Ziel der Beteiligten, ihr die Aufnahme von Kaufvertragsverhandlungen mit den von ihr ermittelten Erben des eingetragenen Eigentümers zu ermöglichen, ohnehin aus.

a) Eine Eintragung im Grundbuch soll nur auf Antrag erfolgen, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO. Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Im Antragsverfahren finden Ermittlungen von Amts wegen durch das Grundbuchamt nicht statt. Das Grundbuchamt ist zu ihnen vielmehr weder berechtigt noch verpflichtet (*Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 66). Der Antragsteller hat die zur Eintragung erforderlichen Unterlagen zu beschaffen und dem Grundbuchamt vorzulegen.

b) Nicht anders ist es im Ausgang, wenn das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden ist. Auch dann setzt die Berichtigung des Grundbuchs im Regelfall den Antrag eines hierzu Berechtigten voraus.

Allerdings kann das Grundbuchamt dem Eigentümer oder dem Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Grundstücks zusteht, die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu beschaffen, § 82 Satz 1 GBO. Die Eigenschaft des Verpflichteten als Eigentümer oder Testamentsvollstrecker sowie die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer hat das Grundbuchamt vorab von Amts wegen zu ermitteln (OLG München, FGPrax 2020, 52). Das Verfahren nach § 82 GBO



selbst ist ein Amts- und kein Antragsverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2020, 3 Wx 36/20, juris).

Seine Einleitung und Durchführung erfolgen unabhängig von Anträgen Dritter. Ist ein Antrag gestellt worden, so ist er als Anregung zu verstehen, das Amtsverfahren einzuleiten, § 24 Abs. 1 FamFG (OLG Hamm, OLGZ 1994, 257, 261).

c) Der Beteiligten fehlt die zur Erhebung der Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss erforderliche Berechtigung. Sie wird durch diese Entscheidung in keinen eigenen Rechten beeinträchtigt.

aa) Im Ergebnis ist es nicht zu beanstanden, wenn das Grundbuchamt Bedenken an der Antragsberechtigung der Beteiligten geäußert hat. Tatsächlich kann sie ein solches Recht nicht für sich in Anspruch nehmen. Das folgt schon aus der Natur des Verfahrens nach § 82 GBO als Amtsverfahren. Entsprechend konnte es sich um den in dem Schriftsatz vom 24.08.2021 enthaltenen Antrag auf Eigentümerberichtigung nicht um einen verfahrenseinleitenden Antrag, sondern lediglich um die Anregung zur Durchführung des Grundbuchberichtigungszwangsverfahrens handeln.

Nichts anderes folgt daraus, dass die Ablehnung eines solchen Verfahrens durch das Grundbuchamt eine Sachentscheidung darstellt, gegen die grundsätzlich das Rechtsmittel der Beschwerde, § 71 Abs. 1 GBO, gegeben ist (OLG München, a. a. O.). Auch wenn das Verfahren nach § 82 GBO in erster Linie öffentlichen Interessen dient, ist die Beschwerde von Einzelpersonen nicht ausgeschlossen. Sie müssen aber durch die Entscheidung des Grundbuchamts in eigenen Rechten beeinträchtigt werden. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Grundbuchs, über die das Grundstück betreffenden Rechtsverhältnisse möglichst erschöpfend und zuverlässig Auskunft zu geben (BGH, NJW-RR 2017, 1162, 1163), muss der Beschwerdeführer in vergleichbaren Rechten betroffen sein. So ist etwa die Betroffenheit solcher Personen anerkannt, die ein dingliches Recht an dem Grundstück oder einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an ihm haben (*Demharter*, GBO, § 82 Rdnr. 23).

bb) Solche Rechte stehen der Beteiligten an dem hier betroffenen Grundstück aber nicht zu.

(1) Keinesfalls ausreichend ist ihr Wunsch, das Grundstück von dem tatsächlichen Eigentümer erwerben zu wollen. Dieser Wunsch könnte nicht einmal ein zur Grundbucheinsicht erforderliches berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO rechtfertigen (vgl. Senat, Beschluss vom 18.06.2019, 1 W 140/19, FGPrax 2019, 150). Einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück hat die Beteiligte nicht einmal selbst behauptet.

(2) Ob sich aus einem Anspruch nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB etwas anderes ergeben könnte, muss hier nicht entschieden werden. Danach kann der Eigentümer eines Grundstücks, dem die zur ordnungsgemäßen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg fehlt, von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Ein solcher Notweg führt regelmäßig zu einem schweren Eingriff in das Eigen-

tum des Nachbarn, der entgegen § 903 Satz 1 BGB mit seinem Grundstück insoweit nicht nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Deshalb kommt ein Notwegerecht nur in Betracht, wenn die Zugangsfreiheit des Grundstücks nicht anderweitig behoben werden kann. Es scheidet aus, wenn der Grundstückseigentümer in zumutbarer anderer Weise eine Verbindung zu dem öffentlichen Weg herstellen kann (BGH, MDR 2022, 953). So ist es etwa, wenn ihm an anderen Grundstücken ein rechtlich gesichertes Nutzungsrecht zusteht, das ihm die Herstellung einer zur ordnungsgemäßen Nutzung ausreichende Verbindung zu seinem Grundstück ermöglicht (BGH, WM 2015, 1781, 1782).

Die Beteiligte hat vorliegend lediglich behauptet, auf einen Notweg über die Flurstücke 1025, 1026 angewiesen zu sein. Dafür ist hingegen nichts ersichtlich im Hinblick auf den Bestand der oben beschriebenen Grunddienstbarkeiten auf den weiteren Nachbargrundstücken. So mag es sein, dass es bislang an einer Zuwegung über diese Grundstücke mangelt. Das ändert aber nichts daran, dass die Beteiligte zunächst gehalten ist, an Stelle der Flurstücke 1025 und 1026 die teilweise seit vielen Jahrzehnten bestehenden Wegerechte zur Erschließung ihres Grundstücks zu nutzen.

(3) Schließlich fehlt der Beteiligten aber auch die zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens erforderliche Berechtigung deshalb, weil sie selbst vorgetragen hat, die Erben des eingetragenen Eigentümers inzwischen zu kennen. Dann ist sie aber auf die Ermittlungen des Grundbuchamts nach § 82 GBO ohnehin nicht mehr angewiesen, um ihre vermeintlichen Rechte gegenüber dem Eigentümer des Nachbargrundstücks geltend zu machen. Ein rechtlich geschütztes Interesse an der Durchführung des Amtsverfahrens besteht somit nicht (vgl. OLG Hamm, a. a. O., 262).

(...)

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

8. Feststellung des Fehlens eines freien Willens des Betroffenen

BGH, Beschluss vom 07.12.2022, XII ZB 158/21 (Vorinstanz: LG Bamberg, Beschluss vom 05.03.2021, 42 T 14/21)

BGB § 104 Nr. 2, § 1814 Abs. 2 (§ 1896 Abs. 1 a. F.), § 1816 (§ 1897 a. F.), § 1823 (§ 1902 a. F.)

LEITSÄTZE:

1. **Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden. Wenn der Betroffene der Einrichtung einer Betreuung nicht zustimmt, ist neben der Notwendigkeit einer Betreuung stets zu prüfen, ob die Ablehnung durch den Betroffenen auf einem freien Willen beruht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Für den Begriff der freien Willensbestimmung sind die beiden entscheidenden Kriterien die Einsichtsfähig-**

keit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehlt es an einem dieser beiden Elemente, liegt kein freier, sondern nur ein natürlicher Wille vor. (Leitsatz der Schriftleitung)

- 3. Die Feststellung, dass die Willensbildung der Betroffenen nur noch eingeschränkt besteht, begründet noch keinen Ausschluss der freien Willensbildung oder -betätigung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Das Verfahren betrifft die Erweiterung einer Betreuung und die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts.

2 Die Betroffene leidet an kognitiven Störungen sowie an einer schweren körperlichen Behinderung als Zustand nach Gelenkoperation und Schlaganfall. Für sie ist eine rechtliche Betreuung eingerichtet worden.

3 Das AG hat durch Beschluss vom 05.09.2020 die bestehende Betreuung um die Aufgabenbereiche „Geltendmachung von Rechten gegenüber einem Bevollmächtigten einschließlich des Widerrufs erteilter Vollmachten“ und „Aufenthaltsbestimmung“ erweitert. Außerdem hat es im Umfang der Betreuung einen Einwilligungsvorbehalt angeordnet, hinsichtlich der Vermögenssorge beschränkt auf Geschäfte, die einen Wert von über 75 € übersteigen.

4 Das LG hat die Beschwerde der Betroffenen, die sich auch auf die Auswahl des bestellten (Berufs-)Betreuers gerichtet hat, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

5 II. Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

6 1. Die Rechtsbeschwerde rügt mit Recht, dass das LG keine hinreichenden Feststellungen zum Fehlen eines freien Willens im Sinne von § 1896 Abs. 1 a BGB getroffen hat.

7 a) Nach § 1896 Abs. 1a BGB darf gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden. Wenn der Betroffene der Einrichtung einer Betreuung nicht zustimmt, ist neben der Notwendigkeit einer Betreuung stets zu prüfen, ob die Ablehnung durch den Betroffenen auf einem freien Willen beruht. Das fachärztlich beratene Gericht hat daher festzustellen, ob der Betroffene trotz seiner Erkrankung noch zu einer freien Willensbestimmung fähig ist. Dabei ist der Begriff der freien Willensbestimmung im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB und des § 104 Nr. 2 BGB im Kern deckungsgleich. Die beiden entscheidenden Kriterien sind dabei die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehlt es an einem dieser beiden Elemente, liegt kein freier, sondern nur ein natürlicher Wille vor. Einsichtsfähigkeit setzt die Fähigkeit des Betroffenen voraus, im Grundsatz die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen und gegeneinander abzuwägen. Dabei dürfen jedoch keine überspannten Anforderungen an die Auffassungsgabe des Betroffenen gestellt werden. Auch der an einer Erkrankung im Sinne des § 1896 Abs. 1 BGB leidende Betroffene kann in der Lage sein, einen freien Willen zu

bilden und ihn zu äußern. Abzustellen ist jeweils auf das Krankheitsbild des Betroffenen. Wichtig ist das Verständnis, dass ein gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB) bestellt wird, der eigenständige Entscheidungen in den ihm übertragenen Aufgabenbereichen treffen kann. Der Betroffene muss Grund, Bedeutung und Tragweite einer Betreuung intellektuell erfassen können, was denknötwendig voraussetzt, dass er seine Defizite im Wesentlichen zutreffend einschätzen und auf der Grundlage dieser Einschätzung die für oder gegen eine Betreuung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abwägen kann. Ist der Betroffene zur Bildung eines klaren Urteils zur Problematik der Betreuerbestellung in der Lage, muss es ihm weiter möglich sein, nach diesem Urteil zu handeln und sich dabei von den Einflüssen interessierter Dritter abzugrenzen. Die Feststellungen zum Ausschluss der freien Willensbestimmung müssen durch ein Sachverständigengutachten belegt sein (Senatsbeschlüsse vom 31.10.2018, XII ZB 552/17, FamRZ 2019, 239 Rdnr. 6 und vom 16.03.2016, XII ZB 455/15, FamRZ 2016, 970 Rdnr. 6 f. m. w. N.).

8 Diese Grundsätze gelten ebenfalls im Verfahren auf Erweiterung der Betreuung und Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (vgl. Senatsbeschluss vom 31.10.2018, XII ZB 552/17, FamRZ 2019, 239 Rdnr. 6 zur Verlängerung der Betreuung) und finden auch auf die Bestellung eines Kontrollbetreuers Anwendung (Senatsbeschluss vom 05.06.2019, XII ZB 58/19, FamRZ 2019, 1355 Rdnr. 15 m. w. N.).

9 b) Das Beschwerdegericht hat das von ihm angenommene Fehlen eines freien Willens auf das – vom AG im Abhilfeverfahren eingeholte – Gutachten des Sachverständigen Dr. N gestützt. Nach diesem könne die Betroffene ihren Willen „teilweise nicht frei bestimmen bzw. nach dieser Einsicht handeln“. Dies betreffe insbesondere inhaltlich komplexe Themen, da sie insoweit nicht in der Lage sei, Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen und ihre Tragweite zu überblicken. Diesbezüglich sei sie nicht geschäftsfähig. Der vom AG zunächst beauftragte Sachverständige G komme ebenso zu dem Ergebnis, dass die Fähigkeit der Betroffenen, den eigenen Willen frei zu bestimmen, nur noch eingeschränkt bestehe, wobei konkretisierend ausgeführt werde, dass diese Fähigkeit ganz offensichtlich gerade in der Beziehung zu ihrer dominanten Freundin stark eingeschränkt bis aufgehoben sei. In allen in Betracht kommenden Aufgabenkreisen sei insoweit die Fähigkeit, Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen, ihre Tragweite zu überblicken und anschließend einsichtsvoll zu handeln, aufgehoben, da die Betroffene der Dominanz der Jugendfreundin keine eigenen Entscheidungen entgegenzusetzen könne.

10 Damit mangelt es im vorliegenden Fall an einer eindeutigen Feststellung. Dass die Willensbildung der Betroffenen nur noch eingeschränkt besteht, begründet noch keinen Ausschluss der freien Willensbildung oder -betätigung (vgl. Senatsbeschluss vom 16.03.2016, XII ZB 455/15, FamRZ 2016, 970 Rdnr. 8). Ein Ausschluss der freien Willensbildung ergibt sich aus den beiden in Bezug genommenen Sachverständigengutachten noch nicht. Auch hinsichtlich der Fä-

higkeit zur Willensbetätigung, die in Bezug auf die als dominant beschriebene Freundin der Betroffenen fraglich ist, ist das Gutachten des Sachverständigen Dr. N lediglich zu der Aussage gelangt, dass die Fähigkeit „stark eingeschränkt bis aufgehoben sei“. Weil danach nicht ausgeschlossen ist, dass die Fähigkeit der Betroffenen nur stark eingeschränkt ist, reicht dies für die notwendige Feststellung eines Ausschlusses des freien Willens im Sinne von § 1896 Abs. 1a BGB noch nicht aus.

11 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Betreuerauswahl nicht, wie vom Beschwerdegericht angenommen, nach § 1908b BGB, sondern nach § 1897 BGB zu beurteilen ist. Das Beschwerdegericht wird die Betroffene anzuhören (vgl. auch Senatsbeschluss vom 22.09.2021, XII ZB 93/21, FamRZ 2022, 135 Rdnr. 14 f.) sowie die weiteren von der Rechtsbeschwerde erhobenen Rügen zu berücksichtigen haben.

12 Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird gemäß § 74 Abs. 7 FamFG abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen.

9. Grundstückserwerb durch Minderjährigen mit Nießbrauch und Rückübertragung

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.08.2022, 3 W 51/22

BGB § 1850 Nr. 1, 5 (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 a. F.)

LEITSÄTZE:

1. **Werden im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen zugunsten des Übergebers ein Nießbrauch bestellt und ein bedingter Rückübertragungsanspruch durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung dinglich gesichert, besteht kein Genehmigungsbedürfnis nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt.**
2. **Das Genehmigungserfordernis gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB zielt darauf ab, dass der Minderjährige bereits vorhandenen Grundbesitz nicht verliert, nicht aber darauf, dass er vor jedweder über das Eigentum an dem zu übertragenden bzw. übertragenen Grundstück hinausgehender (abstrakter) Haftungsgefahr geschützt sein soll.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin zu 1 (Übergeberin) ist Alleineigentümerin von dem im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitz eingetragen im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch von (...). Unter Datum vom 26.08.2021 wurde die unentgeltliche Übertragung des Grundbesitzes auf die am 01.03.2017 geborene Antragstellerin zu 2, vertreten durch den gerichtlich bestellten Ergänzungspfleger, als Übernehmerin notariell beurkundet. In § 4 der notariellen Urkunde

behält sich die Übergeberin ein durch Eintragung im Grundbuch dinglich zu sicherndes lebenslanges, der Ausübung nach nicht übertragbares Nießbrauchsrecht an dem Vertragsgegenstand vor.

2 In § 5 der notariellen Urkunde heißt es ferner u. a.:

„Die Übergeberin (...) behält sich das Recht vor, die Rückübertragung des übertragenen Wohnungseigentums und des Teileigentums an sich zu verlangen, wenn eine der nachgenannten Voraussetzungen vorliegt:

- a) der übertragene Grundbesitz zu Lebzeiten des Übergebers ohne deren schriftliche Zustimmung ganz oder teilweise veräußert oder belastet wird,
- b) über das Vermögen des Übernehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder der Übernehmer ein Vermögensverzeichnis abzugeben und die Richtigkeit an Eides statt zu versichern hat,
- c) die Zwangsvollstreckung in den übertragenen Grundbesitz ganz oder teilweise betrieben und die Zwangsvollstreckungsmaßnahme nicht innerhalb von zwei Monaten wieder aufgehoben wird, oder
- d) der Übernehmer vor der Übergeberin verstirbt.

Der Rückübertragungsanspruch kann vom Übergeber nur höchstpersönlich durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Übernehmer geltend gemacht werden. Im Falle des Todes des Übernehmers erfolgt die Erklärung gegenüber dem Erben, bei mehreren Erben genügt die Erklärung gegenüber einem von ihnen (...).

Der Rückforderungsanspruch ist nicht vererblich und nicht übertragbar. Der Anspruch auf Rückübertragung ist selbst dann nicht vererblich, wenn die Berechtigte die Rückübertragung bereits zu Lebzeiten geltend gemacht hat (...).

Der bedingte Rückübertragungsanspruch soll zu Lebzeiten des Übergebers durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch dinglich gesichert werden. Im Falle der Rückübertragung hat der Übergeber nur solche Rechte zur dinglichen Duldung zu übernehmen, denen er mit seiner Auflassungsvormerkung den Vorrang eingeräumt hat. Sämtliche Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte der vom Übergeber zu übernehmenden Grundpfandrechte werden an diesen abgetreten.

Die Kosten für die Rückübertragung hat der Übergeber zu tragen. Nutzungen sind von Übernehmer bis zur Geltendmachung des Rückforderungsrechts nicht zu erstatten.“

3 Auf den Vollzugsantrag des Notars vom 04.09.2021 hielt die Rechtspflegerin des Grundbuchamts gemäß Schreiben vom 29.10.2021 mit Hinweis u. a. auf die Entscheidungen OLG München, Beschluss vom 30.04.2020, 34 Wx 341/18, juris, sowie Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 10.09.2020, 9 WF 198/20, juris, eine Genehmigung des Familiengerichts nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB für erforderlich. Der Notar teilte daraufhin mit

Schreiben vom 02.12.2021 mit, er habe die familiengerichtliche Genehmigung beim AG (...) beantragt. Unter Datum vom 29.03.2022 verwies er auf die Entscheidung des BGH vom 11.03.2021, V ZB 127/19, juris, wonach die Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe, weshalb auch das AG (...) mit Schreiben vom 23.03.2022 mitgeteilt habe, keine Genehmigungsbedürftigkeit zu sehen.

4 Mit Zwischenverfügung vom 20.04.2022 hat das Grundbuchamt unter erneutem Hinweis auf die fehlende Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB dem Vollzugsantrag nicht entsprochen. In der Entscheidung des BGH werde auf die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung nicht eingegangen. Es ergebe sich auch nicht, ob die Rückübertragungsverpflichtung nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften beschränkt gewesen sei. Hiergegen wenden sich die Antragstellerinnen mit ihrer Beschwerde. Maßgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit des § 1821 Nr. 4 BGB sei nach der Rechtsprechung des BGH (bei wirtschaftlicher Betrachtung) alleine die Schmälerung des bereits vorhandenen Grundbesitzes. Da die Rückübertragungsverpflichtung Teil des Erwerbsvorgangs sei, werde durch die Wohnungsübertragung kein vorhandener Grundbesitz des Kindes geschmälert. Im Übrigen würde sich die Verpflichtung gemäß § 5 des Wohnungsübertragungsvertrages alleine auf die Rückübertragung der Eigentumswohnung beschränken.

5 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

6 II. Die nicht fristgebundene Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO, § 11 Abs. 1 RPflG statthaft, formgerecht durch den Notar im Namen der Antragstellerinnen eingelegt worden und auch im Übrigen zulässig. Der Senat ist gemäß §§ 72 GBO, §§ 13a, 119 Abs. 1 Nr. 1 b) GVG, § 4 Abs. 3 Nr. 2 lit. a) GerOrgG Rheinland-Pfalz zur Entscheidung hierüber berufen. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Das Grundbuchamt hat sich an der Eintragung gehindert gesehen und wegen fehlender Beschränkung der Rückübertragungsverpflichtung auf bereicherungsrechtliche Verpflichtungen eine Genehmigung des Familiengerichts nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB für erforderlich gehalten. Dieses angenommene Eintragungshindernis besteht im Ergebnis nicht. Im Einzelnen gilt Folgendes:

7 1. Die Auffassung des Grundbuchamtes findet im ersten Zugriff eine Stütze in der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie in der Literatur.

8 a) Das Grundbuchamt nimmt im Wesentlichen Bezug auf die Entscheidungen OLG München, Beschluss vom 30.04.2020, 34 Wx 341/18, juris, sowie Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 10.09.2020, 9 WF 198/20, juris. In der vom OLG München zu beurteilenden Fallgestaltung war in dem Vertrag die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rückübertragungsanspruchs für die dortigen Übergeber vorgesehen. Zwar begründe der Vertrag damit eine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Verfügung über das Wohnungs- und Teileigentum, jedoch handele es sich diesbezüglich lediglich um eine Beschränkung der unentgeltlichen Zu-

wendung der Übergeber. Denn der Übernehmer sei nach der vertraglichen Vereinbarung zur Rückübertragung nur verpflichtet, soweit er noch bereichert sei; die Haftung des Übernehmers sei also zuverlässig auf das ihm unentgeltlich Zugewandte beschränkt (vgl. OLG München, a. a. O. Rdnr. 21). In der vom Brandenburgischen OLG entschiedenen Konstellation hatte sich die Frage, ob eine familiengerichtliche Genehmigung angesichts des Notarvertrags zu Recht versagt wurde, überhaupt nicht gestellt. Rein vorsorglich, quasi im Rahmen eines obiter dictum, wurde aber unter Bezugnahme auf die Entscheidung OLG München a. a. O. darauf hingewiesen, dass eine familiengerichtliche Genehmigung wegen § 1821 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB wohl zutreffend versagt worden sei, weil die Übernehmerin nach der vertraglichen Vereinbarung zur Rückübertragung eben nicht uneingeschränkt nur verpflichtet sei, soweit sie noch bereichert sei; die Haftung der Übernehmerin sei also nicht zuverlässig auf das ihr unentgeltlich Zugewandte beschränkt (vgl. Brandenburgisches OLG, a. a. O. Rdnr. 22 f.).

9 b) Weiter stützt das Grundbuchamt seine Überzeugung auf die Kommentierungen Staudinger/Veit, Neub. 2020, § 1821 Rdnr. 73, sowie Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1821 Rdnr. 12, wo jeweils bei Sicherung eines aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruchs durch Vormerkung eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB (i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB) postuliert wird (vgl. ebenso BeckOK-BGB/Bettin, Stand: 01.05.2022, § 1821 Rdnr. 12; jurisPK-BGB/Lafontaine, Stand: 25.04.2022, § 1821 Rdnr. 68; Grüneberg/Götz, 81. Aufl. 2022, § 1821 Rdnr. 14). Begründet wird dies in Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen damit, dass der Minderjährige nur mit dem geschenkten Gegenstand haften dürfe, nicht aber der (abstrakten) Gefahr etwa einer Wert- oder Schadenersatzpflicht ausgesetzt sein dürfe (vgl. Staudinger/Veit, a. a. O. ; jurisPK-BGB/Lafontaine, a. a. O. ; BeckOK-BGB/Bettin, a. a. O. unter Hinweis auf OLG Köln, Beschluss vom 10.11.1997, 14 Wx 10/97, juris). Demgegenüber vertritt MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rdnr. 45 unter Hinweis auf eine abweichende Auffassung des OLG München im Beschluss vom 17.07.2007, 31 Wx 18/07, juris zu § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB die Auffassung, die Vormerkung eines Rückauflassungsanspruchs hinsichtlich der Rückübertragung unter bestimmten Voraussetzungen an den Schenker sei genehmigungsfrei. Dies schränkt die Verfasserin indessen zwei Sätze weiter ebenfalls dahingehend ein, dass dies jedenfalls dann gelte, wenn die Haftung des Mündels (Minderjährigen) zuverlässig auf das unentgeltlich Zugewandte beschränkt bleibe.

10 2. Entgegen den unter Ziffer 1. genannten Rechtsauffassungen vermag der Senat bei der Beurteilung des vorliegenden Erwerbsgeschäfts einen Genehmigungstatbestand im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zu erblicken. Die Ansichten berücksichtigen nicht hinreichend die nachvollziehbare Rechtsprechung des BGH, wonach keine Genehmigungsbedürftigkeit besteht, wenn die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs lediglich als Teil des Erwerbsvorgangs anzusehen ist. Daneben findet sich nach dem

Wortlaut von § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB sowie nach dessen Sinn und Zweck nach Ansicht des Senats keine hinreichende Stütze für die unter Ziffer 1. genannten Auffassungen.

11 a) Zu Recht verweisen die Antragstellerinnen zur Begründung ihrer Beschwerde auf die Entscheidung BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, juris. Ob die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung in den Anwendungsbereich des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB falle, hat der BGH hierin dahinstehen lassen. Bejaht man dies, würden demnach die auf den Nießbrauch bezogenen Erwägungen entsprechend gelten. Eine wegen der Akzessorietät der Vormerkung grundsätzlich beachtliche Genehmigungsbedürftigkeit der zugrunde liegenden bedingten Verpflichtung zur Rückübertragung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB wäre zu verneinen, weil diese sich bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ebenfalls nicht als Schmälerung eines bereits vorhandenen Grundbesitzes des Minderjährigen, sondern als Teil des Erwerbsvorgangs darstellte (vgl. BGH, a. a. O. Rdnr. 18). Der BGH hält eine entsprechende Vormerkung also ohne familiengerichtliches Genehmigungsbedürfnis für eintragungsfähig. Dass die in § 5 des vorliegenden Vertrages genannten Tatbestände für eine Rückübertragungsverpflichtung bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung auch im vorliegenden Fall nicht als Schmälerung eines bereits vorhandenen Grundbesitzes der Übernehmerin anzusehen sind, sondern als Teil des Erwerbsvorgangs, liegt auf der Hand. Mit der vorgenannten Entscheidung des BGH setzen sich die unter Ziffer 1. aufgeführten Rechtsauffassungen nicht (hinreichend) auseinander bzw. war ihnen dies aufgrund des zeitlichen Kontextes verwehrt.

12 Zwar ergibt sich aus der vorgenannten Entscheidung nicht, ob die Rückübertragungsverpflichtung im dortigen Fall nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften beschränkt war. Dies kann aber dahinstehen, weil sich aus den klaren Formulierungen des BGH in der genannten Entscheidung sowie auch aus vorhergehenden Entscheidungen ableiten lässt, dass dieses Erfordernis für eine Genehmigungsfreiheit nicht aufgestellt werden sollte, sondern vielmehr von einem allgemeinen Grundsatz auszugehen ist. So verweist der BGH ebenda unter Rdnr. 18 beispielsweise zur weiteren Begründung auf die Entscheidung BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, juris. Darin führt der BGH unter Rdnr. 17 mit Hinweis auf weitere Fundstellen u. a. wörtlich aus:

13 „Die Genehmigungspflichtigkeit des Erwerbsgeschäfts ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass sich die Beteiligte zu 1 in dem Vertrag einen Nießbrauch vorbehalten hat und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung ihres durch einen Rücktritt bedingten Rücküberweisungsanspruchs vorgesehen ist. Solche Einschränkungen einer Zuwendung führen schon nicht dazu, dass die Auflassung nach § 107 BGB überhaupt der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen unterliegt. Sie wären als Teil des Erwerbsvorgangs auch unabhängig hiervon nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig.“

14 Dies steht weiter im Einklang mit der Entscheidung BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, juris. (Auch) in der

dortigen Konstellation wurde zur Sicherung des durch die Ausübung des Rücktrittsrechts bedingten Überweisungsanspruchs eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Übergeberin bewilligt. Hierin hat der BGH schon keinen rechtlichen Nachteil im Sinne von § 107 BGB und folglich auch keinen Genehmigungstatbestand im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB gesehen (vgl. BGH, ebenda, Rdnr. 2, 5, 15 und 17).

15 b) Daneben lässt sich nach Auffassung des Senats weder aus dem Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB noch aus dessen Sinn und Zweck in der vorliegenden Konstellation ein Genehmigungsbedürfnis ableiten. Durch das Genehmigungsbedürfnis nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB soll erreicht werden, dass Grundeigentum als besonders wertbeständige Vermögensform möglichst erhalten bleiben soll (vgl. BGH, Beschluss vom 11.03.2021, a. a. O. Rdnr. 8; Jauernig/*Budzikiewicz*, BGB, 18. Aufl. 2020, Vor §§ 1821-1831 Rdnr. 1; jurisPK-BGB/*Lafontaine*, § 1821 Rdnr. 3). Dabei geht es also ganz offenkundig um bereits vorhandenen Grundbesitz (vgl. BGH, ebenda; Beschluss vom 07.10.1997, XI ZR 129/96, juris). In letztgenannter Entscheidung hat der BGH hierzu unter Rdnr. 12 ausgeführt:

16 „Es ist seit der grundlegenden Entscheidung des RG in RGZ 108, 356, 363 ff. allgemein anerkannt, dass die Nummern 1 bis 4 des § 1821 Abs. 1 BGB nur das dem Mündel bzw. Minderjährigen bereits gehörende Grundvermögen schützen und auf Belastungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks erfolgen, keine Anwendung finden. Das gilt nicht nur für die Bestellung eines Grundpfandrechts zur Finanzierung des Grundstückskaufpreises, sondern auch für alle anderen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb vorgenommenen Belastungen wie zum Beispiel Nießbrauchsbestellungen.“

17 Beim vorliegenden Erwerbsgeschäft ist die minderjährige Übernehmerin gerade noch nicht Eigentümerin von Grundbesitz, sondern soll das Eigentum im Zuge des Erwerbsvorgangs gerade erst erlangen. In diesem Fall gibt es (noch) kein Grundstück, über das die Minderjährige verfügen könnte. Der Senat schließt sich daher ausdrücklich der Rechtsprechung des BGH an, wonach bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung die Vormerkung zur Sicherung der in § 5 des Vertrages genannten Tatbestände hinsichtlich der Rückübertragung eben keine Schmälerung eines bereits vorhandenen Grundbesitzes darstellt, sondern als Teil des Erwerbsvorgangs anzusehen ist. Ein Genehmigungsbedürfnis nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB besteht demnach nicht. Letztgenannten Regelungen lassen sich entgegen der unter Ziffer 1. genannten Rechtsauffassungen zudem keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die minderjährige Übernehmerin darüber hinaus vor der (abstrakten) Gefahr geschützt werden sollte, auf Grundlage der in § 5 des Vertrages genannten Rückübertragungstatbestände mit ihrem sonstigen Vermögen auf Wert- oder Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden. Nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Vorschrift ist das Grundeigentum als besonders wertbeständige Vermögensform geschützt. Zum übrigen Vermögen ist kein Bezug hergestellt.

18 Ein möglicher Rückübertragungsanspruch nach § 5 des Vertrages, verbunden mit einer in Einzelfällen etwaigen abstrakten Gefahr der Haftung auf Wert- oder Schadenersatz, wäre im Übrigen keine Folge der Eigentumsübertragung als solcher, sondern Folge

- a) eines vertragswidrigen Verhaltens der Übernehmerin (Belastung oder Veräußerung des übertragenen Grundbesitzes ohne schriftliche Zustimmung der Übergeberin),
- b) eines über das Vermögen der Übernehmerin eröffneten Insolvenzverfahrens bzw. der Abgabe des Vermögensverzeichnisses und Versicherung der Richtigkeit an Eides statt,
- c) der Betreibung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den übertragenen Grundbesitz oder
- d) des Erstverstehens der Übernehmerin.

19 Im letztgenannten Fall lit. d) besteht eine Haftungsgefahr von vorneherein nicht. Hinsichtlich eines vertragswidrigen Verhaltens im Fall lit. a) (oben) besteht kein Schutzbedürfnis. Ein solches kann auch nicht angenommen werden für die Fälle des Vermögensverfalls (lit. b) (oben)) oder der Betreibung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den übertragenen Grundbesitz (lit. c) oben)).

20 c) Zusammenfassend zielt das Genehmigungserfordernis nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB darauf ab, dass die Minderjährige bereits vorhandenen Grundbesitz nicht verliert, nicht aber darauf, dass sie vor jedweder über das Eigentum an dem zu übertragenden bzw. übertragenen Grundstück hinausgehender (abstrakter) Haftungsgefahr geschützt sein soll. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass eine solche Genehmigung nicht geeignet wäre, die Minderjährige vor eigenem hinzutretendem Verhalten oder sonstigen allgemein bestehenden Gefahren, wie zum Beispiel vertragswidrigem Verhalten, Vermögensverfall, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, zu schützen (vgl. hinsichtlich eigenen schuldhaften bzw. deliktischen Verhaltens des Minderjährigen BGH, Beschluss vom 25.11.2004, a. a. O. Rdnr. 16).

21 d) Im Übrigen mag man die Frage, ob die Verpflichtung gemäß § 5 des Wohnungsübertragungsvertrages alleine auf die Rückübereignung der Eigentumswohnung beschränkt ist, wie es die Antragstellerinnen mit ihrer Beschwerde weiter geltend machen, insbesondere eingedenk des nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Leistungsstörungsrechts durchaus in Zweifel ziehen. Hierauf kommt es angesichts der vom Senat vertretenen Ansicht indessen nicht mehr an.

22 2. Nach alledem bedarf es entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes keiner familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch Rückforderung bedingten Rückübereignungsanspruchs, weshalb das Grundbuchamt anzuweisen war, den Antrag nicht aus den Gründen der angefochtenen Zwischenverfügung abzulehnen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Ein Fall, der in der notariellen Praxis immer wieder vorkommt und im Zweifel angesichts zunehmenden erb-schaft- und schenkungsteuerlichen Drucks wohl auch immer häufiger vorkommen wird: Eltern oder Großeltern¹ übertragen bereits zu Lebzeiten Grundbesitz schenkweise auf minderjährige, somit gemäß § 104 Nr. 1, § 106 BGB geschäftsunfähige oder nur beschränkt geschäftsfähige Kinder bzw. Enkel, behalten sich dabei jedoch Nutzungs- und Rückforderungsrechte vor. Um einen solchen Fall ging es auch hier, den der zuständige Beschwerdesenat des OLG Zweibrücken ausführlich und korrekt entschieden hat.

1. Vertretungsausschluss

Dabei war zunächst die Hürde der korrekten Vertretung auf Erwerberseite zu nehmen. Im vorliegenden Fall ging es um Wohnungs- und Teileigentum nach dem WEG. Ein solcher Erwerb ist niemals lediglich rechtlich vorteilhaft, unabhängig von bestehenden oder vorbehaltenen Belastungen. Begründet wird dies damit, dass sich aus der Mitgliedschaft in der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer persönliche Verpflichtungen des/der Minderjährigen ergeben können, die über diejenigen, die aus den auf einem Grundstück liegenden öffentlichen Lasten herrühren,² hinausgehen.³ Anders als bei nicht nach WEG aufgeteilten Grundbesitz kam – und kommt es weiterhin – in der vorliegenden Konstellation also nicht darauf an, ob der vorbehaltene Nießbrauch⁴ und/oder das Rückforderungsrecht⁵ rechtlich nachteilig wären.

- 1 Aus dem Besprechungsfall geht nicht hervor, ob die 2017 geborene Erwerberin von Elternseite oder einer Vorgeneration erwarb.
- 2 Laut BGH unschädlich, st. Rspr. seit Beschluss vom 16.04.1975, V ZB 15/74, NJW 1975, 1885.
- 3 BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, MittBayNot 2011, 129; OLG München, Beschluss vom 06.03.2008, 34 Wx 14/08, MittBayNot 2008, 389; Everts, MittBayNot 2022, 523, 529 m. w. N.
- 4 Rechtliche Vorteilhaftigkeit gesichert anzunehmen nur dann, wenn (wie aber in aller Regel) der Nießbraucher abweichend von § 1041 Satz 2, § 1047 BGB sämtliche Kosten und Lasten zu tragen hat, BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 (m. Anm. Feller); im Übrigen unterscheidet der BGH auch bei vorbehaltenem Nießbrauch bekanntlich, wenngleich nicht überzeugend (Hager/Müller-Teckhof, NJW 2023, 1855, 1857; Everts, MittBayNot 2022, 523 und ZEV 2005, 511) danach, ob das Vertragsobjekt vermietet ist oder nicht (Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, MittBayNot 2022, 443; Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, MittBayNot 2005, 413 m. Anm. Feller bzw. Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. Feller).
- 5 Rechtlich vorteilhaft nur dann, wenn Erwerberhaftung bei Ausübung auf den Zustand des Schenkungsobjekts beschränkt ist und dem Erwerber keine Wert- oder Schadenersatzpflicht insbesondere wegen zwischenzeitlicher Verschlechterung der Sache droht, BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408, 411; OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.07.2021, 9 WF 158/21, RNotZ 2022, 99.

Das ist alles „bekannt und bewährt“ und hieran hat auch die große Familienrechtsreform zum 01.01.2023⁶ nichts geändert. § 1811. Hs. BGB gilt weiterhin; für dessen „familienrechtliche Weiterung“ haben sich lediglich die Gesetzesparagrafen teilweise geändert – statt § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1795 BGB ist jetzt § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1824 BGB einschlägig. Auch im Besprechungsfall war das nicht weiter problematisch – für die Erwerberin handelte demgemäß ein Ergänzungspfleger (nunmehr, ebenfalls ohne inhaltliche Abweichung, bestimmt in § 1809 Abs. 1 BGB).

2. Genehmigungserfordernis

Die Entscheidung ist aber deswegen für die Praxis interessant, weil sie sich – was sonst eher selten geschieht – mit der Frage eines gerichtlichen Genehmigungserfordernisses beim rechtsgeschäftlichen Immobilienerwerb durch Minderjährige (§ 1850 BGB, über § 1643 Abs. 1 BGB für Eltern, über § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB für den Ergänzungspfleger) auseinandersetzt und dieses auch klar von dem Problem des Vertretungsausschlusses abgrenzt. Sie ist zwar zur Rechtslage vor dem 01.01.2023 ergangen, kann aber, was die jetzt geltende Norm § 1850 Nr. 1 und 5 BGB betrifft, auch zu deren Illustration eingesetzt werden. Denn diese ist, soweit für den Inhalt der Besprechungsentscheidung interessant, wortgleich mit § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB a. F.

Abgekürzt lässt sich dazu mit dem OLG Zweibrücken Folgendes festhalten: Unter einer Verfügung über Grundbesitz i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB (bzw. einer Verpflichtung hierzu nach § 1850 Nr. 5 BGB) kann nur eine solche verstanden werden, die dem Minderjährigen bereits gehörenden Grundbesitz betrifft. Erfolgt aber der Erwerb bereits mit Nießbrauchsbelastung und/oder der Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruchs, so spielt dies allein für die zuvor behandelte Frage des Vertretungsausschlusses eine Rolle. Nur dort ist auch die Prüfung des lediglich rechtlichen Vorteils von Belang.

D. h. umgekehrt: Besteht kein Vertretungsausschluss, kann er auch nicht gleichsam durch die Hintertür durch ein gerichtliches Genehmigungserfordernis eingeführt werden, jedenfalls nicht nach § 1850 Nr. 1 und 5 BGB; es bleibt dann bei der elterlichen Verantwortung. Besteht jedoch ein Vertretungsausschluss, ist es allein Aufgabe des dann handelnden Ergänzungspflegers zu beurteilen, ob er auf eine Umgestaltung des Vertrags in Richtung rechtliche Vorteilhaftigkeit hinwirkt oder ob er trotz erkannter rechtlicher Nachteiligkeit gleichwohl zustimmt. Denn gerade für diese Möglichkeit besteht ja die Pflugschaft – andernfalls wäre sie entweder sinnlos oder eines praktischen Anwendungsbereichs beraubt. Und einem eventuellen Pflugschaftserfordernis muss das Grundbuchamt von Amts wegen nachgehen. Es bleibt dann aber auch bei der Verantwortung des Pflegers für sein Handeln, insbesondere einer eventuellen Haftung gegenüber dem Erwerber.

Stimmt demgegenüber der Pfleger endgültig nicht zu, gelangt man zur Frage nach der gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit wegen bereits feststehender endgültiger Unwirksamkeit des Vertrags ohnehin nicht mehr. Das OLG Zweibrücken schmälert also nicht etwa den Minderjährigenschutz,⁷ sondern verteilt ihn nur korrekt auf die jeweils verantwortlichen Akteure.

Das alles ist eigentlich auch schon Rechtsprechung des BGH,⁸ worauf das OLG Zweibrücken ebenso hinweist, wie darauf, dass die Instanzrechtsprechung⁹ zu dieser Frage teilweise in die Irre führt insofern, als die Verneinung oder Bejahung eines lediglich rechtlichen Vorteils in eins gesetzt wird mit gerichtlicher Genehmigungsfreiheit bzw. einem Genehmigungserfordernis. Allerdings ist auch die Besprechungsentscheidung an dieser Stelle dahin gehend zu kritisieren, als sie sich nicht mit der seinerzeitigen herrschenden Meinung auseinandersetzt, die jenseits der Problematik der vorbehaltenen Rechte bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum jedenfalls § 1822 Nr. 10 BGB (a. F.) – „zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“ – im Hinblick auf den Eintritt in die Gemeinschaftsordnung anwendete.¹⁰

3. Aktuelle Rechtslage – Schlussfolgerungen für die Praxis

So oder so könnte unter der Ägide des geltenden Rechts die Besprechungsentscheidung auf jeden Fall nur noch für nicht nach WEG aufgeteilten Grundbesitz ergehen. Für jedwede Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum aber, unabhängig vom Bestehen eines Rechteevorbehalts und seiner Ausgestaltung, gilt seit dem 01.01.2023 das neue Genehmigungserfordernis des § 1850 Nr. 4 BGB i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB bzw. § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB. Allerdings gäbe es keine § 1822 Nr. 10 BGB a. F. entsprechende Vorschrift mehr – der neue § 1854 Nr. 4 BGB erfasst nicht mehr jedes Eintreffen einer persönlichen Haftung für eine fremde Verbindlichkeit, sondern nur noch das „Rechtsgeschäft, das auf die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet ist“, mithin „echte“ Schuldübernahmen.

Die vorstehenden Erwägungen zum fehlenden Genehmigungserfordernis nach altem Recht (§ 1821 Abs. 1 und 4 BGB a. F.) können jedoch ein ermessensleitender Aspekt für die Genehmigungsfähigkeit nach neuem Recht sein. Nach § 1644 BGB ist die Genehmigung zu erteilen, wenn

- 7 So die Warnung von *Milzer*, NZFam 2022, 1099.
- 8 BGH, Beschluss vom 11.03.2021, V ZB 127/19, DNotZ 2021, 980; Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, MittBayNot 2011, 129 (II. 2. der Gründe); Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, MittBayNot 2005, 408 m. Anm. *Feller* (III. 2. der Gründe).
- 9 OLG München, Beschluss vom 30.04.2020, 34 Wx 341/18, MittBayNot 2020, 577; OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.07.2021, 9 WF 158/21, RNotZ 2022, 99.
- 10 OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.05.2022, 15 W 1386/22, ZEV 2023, 33; OLG München, Beschluss vom 22.08.2012, 34 Wx 200/12, MittBayNot 2013, 247; MünchKomm-BGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2019, § 1822 (a. F.) Rdnr. 66.

6 Gesetz vom 04.05.2021, BGBl., S. 882.

das Rechtsgeschäft dem Wohl des Kindes unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht widerspricht. Diese Leitlinie des einfachen Gesetzgebers ist auch verfassungsrechtlich so vorgegeben, Art. 6 Abs. 1 GG.¹¹

Hinzu käme ein systematischer Widerspruch: Was nach § 1850 Nr. 1 und 5 BGB nicht einmal genehmigungsbedürftig ist, kann nicht ceteris paribus nach § 1850 Nr. 4 BGB auf einmal genehmigungsunfähig sein, nur weil der Übertragungsgegenstand ein WEG-Objekt ist.¹² Das gerichtliche Prüfungsprogramm darf hier also nur auf den Übertragungsgegenstand selbst gerichtet sein, mithin etwaige Haftungsfolgen aufgrund der Ausgestaltung von Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung, unter Einschluss der Prüfung der Beschlusssammlung des Verwalters und der Instandhaltungsrücklage.¹³

- 11 Zur „Familie“ im verfassungsrechtlichen Sinne würden auch die Großeltern zählen, BVerfG, Beschluss vom 24.06.2014, 1 BvR 2926/13, NJW 2014, 2853 Rdnr. 21 ff..
- 12 A. A. auch hier offenbar *Milzer*, NZFam 2022, 1099.
- 13 In diese Richtung auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 19/24445, S. 286 f.: „Zwar ist der unentgeltliche Erwerb von Eigentum an einem Grundstück genehmigungsfrei; die besondere Gefährlichkeit des unentgeltlichen Erwerbs von Wohnungs- und Teileigentum liegt aber darin, dass unter Umständen umfangreiche Haftungsfolgen (§ 10 Abs. 8 WEG) eintreten und gleichzeitig im Gegensatz zu Grundstücken keine Möglichkeit der Eigentumsaufgabe besteht (...). Die Haftungsfolge tritt durch die Rechtsinhaberschaft (...) ein, also durch das Verfügungsgeschäft, das hier der Genehmigungspflicht unterstellt wird.“

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Zur Ausschlagungserklärung innerhalb des Erbscheinantrags und zur ergänzenden Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments ohne Ersatzerbenregelung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2023, I-3 Wx 91/23

BeurkG § 47

BGB § 1944 Abs. 2 Satz 2, § 1945 Abs. 12. Hs., § 2269 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Die Einreichung der ersten Ausfertigung der Ausschlagungserklärung genügt den formellen Anforderungen des § 1945 Abs. 12. Hs. BGB. Denn gemäß § 47 BeurkG vertritt die Ausfertigung der Niederschrift die Urschrift im Rechtsverkehr.
2. § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach die Ausschlagungsfrist bei gewillkürter Erbfolge nicht vor Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht beginnt, ist zwingend. Dies gilt auch, wenn feststeht, dass der Bedachte von der letztwilligen Verfügung früher Kenntnis erlangt hat.

3. Enthält ein gemeinschaftliches Ehegattentestament („Berliner Testament“) keine Ersatzerbenregelung und schlägt der testamentarische Alleinerbe die Erbschaft aus, führt die ergänzende Auslegung regelmäßig dazu, dass mit der bindenden Schlusserbeneinsetzung der Kinder zugleich die Einsetzung der Kinder als Ersatzerben für den ersten Erbfall gewollt ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Beteiligte zu 3 war vom 04.06.1992 bis zu deren Tod in zweiter Ehe mit der Erblasserin verheiratet. Die Beteiligte zu 1 ist die einzige Tochter der Erblasserin, die Beteiligte zu 2 ist die einzige Tochter des Beteiligten zu 3. Aus der Ehe gingen keine gemeinsamen Kinder hervor.

2 Die Eheleute errichteten unter dem 03.12.2007 ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament. Darin setzten sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Nach dem Tod des Letztversterbenden sollten ihre Töchter, die Beteiligten zu 1 und zu 2, Erben sein. Der Überlebende sollte zu Lebzeiten nach dem Tod des Erstversterbenden über den Nachlass als Erbe frei verfügen dürfen, nicht jedoch letztwillig.

3 Unter dem 01.02.2023 reichte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und zu 2 bei dem Nachlassgericht die erste Ausfertigung des von ihm beurkundeten Erbscheinantrags der Beteiligten zu 1 und zu 2 vom 23.01.2023 ein, der die Erbausschlagungserklärung des Beteiligten zu 3 enthält. Des Weiteren reichte er die Testamentsurkunde vom 03.12.2007 im Original ein und beantragte die Eröffnung dieses Testaments (...).

4 Am 10.02.2023 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und zu 2 über das Elektronische Gerichtspostfach (EGVP) beim Nachlassgericht den Erbscheinantrag der Beteiligten zu 1 und zu 2 eingereicht, mit dem sie aufgrund der letztwilligen Verfügung vom 03.12.2007 einen gemeinschaftlichen Erbschein zu je ½ Anteil beantragen. Darin nehmen sie die „als Ersatzerbenregelung auszulegende Schlusserbeneinsetzung“ an. Dem Antrag beigefügt ist ein Beglaubigungsvermerk der Verfahrensbevollmächtigten, wonach die Übereinstimmung der in der Datei enthaltenen Bilddaten (Abschrift) mit dem ihm vorliegenden Papierdokument beglaubigt wird.

5 Das Testament wurde am 02.03.2023 eröffnet.

6 Mit Verfügung vom 02.03.2023 hat das Nachlassgericht – Rechtspflegerin – mitgeteilt, dass der Erteilung des Erbscheins entgegenstehe, dass die Ausschlagungsfrist des Testamentserben abgelaufen und die Ausschlagung infolgedessen unwirksam sei.

7 Die Beteiligten zu 1 und zu 2 haben sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Beteiligte zu 3 als Ausschlagender mangels Kenntnis des Testaments keine Kenntnis von seiner gewillkürten Erbeinsetzung hätte haben können.

8 Mit Verfügung vom 11.04.2023 hat das Nachlassgericht seinen Standpunkt aufrechterhalten und ferner beanstandet, dass die eingereichte Ausschlagungserklärung nicht der Form des § 1945 BGB entspreche. Diese sei im Original bei Gericht einzureichen.

9 Dem sind die Beteiligten zu 1 und zu 2 entgegengetreten.

10 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 12.05.2023 hat das Nachlassgericht – Rechtspflegerin – den Erbscheinantrag der Beteiligten zu 1 und zu 2 kostenpflichtig zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beteiligte zu 3 habe keine wirksame Ausschlagungserklärung abgegeben und sei Erbe geworden. Die elektronische Übermittlung der Ausschlagungserklärung genüge nicht der Form des § 129 BGB und damit auch nicht den Anforderungen des § 1945 BGB. Dem Nachlassgericht liege kein Original der Ausschlagungserklärung vor. Im Übrigen sei die Ausschlagungsfrist des § 1945 BGB abgelaufen. Diese beginne bei testamentarischer Erbfolge zwar regelmäßig nach Bekanntmachung dieser Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht. Vorliegend sei das Testament ohne Angabe von Gründen jedoch erst fast zwei Jahre nach dem Tod der Erblasserin eingereicht worden. Da es durch beide Ehegatten errichtet worden sei, sei von der Kenntnis des Beteiligten zu 3 auszugehen. Auch ohne Kenntnis des gemeinschaftlichen Testaments gingen juristische Laien in der Regel davon aus, gesetzlicher Allein- oder zumindest Miterbe nach einem verstorbenen Ehegatten zu sein. Hier werde davon ausgegangen, dass die Kenntnis der Erbstellung, sei es aufgrund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge, mit dem Tod der Erblasserin festgestanden habe.

11 Hiergegen richtet sich die am 05.06.2023 durch den Verfahrensbevollmächtigten eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2. Sie meinen, dass ein Notar nicht verpflichtet sei, eine Urkunde mit Ausnahme einer letztwilligen Verfügung im Original dem Gericht vorzulegen. Die Ausfertigung ersetze das Original im Rechtsverkehr. Ferner habe die Ausschlagungsfrist erst zu laufen begonnen, als der Beteiligte zu 3 die eröffnete Verfügung vom Nachlassgericht erhalten habe. Das AG sei nicht befugt, Mutmaßungen darüber anzustellen, ob ein Ehegatte wisse, welche Testamente es gebe und gegeben habe. Erst als klar gewesen sei, dass es nur die eine eröffnete Verfügung gab, habe er sinnvollerweise die Erbschaft ausschlagen können.

12 Mit Beschluss vom 15.06.2023 hat das Nachlassgericht – Rechtspflegerin – der Beschwerde aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

14 II. Die nach Maßgabe der § 11 Abs. 1 RPfIG i. V. m. §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 und zu 2 ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

15 Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht zu erteilen, § 2353 BGB. Der Erbschein bezeugt demnach das Erbrecht zur Zeit des Erbfalls (Grünwald/*Weidlich*, 82. Aufl. 2023, § 2353 Rdnr. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG.

16 Vorliegend hat das Nachlassgericht zu Unrecht angenommen, die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen lägen nicht vor:

17 Die Beteiligten zu 1 und zu 2 sind Erbinnen zu je ½ nach der Erblasserin geworden, nachdem der Beteiligte zu 3 die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat.

18 Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich allein nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute vom 03.12.2007.

19 An dessen Formwirksamkeit bestehen keine Bedenken (§§ 2247, 2265, 2267 BGB).

20 1. Der darin als Alleinerbe eingesetzte Beteiligte zu 3 hat die Erbschaft wirksam ausgeschlagen mit der Folge, dass der Anfall der Erbschaft an ihn als nicht erfolgt gilt (§ 1953 Abs. 1 BGB).

21 1.1. Der Beteiligte zu 3 hat die Ausschlagung formwirksam erklärt.

22 Gemäß § 1945 Abs. 1 BGB erfolgt die Ausschlagung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Dabei ist die Erklärung zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.

23 Gemäß § 129 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB in der seit dem 01.08.2022 geltenden Fassung setzt dies im Falle der Errichtung in Schriftform voraus, dass die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt ist. Gemäß § 129 Abs. 3 BGB n. F. wird die öffentliche Beglaubigung durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

24 Vorliegend ist die Ausschlagungserklärung innerhalb des Erbscheinantrags der Beteiligten zu 1 und zu 2 am 23.01.2023 notariell beurkundet worden (Ur-Nr. [...] /2023). Unter Ziffer 7 der Urkunde heißt es:

„Der Erschienenene (...) schlägt hiermit die Erbschaft aus.“

Dies genügt den Anforderungen an die Beurkundung einer Willenserklärung gemäß §§ 8 ff. BeurkG.

25 Die im Verfahren AG Mülheim a. d. Ruhr am 01.02.2023 erfolgte Einreichung der ersten Ausfertigung des Erbscheinantrags, der die Ausschlagungserklärung enthält, mit Ausfertigungsvermerk vom 30.01.2023 beim zuständigen Nachlassgericht (§ 23a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 GVG i. V. m. § 342 Abs. 1 Nr. 5, § 343 Abs. 1 FamFG) genügt den Anforderungen des § 1945 Abs. 1 BGB. Denn gemäß § 47 BeurkG vertritt die Ausfertigung der Niederschrift die Urschrift im Rechtsverkehr. Dies gilt auch hinsichtlich der Abgabe der Ausschlagungserklärung (BeckOGK-BGB/*Heinemann*, Stand: 15.12.2022, § 1945 Rdnr. 50; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 17.02.2011, 5 W 245/10, BeckRS 2011, 18369).

26 1.2. Der Beteiligte zu 3 hat die Ausschlagung auch innerhalb der sechswöchigen Ausschlagungsfrist erklärt (§ 1944 Abs. 1 BGB).

27 Gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft grundsätzlich mit dem Zeit-

punkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. § 1944 Abs. 2 Satz 2 sieht vor, dass die Frist bei gewillkürter Erbfolge nicht vor Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht beginnt.

28 Diese gesetzliche Regelung ist eindeutig und – entgegen der Auffassung der Rechtspflegerin – nicht nur regelmäßig, sondern immer anwendbar. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit kann sie nicht aus Billigkeitsgründen, wie hier aufgrund einer als sicher angenommenen früheren Kenntnis des Erben von dem Testament, ausgehebelt werden. Neben dem Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung – hier: der Verfügung von Todes wegen vom 03.12.2007 – ist als dritte Voraussetzung deren amtliche Verlautbarung erforderlich, was die Kenntniserlangung des Erben von der Eröffnung der Verfügung voraussetzt (BGH, Urteil vom 26.09.1990, IV ZR 131/89, juris Rdnr. 25 zu § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F., der statt der Bekanntgabe die Verkündung der Verfügung vorsah; zu der seit dem 01.09.2009 geltenden Fassung: MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1944 Rdnr. 18; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.02.2023, 3 W 60/22, juris Rdnr. 12).

29 Mithin konnte die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Zugang des Schreibens des Nachlassgerichts über die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments vom 02.03.2023 an den Beteiligten zu 3 (§ 348 Abs. 3 FamFG) zu laufen beginnen.

30 Etwas anderes gilt entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts auch nicht im Hinblick auf eine etwaige Annahme eines gesetzlichen Erbrechts. Die Erbfolge richtet sich vorliegend allein nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 03.12.2007. Selbst wenn der Beteiligte zu 3 angenommen hätte, er sei (auch) gesetzlicher Erbe, wäre die Frist nicht gelaufen (BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1944 Rdnr. 33)

31 Die am 01.02.2023 beim Nachlassgericht eingegangene Ausschlagungserklärung erfolgte demnach bereits vor Beginn der Frist, was gemäß § 1946 2. Fall BGB möglich war, da sie nach Eintritt des Erbfalls am 05.03.2021 und zugleich mit der Ablieferung des Testaments erfolgte.

32 1.3. Die Ausschlagungserklärung ist auch nicht aus anderen Gründen unwirksam: Insbesondere liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beteiligte zu 3 die Erbschaft bereits angenommen hatte (§ 1943 1. Fall BGB). Dies gilt, obwohl seit dem Erbfall am 05.03.2021 bis zur Beurkundung der Ausschlagung am 23.01.2023 bereits nahezu zwei Jahre vergangen sind. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Beteiligte zu 3 einen Erbschein als Alleinerbe beantragt hat, um über den Nachlass verfügen zu können.

33 Ebenso wenig liegt eine Unwirksamkeit nach § 1950 BGB vor, wonach die Ausschlagung der Erbschaft nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden kann. Denn die Vorschrift findet keine Anwendung für den Fall, dass der Erbe aus unterschiedlichen Berufungsgründen zum Erbe berufen ist und Gegenstand der Ausschlagung die testamentarische Erbinsetzung ist (OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.02.2023, 3 W 60/22, juris Rdnr. 14).

34 2. Der Wegfall des Beteiligten zu 3 als Alleinerbe hat zur Folge, dass die in dem gemeinschaftlichen Testament als Schlusserben eingesetzten Beteiligten zu 1 und zu 2 Erbinnen zu je ½ Miterben nach der Erblasserin geworden sind.

35 Gemäß § 1953 Abs. 2 BGB fällt die Erbschaft demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt.

36 Die Ausschlagung eines gewillkürten Erben führt in erster Linie zu einem Erbschaftsanfall an den eingesetzten Ersatzerben (§ 2096 BGB). Schlägt der eingesetzte Alleinerbe, für den kein Ersatzerbe berufen ist, die Erbschaft im Ganzen aus, tritt der gesetzliche Erbe an seine Stelle (NK-BGB/Malte Ivo, 6. Aufl. 2022, § 1953 Rdnr. 7).

37 Vorliegend haben die Eheleute bei der Errichtung des Testaments den Wegfall des länger lebenden Ehegatten durch Ausschlagung nicht bedacht. Eine ausdrückliche Ersatzerbinsetzung enthält das Testament nicht.

38 Welche Rechtsfolge die Ausschlagung des testamentarischen Alleinerben bei einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament bei fehlender Ersatzerbenregelung hat, ist streitig:

39 Teilweise wird wegen der Zielrichtung des Berliner Testaments, den überlebenden Ehegatten zu begünstigen, die Ausschlagung der testamentarischen Erbfolge und die Annahme des gesetzlichen Erbes als wirksam angesehen (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, § 1948 Rdnr. 8, § 1953 Rdnr. 12; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1953 Rdnr. 25.2). Nach anderer Ansicht wird eine stillschweigende Ersatzerbinsetzung der Schlusserben angenommen. Bei einer bindenden Schlusserbinsetzung führe im Regelfall die ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung dazu, dass mit der Schlusserbinsetzung zugleich die Einsetzung der Kinder als Ersatzerben für den ersten Erbfall gewollt ist (Keim, ZEV 2020, 393-402; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.03.1978, 8 W 342/77, BeckRS 2013, 14911; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.02.2023, 3 W 60/22, juris Rdnr. 15 ff.).

40 Dem ist zuzustimmen. Setzen Eltern in einem gemeinschaftlichen Testament ihre Kinder zu Schlusserben ein, so sollen die Kinder nach dem Willen der Eltern nach dem Tode des Längstlebenden das dann noch vorhandene Vermögen – auch, soweit es ursprünglich Vermögen des Erstversterbenden war – bekommen. Dem mutmaßlichen Willen der Ehegatten bei Testamentserrichtung entspricht es deshalb in der Regel, dass nach der von ihnen gewollten und im gemeinschaftlichen Testament zugrunde gelegten Nachlassplanung das Vermögen des Erstversterbenden auf jeden Fall an die Schlusserben fällt, auch bei einer Ausschlagung des länger Lebenden. Das wäre nicht gewährleistet, wenn der länger lebende Ehegatte sich über die Ausschlagung gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments löst und gemeinsam mit den Kindern gesetzlicher Erbe würde. Für eine stillschweigende Ersatzerbinsetzung der Schlusserben spricht auch die Auslegungsregel des § 2097 BGB. Danach ist derjenige, der für den Fall, dass der zunächst be-

rufene Erbe nicht Erbe sein kann, zum Ersatzerben eingesetzt ist, im Zweifel auch für den Fall eingesetzt, dass jener nicht Erbe sein will. Die Bestimmung der Schlusserben in einem Berliner Testament kann man als Ersatzerbenbestimmung beider Ehegatten charakterisieren, von denen sich nur diejenige des länger Lebenden verwirklicht, da der primär zum Erben eingesetzte andere Ehegatte durch sein Vorversterben weggefallen ist (OLG Brandenburg, a. a. O. m. w. N.).

41 Vorliegend sind Anhaltspunkte für einen anderslautenden Willen der Eheleute bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nicht ersichtlich. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass die Eheleute dem Letztversterbenden nicht gestattet haben, eine abweichende letztwillige Verfügung über den Nachlass zu treffen, dafür, dass die Schlusserben-einsetzung unumstößlich sein und auch hinter der Testierfreiheit des länger Lebenden zurückbleiben sollte. Ferner lässt auch die Erbausschlagungserklärung des Beteiligten zu 3 innerhalb des Erbscheinantrags der Beteiligten zu 1 und zu 2 darauf schließen, dass dieser diese Rechtsfolge – die Erbenstellung beider Kinder – als selbstverständlich annahm, was auf einen entsprechenden Willen bei Testamenterrichtung schließen lässt. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die gesetzliche Erbfolge dazu führen würde, dass er zusammen mit der leiblichen Tochter der Erblasserin, der Beteiligten zu 1, Erbe würde (§ 1924 Abs. 1, § 1931 Abs. 1 und 3, § 1371 BGB), seine eigene leibliche Tochter, die Beteiligte zu 2, in diesem Fall nicht erben würde. Entsprechendes würde gelten, wenn der Beteiligte zu 3 vorverstorben wäre und die Erblasserin als länger Lebende die Erbschaft ausgeschlagen hätte. Dies würde bei Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge zum Entfall der Erbenstellung ihres leiblichen Kindes, der Beteiligten zu 1, führen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Eheleute bei der Errichtung des Testaments eine solche Situation vorgestellt und gewollt haben, die zu einer Ungleichbehandlung der beiden Kinder führte, bestehen nicht.

42 Demnach sind die Beteiligte zu 1 und zu 2 nach der Erbausschlagung des Beteiligten zu 3 Erbinnen nach der Erblasserin zu je ½ geworden. Sie haben in der notariellen Urkunde vom 23.01.2023 die Annahme der Erbschaft erklärt (§ 1946 1. Fall BGB). Der von ihnen beantragte gemeinschaftliche Erbschein ist zu erteilen.

Hinweis der Schriftleitung: Zu den Rechtsfolgen der Ausschlagung der testamentarischen Erbensetzung des länger lebenden Ehegatten bei gemeinschaftlichem Ehegattentestament wird auf OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.02.2023, 3 W 60/22, samt Anmerkung hierzu von Dr. **Dietmar Weidlich**, Notar in Roth b. Nürnberg, abgedruckt in MittBayNot 2023, 502 ff. verwiesen.

11. Anhaltspunkte für die Wechselbezüglichkeit von letztwilligen Verfügungen

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 03.01.2023, 14 W 111/22 (Wx)

BGB §§ 133, 2270

LEITSÄTZE:

1. Für eine Wechselbezüglichkeit von Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB kann der Wortlaut eines Testaments sprechen, wenn in der Urkunde die Rede von dem „gesamten Vermögen“ der Ehegatten ist, das von ihnen ohne eine Unterscheidung nach unterschiedlichen Eigentumsverhältnissen verteilt wird. Dies lässt nach § 133 BGB den Rückschluss zu, dass die Ehegatten zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nach jahrzehntelanger Ehe nicht von getrennten Vermögensmassen ausgegangen sind, sondern die aufgeführten Gegenstände als gemeinsames Vermögen angesehen haben.
2. Es gibt den Erfahrungssatz, dass ein Ehegatte bei der gegenseitigen Erbensetzung seine Kinder beim Tod als Erstversterbender nur enterbt, weil er darauf vertraut, dass das gemeinsame Vermögen der Ehegatten beim Tod des Überlebenden auf die gemeinsamen Kinder übergehen wird.
3. Leistete die Ehefrau des Erblassers ihren Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt durch die Haushaltsführung sowie die Erziehung und Betreuung der drei gemeinsamen Kinder, kann bei der Frage, ob ein erhebliches Vermögensgefälle vorliegt, nicht mit Erfolg argumentiert werden, das Familieneinkommen (und damit das Vermögen) rühre weit überwiegend von dem allein erwerbstätigen Erblasser her.

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Feststellung, dass seitens des AG die Tatsachen für festgestellt erachtet werden, wonach die Beteiligte Ziffer 1, der Beteiligte Ziffer 3 und der Beteiligte Ziffer 4 den Erblasser als Miterben zu je ⅓ beerbt haben.

2 Die Beteiligten Ziffer 1, Ziffer 3 und Ziffer 4 sind die einzigen Abkömmlinge des Erblassers und seiner Ehefrau, die am (...) 2004 vorverstorben ist.

3 Unter dem 05.11.2000 errichteten der Erblasser und seine Ehefrau in einer Urkunde ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament, in dem es heißt:

„Sollte Vati S geb. (...) oder Mutti S geb. (...) zuerst sterben, so geht das gesamte Vermögen an den Überlebenden! Die Kinder, S geb. (...), G geb. (...), H geb. (...) sind erst nach dem Tode beider Eltern erbberechtigt.

S soll die Wohnung S-Straße bekommen.

G und H, das Haus D-Straße 19 und das Grundstück am T(...) Das Geld von der Bank ist für Grabpflege Beerdigungskosten (Stein usw.) zu verwenden.

Den Rest des Geldes soll G und H für die Kinder verwenden.“

4 Das am 16.09.2004 vom Notariat (...) auf Ableben der Ehefrau und am 19.01.2022 vom Nachlassgericht eröffnete Testament, auf das verwiesen wird, ist von beiden Eheleuten unterschrieben.

5 Am 10.08.2013 errichtete der Erblasser ein weiteres handschriftliches Testament, in dem es unter anderem heißt:

„Ich S, geboren am (...) habe mit meiner verstorbenen Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Durch diese letztwillige Verfügung von Todes wegen bin ich nicht beschränkt (...)“

6 In diesem Testament ordnete der Erblasser unter anderem eine Testamentsvollstreckung an und bestimmte den Beteiligten Ziffer 2 zum Testamentsvollstrecker. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Testament vom 10.08.2013 Bezug genommen.

7 Unter dem 17.07.2020 errichtete der Erblasser schließlich ein drittes Testament, in dem der Erblasser ausführte, in seiner Testierfähigkeit nicht beschränkt zu sein. In diesem Testament setzte er die Beteiligte Ziffer 1, die ihn zuletzt aufopferungsvoll gepflegt und versorgt habe, als Alleinerbin ein. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Testament vom 17.07.2020 verwiesen.

8 Am 10.03.2022 hat der Beteiligte Ziffer 4 zur Niederschrift beim AG Lörrach, auf die verwiesen wird, unter anderem erklärt, es gelte das gemeinsame Testament der Eltern. Die einseitige Testierung des Vaters, die er noch kurz vor seinem Tod verfasst habe, sei nicht gültig, da sein Vater durch das gemeinsame Testament gebunden gewesen sei. Der Beteiligte Ziffer 4 hat einen Erbschein mit dem Inhalt beantragt, wonach der Verstorbene von der Beteiligten Ziffer 1, dem Beteiligten Ziffer 3 und ihm zu je $\frac{1}{3}$ beerbt worden sei.

9 Die Beteiligte Ziffer 1 ist dem Antrag entgegengetreten. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, eine Wechselbezüglichkeit der testamentarischen Verfügung der Eheleute liege jedenfalls in Bezug auf den Erblasser nicht vor. Ein starkes Indiz gegen eine wechselbezügliche Schlusserbeneinsetzung stelle eine erhebliche Abweichung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten dar. Vorliegend stamme das weit überwiegende und im gemeinschaftlichen Testament erwähnte Vermögen vom Erblasser. Der Erblasser sei Alleineigentümer des Hausgrundstücks D-Straße in (...) gewesen. Das unbebaute Grundstück habe er von seinen Eltern geerbt und Mitte der 60er Jahre mit dem Wohnhaus bebaut. Seine Ehefrau habe ab Mitte der 60er Jahre nicht mehr gearbeitet und nur geringe Einkünfte erzielt. Auch die zu Lebzeiten der Ehegatten im je hälftigen Miteigentum stehende Eigentumswohnung in der S-Straße sei mit dem Kauferlös einer anderen Immobilie des Erblassers erworben worden. Weiter stelle der zweimalige Hinweis des Erblassers in seinen späteren Testamenten auf die fehlende Bindung ein Indiz gegen eine Wechselbezüglichkeit dar.

(...)

16 II. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht gemäß §§ 58, 59, 63 Abs. 1, § 64 FamFG eingelegte Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 ist unbegründet.

17 Das AG ist zu Recht davon ausgegangen, dass aufgrund der zugrunde zu legenden Tatsachen von einer wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten Ziffer 1, Ziffer 3 und Ziffer 4 im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB durch die Ehefrau des Erblassers auszugehen ist. Nach dem Tod seiner Ehefrau war der Erblasser an die gemeinschaftlichen wechselbezüglichen Verfügungen gebunden und konnte diese nicht mehr wirksam durch seine nachfolgenden Testamente widerrufen, § 2271 Abs. 2 BGB (1.).

18 Eine ergänzende Testamentsauslegung dahin gehend, dass die Eheleute S dem überlebenden Ehegatten die Befugnis eingeräumt hätten, die Schlusserbfolge zumindest zugunsten des pflegenden/betreuenden Kindes zu modifizieren, kommt nicht in Betracht (2.).

19 1. Die Einsetzung der drei Kinder als Schlusserben durch den Erblasser ist eine wechselbezügliche Verfügung zu seiner Alleinerbeneinsetzung durch seine Ehefrau.

20 a) Nach § 2265 BGB kann durch Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden. Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2247 BGB genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet, § 2267 Satz 1 BGB.

21 Bei der Auslegung eines jeden Testaments ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Handelt es sich – wie hier – um ein gemeinschaftliches Testament, dann ist nach der Rechtsprechung des BGH bei der Auslegung stets zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teiles entsprochen hat. Das ist nötig, weil die beiderseitigen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten nicht nur aufeinander abgestimmt werden, sondern erfahrungsgemäß nicht selten auch inhaltlich abgesprochen und insofern Ergebnis und Ausdruck eines gemeinsam gefassten Entschlusses beider Teile sind (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, juris Rdnr. 12).

22 Wechselbezüglich sind nach § 2270 Abs. 1 BGB diejenigen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament getroffenen Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Es muss also für jede einzelne Verfügung geprüft werden, ob sie in einem solchen Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu der letztwilligen Verfügung des erstverstorbenen Ehegatten steht. Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament ist vorrangig durch individuelle Auslegung zu ermitteln. Lediglich wenn diese zu keinem zweifelsfreien Ergebnis führt, kommt die Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB in Betracht (st. Rspr. vgl. nur OLG Hamm, Beschluss vom 12.06.2001, 15 W 127/00, juris Rdnr. 24).



23 Für die vor Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB erforderliche Auslegung nach dem tatsächlichen Willen der Erblasser besteht nach zutreffender Meinung kein Erfahrungssatz, dass jeder Ehegatte die gemeinsamen Kinder nur deshalb bedenkt, weil dies auch der andere tut; wohl aber gibt es den Erfahrungssatz, dass ein Ehegatte bei der gegenseitigen Erbeinsetzung seine Kinder beim Tod als Erstversterbender nur enterbt, weil er darauf vertraut, dass das gemeinsame Vermögen beim Tod des Überlebenden auf die gemeinsamen Kinder übergehen wird (vgl. Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2019, § 2270 Rdnr. 26a auch zur Gegenmeinung).

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

25 Der Umstand, dass ein Ehegatte über ein wesentlich größeres Vermögen verfügt als der andere, kann bei der Auslegung dazu führen, dass die Schlusserbeneinsetzung durch den vermögenden Ehegatten nicht wechselbezüglich zu der Erbeinsetzung durch den vorverstorbenen vermögenslosen Ehegatten ist, weil der vermögende Ehegatte an der eigenen Erbeinsetzung durch seinen vermögenslosen Ehegatten häufig kein Interesse hat, sondern seine Freiheit behalten will, wen er als Schlusserben einsetzt (BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZR 72/11, juris Rdnr. 8). Der Fall, dass ein Ehegatte vermögend ist, während der andere kein oder nur geringes Vermögen besitzt, gibt zwar besonderen Anlass zur Prüfung der Wechselbezüglichkeit, zwingt aber nicht zu ihrer Verneinung (BayObLG, Beschluss vom 12.08.1994, 1 Z BR 152/93, juris Rdnr. 30). Allein aus einem Vermögensunterschied der Ehegatten lässt sich nicht positiv der Wille der Ehegatten feststellen, dass sie beide eine Wechselbezüglichkeit nicht wollten (KG, Beschluss vom 04.02.2021, 19 W 1118/20, juris Rdnr. 71).

26 b) Gemessen an diesen Anforderungen ist von einer wechselbezüglichen Verfügung der Ehefrau des Erblassers auszugehen, die für den Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau bindend geworden ist. Dies ergibt sich bereits im Wege der Auslegung der testamentarischen Verfügungen. Zumindest greift aber die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB.

27 Die Beteiligten Ziffer 1, Ziffer 3 und Ziffer 4 sind demnach gemeinschaftliche Erben zu je $\frac{1}{3}$ geworden.

28 aa) Das gemeinschaftliche Testament vom 05.11.2000 ist ein wirksames Ehegattentestament, was zwischen den Beteiligten nicht in Streit steht. Bei Zugrundelegung der dortigen Verfügungen ist von einer Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder der Ehegatten zu je $\frac{1}{3}$ auszugehen, wovon das AG zu Recht ausgeht und was die Beteiligten auch nicht in Abrede stellen.

29 bb) Für eine Wechselbezüglichkeit der Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB spricht bereits der Wortlaut des Testaments vom 05.11.2000. In der Urkunde ist die Rede von dem „gesamten Vermögen“ der Ehegatten, das von ihnen

verteilt wird, ohne dass eine Unterscheidung nach unterschiedlichen Eigentumsverhältnissen vorgenommen wird. Dies lässt nach § 133 BGB den Rückschluss zu, dass die Ehegatten zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nach jahrzehntelanger Ehe nicht von getrennten Vermögensmassen ausgegangen sind, sondern die aufgeführten Gegenstände als gemeinsames Vermögen angesehen haben (vgl. hierzu auch KG, Beschluss vom 04.02.2021, 19 W 1118/20, juris Rdnr. 71).

30 Des Weiteren gibt es den Erfahrungssatz, dass ein Ehegatte bei der gegenseitigen Erbeinsetzung seine Kinder beim Tod als Erstversterbender nur enterbt, weil er darauf vertraut, dass das gemeinsame Vermögen beim Tod des Überlebenden auf die gemeinsamen Kinder übergehen wird.

31 cc) Soweit die Beteiligte Ziffer 1 darauf abhebt, der Erblasser habe sich ausweislich der nachfolgenden testamentarischen Verfügungen und seiner Angaben gegenüber dem Beteiligten Ziffer 2 nicht gebunden gefühlt, lassen sich hieraus keine zwingenden Rückschlüsse ziehen. Maßgeblich ist nicht, ob sich der Erblasser in den Jahren 2013 bzw. 2020 gebunden gefühlt hat, sondern ob er gebunden war, worauf bereits das AG zutreffend hingewiesen hat.

32 dd) Das weitere Argument der Beteiligten Ziffer 1, wonach der Erblasser vermögend gewesen sei, wohingegen seine Ehefrau kaum Vermögen besessen habe, führt entgegen der Auffassung der Beteiligten Ziffer 1 im vorliegenden Fall nicht zu einem anderen Auslegungsergebnis.

33 (1) Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments am 05.11.2000 war die Ehefrau des Erblassers auch nach Vortrag der Beteiligten Ziffer 1 hälftige Miteigentümerin der Wohnung in der S-Straße. Dass diese nach Vortrag der Beteiligten Ziffer 1 ursprünglich aus Mitteln des Erblassers erworben worden ist, spielt keine Rolle. Maßgeblich sind (wenn überhaupt) die Vermögensverhältnisse zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments.

34 Des Weiteren war sie hälftige Miteigentümerin des gemeinschaftlichen nicht unerheblichen Geldvermögens.

35 Sie war demnach bereits nicht weitgehend vermögenslos.

36 (2) Der Erblasser war zwar Alleineigentümer des Hausgrundstücks D-Straße in (...); allerdings muss hier gesehen werden, dass er das unbebaute Grundstück geerbt hatte, die Bebauung aber nach eigenem Vortrag der Beteiligten Ziffer 1 erfolgt war, als der Erblasser und seine Frau bereits verheiratet waren. Ein maßgeblicher Teil der Wertschöpfung erfolgte demgemäß während der gemeinsamen Ehezeit. Insoweit erscheint es daher wie bereits dargelegt bei lebensnaher Betrachtung so, dass die Eheleute nach der jahrzehntelangen Ehe zum Zeitpunkt der gemeinschaftlichen testamentarischen Verfügung nicht von unterschiedlichen Vermögensmassen ausgegangen sind.

37 (3) Die Beteiligte Ziffer 1 kann nicht mit Erfolg damit argumentieren, ihre Mutter und Ehefrau des Erblassers habe seit Mitte der 1960er Jahre nicht mehr gearbeitet, weswe-

gen das Familieneinkommen (und damit das Vermögen) weit überwiegend von dem Erblasser herrühre. Denn diese Argumentation verkennt zum einen die gesellschaftlichen Realitäten einer Ehe in den 1960er Jahren, zum anderen leistete die Ehefrau des Erblassers ihren Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt durch die Haushaltsführung sowie die Erziehung und Betreuung der drei gemeinsamen Kinder.

38 ee) Damit liegt nach Auffassung des Senats kein beachtliches Vermögensgefälle im Sinne der dargelegten Rechtsprechung zwischen den Ehegatten vor.

39 Ein positiver Wille, dass beide Ehegatten keine Wechselbezüglichkeit wollten, lässt sich demgemäß jedenfalls nicht feststellen.

40 2. Eine ergänzende Testamentsauslegung dahin gehend, dass die Eheleute S dem überlebenden Ehegatten sicher die Befugnis eingeräumt hätten, die Schlusserbfolge zumindest zugunsten des pflegenden/betreuenden Kindes zu modifizieren, kommt nicht in Betracht.

41 a) Im Weg der ergänzenden Testamentsauslegung ist zu prüfen, welchen Willen die Ehegatten hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen nach ihrer persönlichen Einstellung und nach der Lebenserfahrung voraussichtlich gehabt hätten, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung die spätere Entwicklung gekannt hätten (BayObLG, Beschluss vom 12.08.1994, 1 Z BR 152/93, juris Rdnr. 31).

42 Die Wechselbezüglichkeit kann zu verneinen sein, wenn nach der Errichtung des Testaments unvorhergesehene Umstände eingetreten sind und die Erblasser, falls sie diese Umstände bei der Errichtung vorausschauend bedacht hätten, die Wechselbezüglichkeit für diesen Fall ausgeschlossen hätten. Ein nach dem Tod des Ehegatten eingetretener Sinneswandel hat außer Betracht zu bleiben, weil es auch für die Wechselbezüglichkeit auf den gemeinschaftlichen Willen bei Errichtung des Testaments ankommt (Staudinger/*Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 22b m. w. N.).

43 Eine Willenserklärung im Wege der ergänzenden Auslegung kann nur vorgenommen werden, wenn die für die Zeit der Testamentserrichtung an Hand des Testaments, ggf. unter Zuhilfenahme von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung festzustellende Willensrichtung beider Ehegatten dafür eine genügende Grundlage bildet (BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, juris Rdnr. 33). Durch sie darf also kein Wille in das Testament hineingetragen werden, der darin nicht andeutungsweise ausgedrückt ist (OLG München, Beschluss vom 11.06.2018, 31 Wx 294/16, juris Rdnr. 41). Es bedarf einer Andeutung im Testament dahin, in welcher Weise das Testament angepasst oder eine andere Form der letztwilligen Verfügung gewählt worden wäre (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.12.2011, I-3 Wx 261/11, BeckRS 2011, 29473, beck-online).

44 b) Gemessen hieran kann ein dementsprechender Wille der Eheleute zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments am 05.11.2000 nicht mit der notwendigen Sicherheit festgestellt werden.

45 Das AG führt zutreffend aus, dass es nach dem eigenen Vortrag der Beteiligten Ziffer 1 beiden Eheleuten wichtig gewesen sei, nicht in ein Heim zu kommen und zuhause gepflegt zu werden. Wenn aber beiden Ehegatten zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments eine möglicherweise eintretende Pflegebedürftigkeit bewusst gewesen war und es ihrem gemeinsamen Wunsch entsprochen hätte, in diesem Fall zuhause von einem Angehörigen gepflegt zu werden, fehlt es bereits an einem unvorhergesehenen Umstand, der eine ergänzende Auslegung rechtfertigen würde. Wenn es dem gemeinsamen Willen der Eheleute zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 05.11.2000 entsprochen hätte, dem Längerlebenden die Möglichkeit einer „erbrechtlichen Belohnung“ eines pflegenden Angehörigen zu kommen zu lassen, hätte es vielmehr nahegelegen, dies in das Testament in geeigneter Form aufzunehmen.

46 Selbst wenn die Eheleute zu Lebzeiten mit dem Bruder des Erblassers bzw. der Zeugin G von einer gewollten „erbrechtlichen Belohnung“ des betreuenden Kindes durch den Letztversterbenden gesprochen hätten, rechtfertigt dies keine ergänzende Testamentsauslegung dahin, die eingetretene Bindungswirkung entfallen zu lassen. Denn ein solcher (gemeinsamer) Wille hätte in dem gemeinschaftlichen Testament zumindest angedeutet werden müssen. Dass es (auch) dem Willen der Ehefrau des Erblassers entsprochen haben soll, durch den Wegfall der Bindungswirkung dem Erblasser zu ermöglichen, zwei der drei gemeinsamen Kinder zu enterben, ist in dem Testament in keiner Weise angedeutet.

47 In diesem Zusammenhang muss auch gesehen werden, dass es dem Erblasser nach der gemeinschaftlichen testamentarischen Verfügung zu Lebzeiten freigestanden hat, die Beteiligte Ziffer 1 für erbrachte Pflegeleistungen angemessen zu entlohnen. Des Weiteren kann von Gesetzes wegen eine entsprechende Ausgleichung erbrachter Pflegeleistungen der Beteiligten Ziffer 1 über § 2257a Abs. 1 Satz 2 BGB nach dem Tod des Erblassers erfolgen. Eine angemessene Honorierung von Pflegeleistungen der Beteiligten Ziffer 1 war und ist also ohne Weiteres möglich. Selbst wenn es sich bei der häuslichen Pflege durch die Beteiligte Ziffer 1 um einen unvorhergesehenen Umstand gehandelt hätte, erscheint der Wegfall der Bindungswirkung mit Blick auf die anderweitigen Möglichkeiten, die Leistungen der Beteiligten Ziffer 1 zu honorieren, daher keineswegs zwingend.

(...)



12. Nachweis über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes für die Eintragung einer Eigentumsänderung

OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.08.2022, 8 W 159/22

BGB § 2202

GBO §§ 29, 35

LEITSÄTZE:

1. **Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers muss dem Grundbuchamt in der Form der §§ 35, 29 GBO nachgewiesen werden. Das Entstehen der Testamentsvollstreckerbefugnis ist zusätzlich von der Voraussetzung abhängig, dass die ernannte Person das Testamentsvollstreckeramt annimmt (§ 2202 BGB). Auch der Nachweis der Annahme ist gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO zu führen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Dieser Nachweis kann durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 35 Abs. 2 1. Hs. GBO) oder durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift des in öffentlicher Urkunde enthaltenen Testaments und der Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung geführt werden (§ 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO). (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Geht bei Nachweis durch Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde aus der Niederschrift über ihre Eröffnung nicht hervor, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt gegenüber dem Nachlassgericht angenommen hat, kann die Annahme des Amtes auch durch sog. Annahmezeugnis oder Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts nachgewiesen werden. Das Annahmezeugnis ist eine Sonderform des Testamentsvollstreckerzeugnisses, das sich auf die Frage beschränkt, ob das Amt wirksam angenommen wurde. Eine bloße Eingangsbestätigung genügt den Anforderungen des Grundbuchamtes nur dann, wenn der Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes in öffentlich beglaubigter Form oder zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt hat, die schlichte Bestätigung des Nachlassgerichts über den dortigen Eingang einer privatschriftlichen Annahmeerklärung reicht nicht aus. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im verfahrensgegenständlichen Grundbuch ist die am (...) 2018 verstorbene (...) als Alleineigentümerin eingetragen. Mit notariell beurkundetem Testament vom 15.06.2018 hatte die eingetragene Eigentümerin dem Antragsteller den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz im Wege des Vermächtnisses zugewandt. Gleichzeitig hat sie den Antragsteller zum Testamentsvollstrecker ernannt mit der einzigen Aufgabe, das zu seinen Gunsten angeordnete Vermächtnis zu erfüllen, und ihn von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 05.01.2021 hat der Antragsteller den verfahrensgegenständlichen Grund-

besitz zum Zwecke der Erfüllung seines Vermächtnisanspruchs an sich aufgelassen sowie die Eintragung der Eigentumsänderung bewilligt und beantragt. Gleichzeitig hat der Antragsteller in der Urkunde erklärt, das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen zu haben, und dieses vorsorglich nochmals bestätigt. Den Antrag hat der vertretungsbefugte Notar am 03.02.2021 bei dem AG Schwäbisch Gmünd als dem zuständigen Grundbuchamt eingereicht.

3 Mit Zwischenverfügung vom 11.02.2022 hat das Grundbuchamt festgestellt, dass dem Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung folgendes Hindernis entgegenstehe:

„Die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes muss dem Grundbuchamt in der Form der §§ 35, 29 GBO nachgewiesen werden. Eine schlichte Bestätigung des Nachlassgerichts über den dortigen Eingang einer Annahmeerklärung reicht nicht aus (DNotI-Report 2008, S. 114-116; OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017, 15 W 482/16, BeckRS 2017, 103965). Hat der Testamentsvollstrecker die Annahme in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgegeben, genügt eine Bestätigung des Nachlassgerichts in der Form des § 29 GBO, dass eine solche Annahme bei ihm eingegangen ist. Eine solche Bestätigung des Nachlassgerichts genügt jedoch nicht, wenn die Nachlassakten nur eine privatschriftliche Annahmeerklärung enthalten. Zur Überprüfung der Sachlage ist – da das Nachlassgericht nicht eine Abteilung desselben AG des Grundbuchamtes ist – dem Grundbuchamt auch die am 21.05.2019 beim Nachlassgericht zugegangene Annahmeerklärung vorzulegen. Würde es sich hierbei um eine privatschriftliche Erklärung handeln, würde dies als Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt nach § 35 GBO nicht genügen, sodass der Nachweis entweder durch Niederschrift des Nachlassgerichts über die Annahmeerklärung oder durch eine öffentlich beglaubigte/ beurkundete Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers samt Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts geführt werden müsste. Natürlich wäre der Nachweis über die Verfügungsbefugnis auch insgesamt durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis möglich.“

4 Zur Behebung des Eintragungshindernisses bedürfe es noch der Vorlage eines ordnungsgemäßen Nachweises über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes durch den Antragsteller gemäß den §§ 35, 29 GBO. Die der Form des § 29 GBO genügende Annahmeerklärung müsse hierbei zeitlich vor Erklärung der Auflassung beim Nachlassgericht zugegangen sein. Falls ein Nachweis über das Bestehen des Amtes in grundbuchtauglicher Form im Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung nicht vorliegen sollte, wäre nach Vorliegen des ordnungsgemäßen Nachweises über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes eine Genehmigung des Testamentsvollstreckers zur Auflassung vom 05.01.2021 in der Form des § 29 GBO erforderlich.

5 Zur Erledigung hat das Grundbuchamt dem Antragsteller unter Androhung der kostenpflichtigen Zurückweisung des Antrags eine Frist bis zum 13.03.2022 gesetzt.

6 Mit Schreiben vom 23.03.2022 hat der vertretungsbefugte Notar eine Bescheinigung des AG Crailsheim als dem für den Nachlass der eingetragenen Eigentümerin zuständigen Gericht vom 07.03.2022 vorgelegt, mit der bestätigt wird, dass der Antragsteller das Testamentsvollstreckeramt durch privatschriftliche Erklärung vom 14.05.2019 sowie durch notariell beglaubigte Erklärung vom 05.01.2021 angenommen hat. Er ist der Auffassung, es sei nicht erforderlich, dass die der Form des § 29 GBO genügende Erklärung zeitlich vor Erklärung der Auflassung beim Nachlassgericht zugegangen ist. Die §§ 29, 35 GBO regelten nicht die materielle Wirksamkeit einer Handlung, sondern nur die Form des Nachweises. Sofern das Grundbuchamt gleichwohl an seiner Zwischenverfügung festhalte, werde Beschwerde gegen die Entscheidung eingelegt.

7 Mit Beschluss vom 11.05.2022 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur Begründung wurde ausgeführt, da § 185 BGB für den Testamentsvollstrecker nicht gelte, könne eine Erklärung, die der Testamentsvollstrecker vor seiner Amtsannahme als noch nicht im Amt befindlicher Testamentsvollstrecker abgibt, nicht durch die spätere Amtsannahme wirksam werden. Für das Grundbuchverfahren bedeute dies, dass für den Fall, dass der Nachweis der Testamentsvollstreckereigenschaft nicht entsprechend § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis, sondern vielmehr durch öffentliche Verfügung von Todes wegen, Eröffnungsprotokoll und Nachweis der Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht erbracht wird, auch der Zeitpunkt des Vorliegens der Verfügungsbefugnis rechtzeitig vor Abgabe der Erklärung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsse.

8 II. Die gemäß § 71 GBO zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

9 Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Eigentumsänderung zu Recht von der Vorlage eines ordnungsgemäßen Nachweises über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes durch den Antragsteller und für den – hier gegebenen – Fall, dass ein grundbuchtauglicher Nachweis der Annahme des Amtes vor Beurkundung der Auflassung nicht vorliegen sollte, von der Genehmigung des Testamentsvollstreckers zur Auflassung vom 05.01.2021 in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht.

10 Auf die zutreffenden Gründe der angegriffenen Entscheidung und der Nichtabhilfeentscheidung wird Bezug genommen. Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Auffassung des vertretungsbefugten Notars, §§ 29, 35 GBO regelten nicht die materielle Wirksamkeit einer Handlung, sondern nur die Form des Nachweises, trifft zwar zu, ändert aber nichts daran, dass der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen nach den Vorschriften der Grundbuchordnung zu führen ist.

11 § 20 GBO verlangt im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Prüfung einer wirksamen Einigung des Berechtigten und des Erwerbers. Erforderlich ist vorliegend demzufolge auch der Nachweis, dass der Antragsteller bei Erklärung der Auflassung befugt war, über den Nachlassgegenstand zu verfügen. Dieser Nachweis kann durch

Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 35 Abs. 2 1. Hs. GBO) oder durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift des in öffentlicher Urkunde enthaltenen Testaments und der Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung geführt werden (§ 35 Abs. 2 2. Hs. i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO). Materiellrechtlich ist das Entstehen der Testamentsvollstreckerbefugnis jedoch noch von einer weiteren Voraussetzung abhängig, nämlich der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes durch die ernannte Person (§ 2202 BGB). Wenngleich die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes materiellrechtlich durch privatschriftliche Erklärung möglich ist, ist der Nachweis der Annahme gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO zu führen (OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017, I-15 W 482/16; OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16; OLG Stuttgart/Senat, Beschluss vom 21.11.2018, 8 W 238/17 und Beschluss vom 13.11.2018, 8 W 261/17 [beide nicht veröffentlicht]). Geht bei Nachweis durch Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde aus der Niederschrift über ihre Eröffnung nicht hervor, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt gegenüber dem Nachlassgericht angenommen hat, kann die Annahme des Amtes auch durch sog. Annahmezeugnis oder Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts nachgewiesen werden. Das Annahmezeugnis ist eine Sonderform des Testamentsvollstreckerzeugnisses, das sich auf die Frage beschränkt, ob das Amt wirksam angenommen wurde (OLG Hamm, a. a. O.; MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2020, § 2368 Rdnr. 59). Eine bloße Eingangsbestätigung genügt den Anforderungen des Grundbuchamtes nur dann, wenn der Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes in öffentlich beglaubigter Form oder zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt hat, die schlichte Bestätigung des Nachlassgerichts über den dortigen Eingang einer privatschriftlichen Annahmeerklärung reicht nicht aus, weil in diesem Fall die Identität des Erklärenden nicht gesichert wäre (OLG München, a. a. O. Rdnr. 17; OLG Hamm, a. a. O. Rdnr. 3; OLG Stuttgart/Senat, a. a. O.; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 01.06.2022, § 35 Rdnr. 142; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3462; Böhringer, ZfIR 2022, 109, 117; Schaub, ZEV 2000, 49, 50). Auch die bloße Erklärung in einer dem Grundbuchamt vorgelegten (notariell beglaubigten) Eintragungsbewilligung, das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, genügt nicht (Böhringer, a. a. O.; OLG München, a. a. O.; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2020, § 35 Rdnr. 183). Ob die Amtsannahme auch gegenüber dem Grundbuchamt erklärt werden kann, wenn Grundbuchamt und Nachlassgericht verschiedene Abteilungen desselben AG sind (Wilsch, a. a. O.; offengelassen in OLG München, a. a. O.), kann vorliegend dahinstehen, weil das Verfahren über den Nachlass der (...) nicht bei dem AG Schwäbisch Gmünd, sondern bei dem AG Crailsheim geführt wird.

12 Der Antragsteller hat eine Bescheinigung des AG – Nachlassgericht – Crailsheim vom 07.03.2022 vorgelegt, mit der dieses bescheinigt, dass der Antragsteller durch privatschriftliche Erklärung vom 14.05.2019 sowie durch notariell beglaubigte Erklärung vom 05.01.2021 gegenüber dem Nachlassgericht das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat. Die Bestätigung des Eingangs der privat-

schriftlichen Erklärung ist nach den zuvor dargelegten Grundsätzen kein Grundbuchtauglicher Nachweis. Die Bestätigung des Eingangs der notariell beglaubigten Erklärung vom 05.01.2021 ist zwar ein Grundbuchtauglicher Nachweis über die Annahme des Amtes. Da das Amt mit der damit verbundenen Verfügungsbefugnis gemäß § 2202 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 BGB aber erst mit der förmlichen Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht beginnt (OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.09.2016, 15 W 509/16, Rdnr. 31; Staudinger/Dutta, Neub. 2021, § 2202 Rdnr. 1; jurisPK-BGB/Heintz, Stand: 16.10.2020, § 2202 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2202 Rdnr. 3; die Gegenauffassung LG Saarbrücken, Beschluss vom 10.12.2008, 5 T 341/08 und Böhlinger, a. a. O. widerspricht der ausdrücklichen Regelung in § 2202 Abs. 1 BGB), ist mit der Bescheinigung des Nachlassgerichts vom 07.03.2022 nicht in Grundbuchtauglicher Form belegt, dass der Antragsteller bei Abgabe der Auflassungserklärung schon Testamentsvollstrecker war. Hatte der Antragsteller die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes im Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung noch nicht gegenüber dem Nachlassgericht erklärt, wäre die Auflassung als Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam (OLG Nürnberg, a. a. O.; jurisPK-BGB/Heintz, a. a. O. Rdnr. 4; Erman/M. Schmidt, BGB, § 2202 Annahme und Ablehnung des Amtes Rdnr. 5). In diesem Fall wäre auch § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB, wonach eine Verfügung wirksam wird, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, nicht anwendbar, weil der Testamentsvollstrecker den Gegenstand, über den er verfügt hat, nicht durch die Erlangung des Amtes „erwirbt“ (OLG Nürnberg, a. a. O., Rdnr. 34; Erman/M. Schmidt, a. a. O. Rdnr. 5). Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift scheidet – wie das Grundbuchamt zutreffend ausgeführt hat – aus (BGH, Urteil vom 27.11.1998, V ZR 180/97; OLG Nürnberg, a. a. O. Rdnr. 34; Erman/M. Schmidt, a. a. O. Rdnr. 5; jurisPK-BGB/Heintz, a. a. O. Rdnr. 4; jurisPK-BGB/Trautwein, § 185 Rdnr. 37; Staudinger/Klumpp, Neub. 2019, § 185 Rdnr. 113). Die Gegenauffassung, die eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB auf den Fall der vor Erklärung der Amtsannahme getroffenen Verfügung einer zum Testamentsvollstrecker ernannten Person bejaht, mit der Folge, dass die Verfügung mit dem Amtsantritt des Testamentsvollstreckers von selbst und ex nunc wirksam werde (OLG München, Beschluss vom 08.09.2005, 32 Wx 058/05, Rdnr. 21; LG Saarbrücken, Beschluss vom 10.12.2008, 5 T 341/08; Staudinger/Dutta, a. a. O. Rdnr. 33; wohl auch MünchKomm-BGB/Zimmermann, a. a. O. Rdnr. 4), überzeugt nicht. Die Regelung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB hat den Zweck, widersprüchliches Verhalten auf der Seite des nichtberechtigten Verfügenden nicht gelten zu lassen. Er wird an seiner Verfügung festgehalten und hat nicht die Möglichkeit, dieser Verbindlichkeit durch die Verweigerung der Genehmigung zu entgehen (Staudinger/Klumpp, § 185 Rdnr. 98). Dieser der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke greift bei Verfügungen des Testamentsvollstreckers nicht ein, weil die Wirkungen seines Handelns nicht ihn selbst, sondern den Erben treffen (vgl. BGH, a. a. O.; OLG Nürnberg, a. a. O.). Die Fallkonstellation ist vergleichbar mit der Verfügung, die ein Nichtberechtigter im fremden Namen trifft. Hier ist allgemein anerkannt, dass § 185 BGB nicht

anwendbar und eine Heilung nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 ausgeschlossen ist (BayObLG, NJW 1956, 1279; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1997, 17; OLG Stuttgart/Senat, Beschluss vom 17.10.2019, 8 W 222/19 [nicht veröffentlicht]; MünchKomm-BGB/Bayreuther, § 185 Rdnr. 2).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

Die Entscheidung des OLG Stuttgart beschäftigt sich mit der praxisrelevanten Frage, wie der Testamentsvollstrecker im Grundbuchverfahren seine Handlungsbefugnis nachweist.

1. Nachweise gegenüber dem Grundbuchamt

Das Bestehen einer Testamentsvollstreckung hat drei Wirksamkeitsvoraussetzungen. Sie setzen sich zusammen aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen, aus der Ernennung der Person des Testamentsvollstreckers gemäß den §§ 2197 ff. BGB sowie der Annahme des Amtes durch den Ernannten. Letzteres ist in § 2202 BGB einschließlich der damit verbundenen Form- und Verfahrensvorschriften geregelt. Sämtliche Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.¹

Nach § 35 Abs. 2 GBO weist der Testamentsvollstrecker im Grundbuchverfahren seine Befugnis zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder ein Europäisches Nachlasszeugnis nach. Ein gesonderter Nachweis über die Amtsannahme ist in diesem Fall nicht erforderlich. Da diese Zeugnisse nur auf Antrag des Testamentsvollstreckers erteilt werden können und im Antrag spätestens die Annahme des Amtes zu sehen ist,² ist über das Zeugnis auch mittelbar die Amtsannahme bewiesen.³

Beruhet jedoch die Testamentsvollstreckung auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es nach § 35 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO, wenn dem Grundbuchamt an Stelle des Testamentsvollstreckerzeugnisses oder des Europäischen Nachlasszeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Wird der Nachweis auf diese Weise geführt, besteht allerdings kein öffentlicher Glaube.⁴ Der Erwerber eines Grundstücks hat daher keinen Schutz, wenn sich die Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung herausstellen sollte, zum Beispiel wegen eines vorrangigen Erbvertrags oder eines nachträglich aufgefundenen weiteren Testaments. Aufgrund des eingeschränkten Schutzes des Erwerbers empfiehlt es sich daher, auch bei

1 Staudinger/Dutta, Neub. 2021, § 2202 Rdnr. 1.

2 Siehe BGH, Urteil vom 27.02.1961, II ZR 196/59, WM 61, 479.

3 Staudinger/Dutta, § 2202 Rdnr. 31 m. w. N.

4 Siehe BeckOK-BGB/Siegmann/Höger, Stand: 01.05.2023, § 2368 Rdnr. 3.

Vorliegen eines notariellen Testaments oder Erbvertrags auf die Beibringung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht zu verzichten.⁵ Diese Vorgehensweise setzt allerdings die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs voraus. Sie scheidet aus, wenn es am Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts fehlt, wovon im vorliegenden Fall aufgrund der Übertragung des Grundbesitzes durch den Testamentsvollstrecker auf sich selbst auszugehen ist.⁶

2. Gesonderter Nachweis der Amtsannahme bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist

Aus der Vorlage der in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift ergibt sich in den Fällen des § 35 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO allerdings noch nicht die Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker, sodass diese für das Grundbuchverfahren unter Wahrung der Form des § 29 GBO zusätzlich zu belegen ist. Die Entscheidung des OLG Stuttgart zeigt die möglichen Wege hierzu auf. Der Testamentsvollstrecker kann die Amtsannahme zu Protokoll des Nachlassgerichts erklären, was im Zusammenhang mit der Eröffnung der Verfügung von Todes wegen erfolgen und sich daher auch aus der diesbezüglichen Niederschrift ergeben kann.⁷

Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass der Testamentsvollstrecker die Unterschrift unter seine schriftliche Annahmeerklärung durch einen Notar öffentlich beglaubigen (§ 129 BGB) oder diese ggf. im Zusammenhang mit anderen Erklärungen notariell beurkunden lässt (§ 8 BeurkG). Da die Annahmeerklärung als empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit dem Zugang bei dem nach § 343 FamFG zuständigen Nachlassgericht (§ 130 BGB) wirksam wird, muss in einem solchen Fall auch hierüber ein Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt erbracht werden. Dies erfolgt durch eine der Form des § 29 GBO entsprechende Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts. Daneben hat die Rechtspraxis die Möglichkeit der Erstellung eines Annahmezeugnisses entwickelt, welches ein Zeugnis über die Rechtswirksamkeit der Annahme darstellt.⁸ In der Praxis ist diese Zeugnisform allerdings wenig verbreitet. Hat der Testamentsvollstrecker die Annahme zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt, genügt das Vorlegen einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Protokolls beim Grundbuchamt, in den anderen Fällen eine der Form des § 29 GBO entsprechende Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts.⁹ Befinden sich Grundbuchamt und Nachlassgericht beim

selben AG, kann insoweit auf die Nachlassakten verwiesen werden.

3. Wirksamkeit von Verfügungen bei nachträglicher Amtserlangung

a) Formfreiheit der Annahmeerklärung

Materiellrechtlich ist die Annahmeerklärung formfrei. Sie kann daher schriftlich erfolgen, sodass im Fall des OLG Stuttgart der Testamentsvollstrecker mit dem Eingang der privatschriftlichen Annahmeerklärung vom 14.05.2019 beim Nachlassgericht seine Amtsstellung erlangt hat. Die 2021 erklärte Auflassung zum Zwecke der Erfüllung seines Vermächtnisanspruchs an sich selbst war daher wirksam. Zur Erfüllung der Anforderungen des § 29 GBO kann jedoch eine Bestätigung des Nachlassgerichts über den dortigen Eingang einer privatschriftlichen Annahmeerklärung nicht ausreichen, weil in diesem Fall die Identität des Erklärenden nicht gesichert wäre.¹⁰

b) Auswirkungen der nachträglichen Amtsannahme

Das OLG Stuttgart prüft schließlich die weitere Frage, ob sich an der Ausgangslage etwas ändert, wenn zeitlich nach der Auflassungserklärung die Annahmeerklärung in öffentlich beglaubigter Form beim Nachlassgericht bzw. im vorliegenden Fall beim Grundbuchamt eingereicht wird.¹¹ Mit dieser Verfahrensweise wird im Hinblick auf die Form des § 29 GBO nur nachgewiesen, dass das Amt des Testamentsvollstreckers nach der erklärten Auflassung erlangt wurde. Ein weiterer Nachweis könnte sich aber dadurch erledigen, dass Verfügungen, die der Testamentsvollstrecker vor Erlangung seines Amtes vorgenommen hat, mit dem Amtsantritt gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB von selbst wirksam werden. Nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB wird eine Verfügung wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift scheidet aus, da die Erlangung des Amtes keinen Eigenerwerb des Testamentsvollstreckers bewirkt. Das OLG Stuttgart lehnt in Übereinstimmung mit dem OLG Nürnberg auch eine analoge Anwendung ab.¹² Dafür spricht die Rechtsprechung des BGH, wonach die in § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB geregelte Konvaleszenz durch nachträglichen Erwerb nicht zu-

5 Siehe hierzu ausführlich *Weidlich*, ErbR 2022, 546, 549 ff.

6 Siehe allgemein hierzu *Grüneberg/Herrler*, 82. Aufl. 2023, § 891 Rdnr. 5 ff.

7 *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 63.

8 Siehe OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017, I-15 W 482/16, FamRZ 2017, 1720; OLG München, Beschluss vom 11.07.2016, 34 Wx 144/16, MittBayNot 2017, 73 f.

9 MünchKomm-BGB/*Grziwotz*, 9. Aufl. 2022, § 2368 Rdnr. 59; *Staudinger/Dutta*, § 2202 Rdnr. 31.

10 Siehe die Nachweise in Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

11 Ein Eingang beim Grundbuchamt desselben Gerichts dürfte unschädlich sein, da es sich bei dem Nachlassgericht genau wie bei dem Grundbuchamt lediglich um Abteilungen desselben AG handelt. Siehe LG Saarbrücken, Beschluss vom 10.12.2008, 5 T 341/08, FamRZ 2009, 1252; insoweit offen Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

12 OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.09.2016, 15 W 509/16, ZEV 2017, 98; *NomosKomm-BGB/Kroiß*, 6. Aufl. 2022, § 2202 Rdnr. 3; a. A. OLG München, Beschluss vom 08.09.2005, 32 Wx 58/05, ZEV 2006, 173, 174; *MünchKomm-BGB/Zimmermann*, § 2202 Rdnr. 4; *Staudinger/Dutta*, § 2202 Rdnr. 33; a. A. auch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 31 V 3, der von einer automatisch eintretenden Wirksamkeit analog § 1959 Abs. 2 BGB ausgeht.

lasten eines fremden Vermögens gehen soll.¹³ § 185 BGB betrifft nur Fälle, in denen ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, also selbst Geschäftspartner ist, nicht aber die Fälle, in denen ein Nichtberechtigter eine Verfügung im fremden Namen trifft, bei dem der Vertretene Geschäftspartner sein soll. Ob das Geschäft gegen diesen wirkt, richtet sich allein nach den §§ 164 ff. BGB.¹⁴ Dies gilt auch für Verfügungen eines amtlichen Vertreters einer Vermögensmasse (wie Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker), da die Wirkungen ihres Handelns nicht sie selbst, sondern den Inhaber des Vermögens treffen.¹⁵

c) Auswirkungen eines mehraktigen Verfügungstatbestands

Teilweise wird darauf hingewiesen, dass sich bei einer Verfügung, die aus mehreren Teilakten besteht, die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Verfügenden nach dem Zeitpunkt des letzten Teilakts bemisst. Hat der Testamentsvollstrecker, wie im Fall des OLG Stuttgart, die Amtsannahme vor der Eintragung der Auflassung im Grundbuch erklärt, ist er zum Zeitpunkt der Eintragung in das Grundbuch als Berechtigter anzusehen, sodass es auf die Anwendbarkeit des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB nicht ankommt.¹⁶ Die Entscheidungen des BGH, auf die sich diese Auffassung beruft, beziehen sich allerdings auf Fälle, in denen zwischen der Abgabe der Verfügungserklärung und der vollständigen Verwirklichung des Verfügungstatbestands die Verfügungsmacht verloren wurde. Bei dieser Konstellation hat der BGH den ursprünglich Verfügungsbefugten als Nichtberechtigten angesehen und § 185 BGB mit der Folge einer notwendigen Genehmigung durch den Berechtigten nach Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 der Vorschrift für anwendbar erklärt.¹⁷ Nicht entschieden hat der BGH dagegen die Frage, inwieweit die Verfügungsbefugnis eines amtlichen Vertreters einer Vermögensmasse bei allen Teilakten vorliegen muss und inwieweit es ohne Auswirkungen bleibt, wenn zum Zeitpunkt der Auflassungserklärung die Verfügungsbefugnis noch nicht gegeben war. Die erklärte Auflassung war ursprünglich schwebend unwirksam, weshalb das Eintreten der Wirksamkeit gesondert zu begründen ist. Hält man wie das OLG Nürnberg die Stellvertretungsvorschriften für anwendbar,¹⁸ so ist festzuhalten, dass der Annahmeerklärung in Bezug auf das Erlangen des Testamentsvollstre-

ckeramts nur eine ex-nunc-Wirkung zukommt und keine Rückwirkung wie bei der Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters gemäß § 184 BGB. Der Annahmeerklärung kann auch nicht die Wirkung einer konkludenten Genehmigung früherer Rechtsgeschäfte beigelegt werden, da sie gegenüber dem Nachlassgericht und nicht gegenüber dem Vertragspartner zu erklären ist. Die Rechtslage muss insoweit daher weiterhin als unsicher angesehen werden.

4. Praktische Auswirkungen

Folgt man dem OLG Stuttgart ergeben sich für die notarielle Praxis bei Grundstücksverfügungen durch den Testamentsvollstrecker folgende Konsequenzen:

Hat der Testamentsvollstrecker bereits vor der Annahmeerklärung Rechtsgeschäfte vorgenommen, so werden sie nach herrschender Meinung als Rechtsgeschäfte eines Nichtberechtigten angesehen und sind bei mehrseitigen Rechtsgeschäften nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Der Testamentsvollstrecker kann die Rechtsgeschäfte jedoch nach Annahme des Amtes gemäß §§ 177, 184 BGB genehmigen und muss dies auch tun, um die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts einschließlich einer Grundstücksverfügung herbeizuführen. Für das Grundbuchverfahren hat die Genehmigung in der Form des § 29 GBO zu erfolgen.¹⁹

Wurde die Annahmeerklärung bereits vor Vornahme des Rechtsgeschäfts in privatschriftlicher Form beim Nachlassgericht eingereicht, so ist zur Wahrung der Form des § 29 GBO für Zwecke des Grundbuchverfahrens das Rechtsgeschäft, insbesondere eine Grundstücksverfügung, ungeachtet seiner materiellrechtlichen Wirksamkeit, formgerecht zu bestätigen. Ausreichend hierfür erscheint eine Bestätigung, bei der die Unterschrift des Testamentsvollstreckers durch den Notar beglaubigt wird. Denn an die Bestätigung einer wirksamen Erklärung können keine höheren Anforderungen als bei einer schwebend unwirksamen Erklärung gestellt werden. Letztendlich ist dieser Fall vergleichbar mit den Fällen, in denen ein mündlich oder privatschriftlich Bevollmächtigter eine Grundstücksverfügung vorgenommen hat, zu deren Grundbucheintragung ebenfalls eine Bestätigung des Vertretenen in der Form des § 29 GBO erforderlich ist.²⁰

13 BGH, Urteil vom 27.11.1998, V ZR 180/97, VIZ 1999, 161, 164.

14 OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.09.2016, 15 W 509/16, ZEV 2017, 98, 100.

15 Siehe BGH, Urteil vom 27.11.1998, V ZR 180/97, VIZ 1999, 161, 164; ebenso MünchKomm-BGB/Bayreuther, 9. Aufl. 2021, § 185 Rdnr. 52.

16 DNotI-Report 2022, 153, 154 f. m. w. N.; Becker, BWNotZ 2023, 75, 76 f.

17 BGH, Urteil vom 22.05.1957, IV ZR 4/57, BeckRS 1957, 31378952; Urteil vom 27.09.1962, III ZR 83/61, NJW 1963, 36, 37.

18 OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.09.2016, 15 W 509/16, ZEV 2017, 98, 100.

19 Siehe NomosKomm-BGB/KroiB, § 2202 Rdnr. 3 m. w. N.

20 Siehe Beck'sches Notar-Handbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, Kap. 1 § 1 Rdnr. 163.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

13. Kein Entfernen einer unrichtigen Gesellschafterliste

OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.08.2022, 7 W 87/22

GmbHG § 16 Abs. 3, § 40

LEITSÄTZE:

1. Eine in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste darf nicht entfernt oder herausgenommen werden, wenn sie sich teilweise oder in allen ihren Verlautbarungen als von Anfang an oder nachträglich unrichtig erweist.
2. Wer die Unrichtigkeit einer zum Register aufgenommenen Gesellschafterliste geltend machen will, muss die Zuordnung eines Widerspruchs erwirken.
3. Wer die zutreffende Beteiligung an der Gesellschaft verlautbart wissen will, muss auf das Einreichen einer zutreffenden Liste hinwirken.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde ist unbegründet.

2 Der Antrag, eine Liste der Gesellschafter aus dem Registerordner herauszunehmen, richtet sich ebenso auf eine im Gesetz nicht vorgesehene Rechtsfolge wie die zugleich hilfsweise vorgetragene Anregung auf Amtslöschung.

3 Eine in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) darf nicht entfernt oder herausgenommen werden, wenn sie sich teilweise oder in allen ihren Verlautbarungen als von Anfang an oder nachträglich unrichtig erweist. Eine solche Amtshandlung des Registergerichts sieht das Verfahrensrecht nicht vor. Die hilfsweise vom Antragsteller in Betracht gezogene Löschung ist für genau bezeichnete Eintragungen in das Handelsregister geregelt (§§ 393 ff. FamFG). Die Liste oder ihre Einreichung oder ihre Aufnahme in das Register werden indes nicht in das Register eingetragen.

4 Wer die Unrichtigkeit einer zum Register aufgenommenen Gesellschafterliste geltend machen will, um den guten Glauben an ihren Inhalt zu erschüttern, muss die Zuordnung eines Widerspruchs erwirken (§ 16 Abs. 3 Satz 3, 4 GmbHG).

5 Der Zuordnung des Widerspruchs zu der Liste zeigt, sie werde ganz oder teilweise für unrichtig gehalten, und für diese Auffassung spreche entweder die Bewilligung desjenigen, dessen Berechtigung mit Zweifeln belegt wird, oder die Prüfung durch ein Gericht, das Verfügungsgrund und -anspruch für gegeben gehalten hat. Das Register, dem die Liste und die Abfolge von Widersprüchen und Aufhebungen von Widersprüchen zu entnehmen ist, verlautbart die Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter vollständiger und zutreffender, als ein Entfernen einer zum Register aufgenommenen Liste. Dass Unsicherheit oder Streit

um die Anteile an der Gesellschaft besteht, wäre dem Register dann nicht zu entnehmen. Lückenlose Transparenz wird nur gewährleistet, wenn dem Register auf Dauer entnommen werden kann, dass und in welchem Zeitraum ein Widerspruch zur Liste zugeordnet war.

6 Wer die zutreffende Beteiligung an der Gesellschaft verlautbart wissen will, muss auf das Einreichen einer zutreffenden Liste hinwirken (vgl. Michalski/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 16 Rdnr. 109; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 16 Rdnr. 88, § 40 Rdnr. 67). Nur durch Aufnahme einer neuen, inhaltlich richtigen Liste lässt sich eine falsche Liste korrigieren (vgl. MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2019, § 40 Rdnr. 362 f.; Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rdnr. 66).

(...)

14. Verwendung des Begriffs „Institut“ in Firmennamen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2023, I-3 Wx 104/23

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 2

HGB § 18 Abs. 1, 2

LEITSATZ:

Da es heutzutage zahlreiche in privater Rechtsform gewerblich tätige Organisationen gibt, die das Wort „Institut“ in ihrer Firma führen (zum Beispiel Kreditinstitut, Finanzdienstleistungsinstitut, Kosmetikinstitut, Bestattungsinstitut, Reinigungsinstitut), führt – wie von der älteren Rechtsprechung angenommen – alleine die Bezeichnung „Institut“ für sich betrachtet den angesprochenen Verkehr nicht mehr zu der Vorstellung, es handle sich um eine öffentliche oder unter öffentlicher Aufsicht oder Förderung stehende, der Allgemeinheit und der Wissenschaft dienende Einrichtung mit wissenschaftlichem Personal, nicht aber um einen privaten Gewerbebetrieb oder um eine private Vereinigung. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

I.

Die Beteiligte, vertreten durch ihren Verfahrensbevollmächtigten, hat unter dem 23.05.2023 die am 05.04.2023 gegründete GmbH unter der Firma „Institut für Einfachheit GmbH“ zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Das Registergericht – Richter – hat daraufhin unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des KG (Beschluss vom 26.10.2011, 25 W 23/11) mitgeteilt, dass der Anmeldung nicht entsprochen werden könne. Die gewählte Firmenbezeichnung sei irreführend (§ 18 Abs. 2 HGB), da die Verwendung des Begriffs „Institut“ den Eindruck erwecke, dass es sich um eine öffentlich oder eine unter öffentlicher Aufsicht stehende Institution handle.

Die Beteiligte ist dem entgegengetreten. Sie meint, die Bezeichnung „Institut“ sei in Verbindung mit dem Worten „für Einfachheit“ zu sehen und dadurch erkennbar eine ironische Bezeichnung, was sich aus der Kontrastierung des eher mit Komplexität und schwierigen Dingen assoziierten Wortes „Institut“ mit den Worten „für Einfachheit“ ergebe. Durch den Zusatz sei eindeutig klargelegt, dass es sich nicht um eine öffentliche oder unter öffentlicher Aufsicht stehende, wissenschaftliche Einrichtung handele. Dies entspreche auch den Anforderungen der Rechtsprechung für die Bezeichnung privater Vereinigungen als „Institut“. Die Gründer seien unter derselben Bezeichnung seit langer Zeit in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätig, ohne dass sie Beanstandungen oder wettbewerbsrechtlichen Angriffen auf ihre Geschäftsbezeichnung ausgesetzt gewesen seien. Aus diesem Grund hätten sie ein hohes Interesse an der Fortführung der bisherigen Bezeichnung als Firma.

Das Registergericht hat die Auffassung vertreten, dass die Anforderungen der Rechtsprechung für eine zulässige Verwendung des Begriffs „Institut“ nicht erfüllt seien. Vielmehr entstehe der Eindruck, dass es sich um ein „klassisches“ Institut handele, das sich der Erforschung des Themas „Einfachheit“ widme.

Die Beteiligte hat ihren Standpunkt aufrechterhalten und um Erlass eines rechtsmittelfähigen Bescheids gebeten.

Daraufhin hat das AG – Richter – den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister kostenpflichtig zurückgewiesen. Zur weiteren Begründung hat es ausgeführt, der Umstand, dass die Gründer unter der bisherigen Geschäftsbezeichnung bisher ohne Beanstandung im Wirtschaftsleben tätig seien, habe keinen Einfluss auf die registergerichtliche Kontrolle der gewählten Firmierung.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, mit der sie ihre Anmeldung zur Eintragung unverändert aufrechterhält. Zur weiteren Begründung trägt sie vor, die vom AG angenommene, der Bezeichnung „Institut“ entgegenstehende theoretische Erforschungsmöglichkeit eines Themas greife zu weit. Dies führe dazu, dass die Verwendung einer dieses Wort enthaltenden Firma grundsätzlich ausgeschlossen sei, da jedes Themengebiet hypothetisch erforscht werden könne. Vielmehr sei auf die tatsächliche Bezeichnung eines Gegenstands abzustellen, der regelmäßig wissenschaftlicher Forschung unterliege. Der Institutsbegriff sei insbesondere hochschulrechtlich geprägt, weswegen nicht der Anschein erweckt werden dürfe, der Forschungsbereich einer Hochschule sei betroffen. Dies sei durch die zusätzliche Tätigkeitsbezeichnung „für Einfachheit“, die keinen Forschungsbereich einer hochschulrechtlichen Einrichtung darstelle, nicht der Fall. Durch die gewählte Firma bestehe auch nicht die Möglichkeit, den angesprochenen Verkehrskreis zu täuschen. Hierfür spreche, dass die seit 15 Jahren in Form der GbR geführte Unternehmensberatung keinen Beanstandungen oder wettbewerbsrechtliche Beschwerden durch Mitbewerber ausgesetzt gewesen sei.

Mit Beschluss vom 07.07.2023 hat das AG der Beschwerde aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht abgeholfen und die Sache dem OLG als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

II.

Die gemäß § 382 Abs. 3, § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Gemäß § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Gemäß § 18 Abs. 2 HGB darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Im Verfahren vor dem Registergericht wird die Eignung zur Irreführung nur berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist.

Eine ersichtliche Irreführung durch die Verwendung der Firma „Institut für Einfachheit“ im Sinne der Vorschrift lässt sich nicht feststellen.

Zu den bedeutsamen Angaben über die gesellschaftlichen Verhältnisse gehören Angaben zu Art, Größe und Tätigkeit der Gesellschaft, zu ihrem Alter, ihrer Zusammensetzung oder ihren sonstigen Verhältnissen (Senat, Beschluss vom 16.04.2004, I-3 Wx 107/04, Rdnr. 15; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.04.2001, 20 W 84/2001, juris Rdnr. 2). Die durch die mögliche Täuschung in Betracht kommende Irreführung muss von einer gewissen Bedeutung für die angesprochenen Verkehrskreise sein, wobei ein objektiver Maßstab aus der Sicht der durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises und deren verständiger Würdigung anzulegen ist (Senat, a. a. O., juris Rdnr. 16).

Da es heutzutage zahlreiche in privater Rechtsform gewerblich tätige Organisationen gibt, die das Wort „Institut“ in ihrer Firma führen (zum Beispiel Kreditinstitut, Finanzdienstleistungsinstitut, Kosmetikinstitut, Bestattungsinstitut, Reinigungsinstitut), führt – wie von der älteren Rechtsprechung angenommen – alleine die Bezeichnung „Institut“ für sich betrachtet den angesprochenen Verkehr nicht mehr zu der Vorstellung, es handele sich um eine öffentliche oder unter öffentlicher Aufsicht oder Förderung stehende, der Allgemeinheit und der Wissenschaft dienende Einrichtung mit wissenschaftlichem Personal, nicht aber um einen privaten Gewerbebetrieb oder um eine private Vereinigung (so noch BGH, Urteil vom 16.10.1986, I ZR 157/84, juris Rdnr. 23 zu § 3 UWG a. F., jetzt § 5 UWG; zu § 18 Abs. 2 HGB a. F. BayObLG, Beschluss vom 26.04.1990, BReg 3 Z 167/89, juris Rdnr. 25; zu § 18 Abs. 2 HGB n. F. noch Senat, a. a. O., Rdnr. 17; OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rdnr. 3; KG, Beschluss vom 26.10.2011, 25 W 23/11, juris Rdnr. 10). Dies gilt, obwohl der Begriff „Institut“ nach wie vor als Bezeichnung für eine wissenschaftliche Betriebseinheit einer Hochschule verwendet wird (vgl. zum Beispiel BayObLG, a. a. O., Rdnr. 18; OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rdnr. 4). So findet sich bei google zu den Stichworten „Institut“ und „GmbH“ zahlreiche Verweise auf Institute für Moderation

und Management, für Facility Management, für Mitbestimmung, für Innovation und Transfer, ein Institut für Führungskräfte, das IST Studieninstitut, das Zukunftsinstitut und vieles mehr. Letztlich kann die Frage, ob und inwieweit vor dem dargestellten Hintergrund die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht fortentwickelt werden müssen, auf sich beruhen.

Denn auch bei Anwendung der bisherigen Rechtsgrundsätze folgt aus der Verwendung des Worts „Institut“ in der Firma vorliegend keine Irreführung. Danach muss die Bezeichnung „Institut“ für ein Privatunternehmen zur Vermeidung von Irreführungen mit klaren Hinweisen versehen werden, die einen solchen Charakter außer Zweifel stellen. Dabei kommt es stets auf die konkrete Art des Gebrauchs, insbesondere die im Zusammenhang mit dem Begriff „Institut“ verwendeten weiteren Bestandteile der Bezeichnung oder auf sonstige im Zusammenhang damit benutzte Angaben an (BGH, a. a. O., Rdnr. 23 zu § 3 UWG a. F.; zu § 18 Abs. 2 HGB BayObLG, a. a. O., Rdnr. 25; OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rdnr. 4; KG, a. a. O., juris Rdnr. 11). Dabei reicht die Angabe des Rechtsformzusatzes, zum Beispiel GmbH in der Regel nicht aus, um die Täuschungseignung auszuschließen (Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries, HGB, 3. Akademie, Institut, Anstalt, Seminar, Kolleg, Rdnr. 50 f., OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rdnr. 4; vgl. Senat, a. a. O., Rdnr. 17 zu e. K.; KG, a. a. O., Rdnr. 12 zu e. V.).

Eindeutig als nicht täuschungsg geeignet und somit zulässig sind Bezeichnungen wie zum Beispiel Beerdigungs-, Detektiv-, Eherechts- und Meinungsforschungsinstitut sowie Institut für Schönheitspflege beurteilt worden (vgl. BayObLG, a. a. O., juris Rdnr. 23). Etwas anderes wurde angenommen, wenn die Tätigkeitsangabe im Zusammenhang mit der Bezeichnung „Institut“ den Eindruck wissenschaftlicher Betätigung erweckt, zum Beispiel bei Deutsches Vorsorgeinstitut, Kardiologisches Institut, Institut für Marktanalysen, Institut für Zelltherapie, Institut für physikalische Therapie, Institut für steuerwissenschaftliche Information, Institut für Politik und Wirtschaftswissenschaften, Dolmetscher-Institut (Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries, HGB, 3. Akademie, Institut, Anstalt, Seminar, Kolleg, Rdnr. 50 mit Nachweisen zu der hierzu ergangenen Rechtsprechung).

Nach diesen Grundsätzen ist – bei der im Hinblick auf die Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gebotenen grundrechtskonformen Auslegung des § 18 Abs. 2 HGB – eine Irreführung durch die Firma „Institut für Einfachheit“ nicht ersichtlich. Der Namenszusatz „für Einfachheit“ ist weder identisch mit universitären Studiengängen oder Forschungszweigen noch weist er auf eine bestimmte Fachrichtung hin. Er ist auch nicht geeignet, die Vorstellung einer wissenschaftlichen Einrichtung, die mit dem Wort „Institut“ verbunden werden könnte, zu verstärken (vgl. KG, a. a. O., Rdnr. 12).

(...)

15. Zur unverzüglichen Aufnahme in das Handelsregister gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22

GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 2

HGB § 13h Abs. 2 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Im Rahmen von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG kommt es für die Unverzüglichkeit auf die Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister an.**
2. **Dabei ist auch die verspätete Einreichung durch die Notarin als schuldhaftes Zögern im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG anzusehen.**
3. **Unverzüglich im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist eine Einreichung zum Handelsregister allenfalls dann, wenn sie innerhalb einer Frist von höchstens zwei Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt. Eine Zeitspanne von über zwei Wochen lässt sich schon begrifflich nicht mehr als unverzüglich ansehen und ist weder mit dem Normzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG noch mit dem Ausnahmecharakter von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vereinbar.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die betroffene Gesellschaft und Beschwerdeführerin ist im Handelsregister des AG (...) unter der HRB (...) mit Sitz in (...) eingetragen.

2 Der vormalige, in der Gesellschafterliste des Handelsregisters auch als solcher geführte Alleingesellschafter und auch im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragene Herr S1 übertrug seine Geschäftsanteile an der betroffenen GmbH mit notariellem Vertrag vom 04.05.2022 (UVZ-Nr. [...]7/2022 der Notarin X aus Y, dort Ziffer I) auf Herrn R1. Nach Anteilsübertragung hielt der neue (Allein-)Gesellschafter ausweislich derselben notariellen Urkunde (unter Ziffer II) eine Gesellschafterversammlung ab. Er berief den vorherigen Geschäftsführer ab, bestellte sich als Geschäftsführer und verlegte den Sitz der Firma unter entsprechender Satzungsänderung nach Z (...).

3 Die beglaubigte Anmeldung durch den neuen Gesellschafter in seiner Eigenschaft als neu bestellter Geschäftsführer vom 04.05.2022 auf Eintragung der Abberufung des vorherigen und Bestellung des neuen Geschäftsführers sowie der Sitzverlegung nach Z (UVZ-Nr. [...]8/2022 der Notarin X aus Y) hat die Notarin unter Beifügung der Gesellschafterliste, die nunmehr den neuen Gesellschafter als alleinigen Gesellschafter verzeichnete, am 31.05.2022 beim Handelsregister des AG (...) eingereicht.

4 Das Handelsregister des AG (...) hat den Antrag unter Bezugnahme auf § 13h Abs. 2 Satz 1 HGB an das Handelsregister des AG (...) weitergeleitet.

5 Mit Schreiben vom 19.07.2022 hat das Handelsregister des AG (...) mitgeteilt, dass die Anmeldung zurückzunehmen sei, ansonsten müsse der Antrag zurückgewiesen werden. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG könnten Gesell-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

schafter ihre Gesellschafterrechte nur ausüben, wenn sie in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste gemäß § 40 GmbHG eingetragen seien. Hier habe nicht der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter, sondern der neue Gesellschafter die Rechtshandlungen (Geschäftsführerabberufung, Geschäftsführerbestellung und Änderung des Gesellschaftsvertrages) beschlossen. Wenn Gesellschafter nicht in der Liste eingetragen seien, würden Rechtshandlungen nur dann als wirksam gelten, wenn die entsprechende Gesellschafterliste unverzüglich nach der vorgenommenen Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen werde. Ohne besondere Umstände könne man eine Aufnahme der Liste innerhalb von drei Wochen noch als unverzüglich annehmen. Die Gesellschafterliste sei erst am 31.05.2022 zum Handelsregister eingereicht worden. Da zwischen Rechtshandlung und Einreichung der Liste durch die Notarin fast vier Wochen liegen würden, könne dies nicht mehr als unverzüglich gelten. Die Beschlüsse der Gesellschaft seien daher als endgültig unwirksam anzusehen, der neue Gesellschafter sei demzufolge nicht wirksam zum Geschäftsführer bestellt und habe die Gesellschaft auch nicht bei der Anmeldung wirksam vertreten können.

6 Mit dem angegriffenen Beschluss vom 16.08.2022 hat das Handelsregister des AG (...) den Antrag auf Eintragung der Sitzverlegung nach Z unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Schreiben vom 19.07.2022 zurückgewiesen.

7 Hiergegen richtet sich die durch die Notarin eingelegte Beschwerde vom 13.09.2022, in der auf ein Schreiben vom 04.08.2022 Bezug genommen wird. Wegen der besonderen Situation aufgrund der Coronapandemie und Fachkräftemangel, der auch im Notariat nicht Halt mache, sei eine zügigere Bearbeitung nicht möglich gewesen. Zudem sei der Gesellschafterbeschluss gleichzeitig mit der Anteilsübertragung erfolgt, sodass der vorherige Gesellschafter an der Beurkundung mitgewirkt habe.

8 Mit Schreiben vom 15.09.2022 hat das Handelsregister des AG (...) die Notarin darauf hingewiesen, dass ein Schreiben vom 04.08.2022 nicht vorliege und um Nachreichung gebeten werde. An dem Gesellschafterbeschluss des neuen Gesellschafters habe der vorherige Gesellschafter nicht mitgewirkt.

9 Nachdem trotz Erinnerung vom 13.10.2022 kein Eingang zu verzeichnen war, hat das Handelsregister des AG (...) der Beschwerde durch Beschluss vom 04.11.2022 nicht abgeholfen und dem Schleswig-Holsteinischen OLG vorgelegt. Der Gesellschafterbeschluss sei ausweislich der Urkunde durch den neuen Gesellschafter erfolgt. Der vorherige Gesellschafter habe lediglich an der Geschäftsanteilsübertragung mitgewirkt. Ein Schreiben vom 04.08.2022 habe nach wie vor nicht vorgelegen. Auf die Begründung im Übrigen wird Bezug genommen.

10 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

11 Das Handelsregister des AG (...) hat die Anmeldung der Sitzverlegung zu Recht zurückgewiesen.

12 Das Handelsregister des AG (...) war zur Prüfung der Ordnungsgemäßheit der Sitzverlegung berufen, § 13h Abs. 2 Satz 3 HGB.

13 Vorliegend ist die Sitzverlegung nicht ordnungsgemäß erfolgt, weil die diesbezügliche Beschlussfassung der GmbH und die entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages unwirksam ist. Zudem konnte die Anmeldung für die betroffene Gesellschaft nicht durch den neuen Gesellschafter vorgenommen werden, da er nicht wirksam zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wurde.

14 Die Sitzverlegung und die Bestellung des neuen Gesellschafters zum Geschäftsführer ist am 04.05.2022 entgegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch einen nicht in der Gesellschafterliste des Handelsregisters eingetragenen Gesellschafter beschlossen worden (dazu Ziffer 1.). Der Beschluss ist auch nicht gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG durch Aufnahme einer aktuellen Liste in das Handelsregister unverzüglich nach Beschlussfassung wirksam geworden (dazu Ziffer 2.).

15 1. Der Beschluss vom 04.05.2022, durch den sich der neue Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt und den Sitz der Gesellschaft verlegt hat, ist gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG unwirksam, weil eine neue Liste, die ihn als Gesellschafter ausweist, zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch nicht in das Handelsregister aufgenommen wurde (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 37 zur Neufassung von § 16: „Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt.“).

16 Es reicht auch nicht etwa aus, dass die Übertragung der Geschäftsanteile für das Handelsregister aus der eingereichten Urkunde vom 04.05.2022 erkennbar war. Die Mitteilung oder selbst der Nachweis der Änderung ist für die Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 GmbHG nicht ausreichend, erforderlich ist die Eintragung der Veränderung in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 16 Rdnr. 9).

17 2. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 04.05.2022, insbesondere die Bestellung des neuen Gesellschafters zum Geschäftsführer, ist auch nicht nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG wirksam geworden. Danach gilt eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von Anfang an wirksam, wenn die (aktuelle) Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird.

18 Vorliegend fehlt es an der von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG geforderten Unverzüglichkeit der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister. Es kommt für die Unverzüglichkeit auf die Einreichung der Liste an (dazu lit. a)), Verzögerungen durch die zur Einreichung verpflichtete Notarin sind der anmeldenden Person zuzurechnen (dazu lit. b)), die

Einreichung knapp vier Wochen nach Beschlussfassung war nicht mehr unverzüglich (dazu lit. c)).

19 a) Dabei ist umstritten, ob die Gesellschafterliste auch unverzüglich in das Handelsregister hätte aufgenommen werden müssen, damit § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG greift oder ob eine unverzügliche Einreichung der Liste ausreicht (vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbH-Gesetz Kommentar, § 16 Rdnr. 49 m. w. N. zum Meinungsstand).

20 Der Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG legt nahe, dass es auf die unverzügliche Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister ankommt (vgl. etwa *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909).

21 Aus Sicht des Senates kommt es jedoch auf die Einreichung der Liste an (ebenso: Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbH-Gesetz Kommentar, § 16 Rdnr. 49). Hierfür spricht der Rechtsgedanke des § 167 ZPO (*Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909).

22 Zudem bedeutet Unverzüglichkeit nach § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern. Kommt es trotz einer zeitnahen Einreichung der Liste zu einer zeitlich verzögerten Eintragung, weil das Handelsregister den Fall nicht (ausreichend) zügig bearbeitet, kann kein Verschulden auf Seiten des Anmeldenden mehr angenommen werden. Dies gilt vor allem angesichts der einschneidenden Rechtsfolge des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbH: Dem materiell berechtigten Erwerber wird die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, von ihm getroffene Rechtshandlungen bleiben unwirksam. Eine verzögerte Bearbeitung durch das Handelsregister kann daher bei zeitnaher Einreichung der aktuellen Gesellschafterliste nicht zulasten des neuen Gesellschafters gehen.

23 b) Vorliegend wurde die Gesellschafterliste erst knapp vier Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung durch die beurkundende Notarin beim Handelsregister eingereicht. Dabei ist auch die verspätete Einreichung durch die Notarin als schuldhaftes Zögern im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG anzusehen (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbH-Gesetz Kommentar, § 16 Rdnr. 49 m. w. N.; a. A. Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 16 GmbHG Rdnr. 25 m. w. N.: nur bei Verschulden des Erwerbers). Für diese Sichtweise spricht, dass die beurkundende Notarin für die anmeldende Person tätig wird und sie im Verfahren gegenüber dem Registergericht vertritt. Es gilt schließlich die Vermutung, dass die Notarin zu Antragstellung, Antragsergänzung, Antragsrücknahme sowie zur Beschwerdeführung als bevollmächtigt gilt, § 378 Abs. 2 FamFG.

24 c) Die Gesellschafterliste ist vonseiten der Notarin nicht unverzüglich gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eingereicht worden, weil sie erst knapp vier Wochen nach der vorgenommenen Rechtshandlung beim Handelsregister eingereicht wurde.

25 Gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG muss die Gesellschafterliste von der Notarin unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 BGB), nach Wirksamwerden der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen erstellt, unterzeichnet und beim Handelsregister eingereicht werden

(vgl. MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rdnr. 280). Regelmäßig wird man der Notarin eine Frist von höchstens 14 Tagen zubilligen können (vgl. MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 280).

26 Maßgeblicher Bezugspunkt für die Unverzüglichkeit der Einreichung als Wirksamkeitserfordernis gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist die Vornahme der Rechtshandlung – hier der Beschlussfassung – (OLG München, Urteil vom 30.03.2022, 7 U 5926/21, juris Rdnr. 32: Ein enger zeitlicher Zusammenhang auch zwischen dem materiellrechtlichen Erwerb der Gesellschafterstellung und der Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister ist nicht erforderlich).

27 Unverzüglich im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist eine Einreichung zum Handelsregister allenfalls dann, wenn sie innerhalb einer Frist von höchstens zwei Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt.

28 Soweit vereinzelt ein Zeitablauf vom Eintritt der Veränderung bis zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste beim Handelsregister von etwa vier Wochen als ausreichend angesehen wird (vgl. etwa Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 16 Rdnr. 47), ist dies abzulehnen, weil keine Unverzüglichkeit mehr vorliegt (ebenso Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbH-Gesetz Kommentar, § 16 Rdnr. 49; *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909; *Barthel*, GmbHR 2009, 569, 570 Fn. 6: Obergrenze zwei Wochen; ähnlich *Eising*, GmbHR 2008, R17, R18: Übermittlung der Gesellschafterliste (erst) drei Wochen später ist nicht mehr unverzüglich).

29 Eine Zeitspanne von über zwei Wochen lässt sich im vorliegenden Kontext schon begrifflich nicht mehr als unverzüglich ansehen (lit. aa)) und ist weder mit dem Normzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (lit. bb)) noch mit dem Ausnahmecharakter von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vereinbar (lit. cc)).

30 aa) Unverzüglich – ohne schuldhaftes Verzögern – ist eine Einreichung begrifflich nur dann, wenn sie zeitnah erfolgt. Bei der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste handelt es sich um einen überschaubaren Vorgang, der – zumal durch ein Notariat – routiniert und schnell binnen weniger Werktagen abgewickelt werden kann und um dem Anspruch der Unverzüglichkeit zu genügen dann auch innerhalb von wenigen Werktagen abgewickelt werden muss. Unverzüglich, also ohne schuldhaftes Verzögern ist eine Einreichung nach Ablauf von zwei Wochen regelmäßig nicht mehr.

31 bb) Für eine enge Auslegung spricht auch die ratio legis. Die Aufnahme der Liste als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Ausübung von Gesellschafterrechten nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dient dem Zweck Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen und Geldwäsche zu verhindern (BT-Drucks. 16/6140, S. 37 zur Neufassung von § 16). Indem der Erwerber durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ein Eigeninteresse an einer zeitnahen Eintragung in die Gesellschafterliste hat, soll erreicht werden, dass der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar ist (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38 zur Neufassung von § 16).

32 cc) Dabei soll die Sonderregelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bereits dem Bedürfnis der Praxis Rechnung tragen, dass der Erwerber die Möglichkeit hat, unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs und bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister Rechtshandlungen in Bezug auf die Gesellschaft vorzunehmen insbesondere Satzungsänderungen und Bestellung neuer Geschäftsführer (BT-Drucks. 16/6140, S. 37-38 zur Neufassung von § 16). Als Ausnahmeregelung ist sie zwingend eng auszulegen.

33 Unter welchen (außergewöhnlichen) Umständen im Ausnahmefall die Einreichung einer Gesellschafterliste nach Ablauf von zwei Wochen als ohne schuldhaftes Zögern und damit noch als unverzüglich anzusehen sein könnte, kann vorliegend offenbleiben. Der lediglich schlagwortartige Verweis der Notarin auf die Coronapandemie und den Fachkräftemangel genügt schon im Ansatz nicht.

34 Nachdem die Gesellschafterliste nicht mehr unverzüglich nach den vorgenommenen Beschlüssen eingereicht wurde, sind diese endgültig unwirksam (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 37-38 zur Neufassung von § 16: „Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 sind derartige Rechtshandlungen zunächst schwebend unwirksam. Sie werden wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, so sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam.“; KG, Beschluss vom 20.08.2019, 22 W 1/18, juris Rdnr. 31).

(...)

•

16. Versicherungspflicht einer Prokuristin

LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.11.2022, L 9 KR 464/20 WA

GmbHG § 53 Abs. 2 Satz 1
SGB IV §§ 7, 28h Abs. 2 Satz 1

LEITSATZ:

Wird im Fall einer Minderheitsgesellschafterin einer GmbH (1 % Gesellschafteranteil), mit der ein Prokuristenvertrag abgeschlossen wurde, im Gesellschaftsvertrag festgelegt, dass alle Beschlüsse einstimmig zu treffen sind, gleichzeitig aber § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG für anwendbar erklärt, hat die Minderheitsgesellschafterin nicht die (konfliktfeste) Rechtsmacht, Weisungen an sich zu verhindern, weil die übrigen Gesellschafter das satzungsrechtliche Einstimmigkeitsprinzip ohne die Zustimmung der Minderheitsgesellschafterin ändern können.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

41 Die Beigeladene zu 2 war als Prokuristin ab dem 01.12.2012 bei der Beigeladenen zu 1 gegen Entgelt beschäftigt. Sie war nach Weisungen tätig und in die Arbeitsorganisation der beigeladenen GmbH eingegliedert. Wie

das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat, ist maßgebend dafür zunächst der zwischen den Beigeladenen zum 01.12.2012 geschlossene Prokuristenvertrag. Dieser enthält – wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat – typische Elemente einer Beschäftigung, wie zum Beispiel ein Anspruch auf ein festes monatliches Gehalt, welches die Beigeladene zu 1 als Lohn/Gehalt und Betriebsausgabe, hingegen nicht als Gewinn-Vorwegentnahme (der Minderheitsgesellschafterin) verbuchte. Die Beigeladene zu 2 hat einen vertraglich festgelegten Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen. Dieser übersteigt zwar den Urlaubsanspruch, den Arbeitnehmer gemäß § 3 BUrlG kraft Gesetzes haben (24 Werktage). Diese im Vergleich zum Gesetz umfangmäßige Privilegierung spricht aber nicht gegen, sondern für eine Beschäftigung und gegen eine Selbstständigkeit. Die Beigeladene zu 2 hatte Anspruch auf Nutzung eines Dienstwagens, auch für private Fahrten (widerruflich), die Privatnutzung umfasste sogar die Fahrzeugführung durch weitere Personen (M P und in Ausnahmefällen Familienangehörige). Dass sie nach dem Vertrag keinen Weisungen hinsichtlich ihrer Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der -dauer unterlag, ist für leitende Angestellte von Unternehmen keine untypische Vereinbarung. Maßgebend bleibt die Eingliederung in einen (fremden) Betrieb. Damit spricht dieses Merkmal nicht ohne Weiteres für eine selbstständige Tätigkeit. Gleiches gilt für die ihr eingeräumte Befugnis, im Rahmen der Prokura von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit zu sein, d. h., berechtigt zu sein, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Auch diese Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist für leitende Angestellte eines Unternehmens keinesfalls untypisch oder gerade Ausdruck einer selbstständigen Tätigkeit. Außerdem führte die Beigeladene zu 1 Lohnsteuer ab. Entscheidend ist im vorliegenden Fall vor diesem Hintergrund, dass die Beigeladene zu 2 nicht in der Lage war, Weisungen an sich als Prokuristin kraft ihrer Stellung als (Minderheits-)Gesellschafterin jederzeit zu verhindern. Zwar besaß sie aufgrund der zum 01.12.2012 beschlossenen und auch im Handelsregister eingetragenen Änderung der Satzung der beigeladenen GmbH eine Sperrminorität. Ab diesem Zeitpunkt hatten gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 der Satzung Beschlüsse der Gesellschaft einstimmig zu erfolgen. Daraus folgte, dass die Beigeladene zu 2 solche Gesellschafterbeschlüsse mit ihrem 1%igen Stimmanteil verhindern konnte (sog. Sperrminorität). Dies verlieh ihr aber aus zwei Gründen nicht die Rechtsmacht, Weisungen an sich als Prokuristin zu verhindern. Als Prokuristin unterstand sie zum einen den Weisungen der Geschäftsführer. Sie konnte die Weisungen nicht kraft ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung verhindern. Denn die GmbH wird durch ihre Geschäftsführer vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Im Fall der Beigeladenen zu 1 bestimmte § 5 Abs. 4 der Satzung (in

der Fassung 12.03.2012), dass im Innenverhältnis zwischen den Geschäftsführern und der Gesellschaft sich die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer auf die „Wahrnehmung aller Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt“, erstreckte. Die Gesellschafterversammlung konnte Zustimmungserfordernisse durch Gesellschafterbeschluss, durch Erlass einer Geschäftsordnung oder im Rahmen eines Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer festlegen (§ 5 Abs. 4 Satz 2 der Satzung). Solche Zustimmungserfordernisse sind aber weder in der Satzung der Beigeladenen zu 1 enthalten noch ist nachgewiesen, dass sie in den Geschäftsführerverträgen enthalten waren. Daraus ergab sich, dass die Geschäftsführer im Rahmen des gewöhnlichen, d. h. des laufenden Geschäftsbetriebs keinen Beschränkungen im Sinne von Zustimmungserfordernissen seitens der Gesellschafterversammlung unterlagen. Sie waren frei, ihren Angestellten, so auch der Prokuristin, im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs Einzelweisungen zu erteilen. Diese waren nicht von einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig, konnten von dieser also auch nicht unterbunden werden. Soweit die Geschäftsführer ihrerseits grundsätzlich den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegen, konnten diese nicht den laufenden Betrieb betreffen.

42 Außerdem war die gesellschaftsvertragliche Sperrminorität, die sich aus dem Einstimmigkeitsprinzip des § 10 Gesellschaftsvertrag ergab, nicht konfliktfest, denn sie war nicht unabänderlich. § 10 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags in der Fassung des Beschlusses vom 21.11.2012, erklärte § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ausdrücklich für anwendbar. Dieser bestimmt, dass der einen Gesellschaftsvertrag abändernde Beschluss (der Gesellschafter) einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf. Auf § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, wonach der Gesellschaftsvertrag noch andere Erfordernisse aufstellen kann, nimmt die Satzung gerade nicht Bezug. Daraus folgt, dass auch das gesellschaftsvertragliche Einstimmigkeitsprinzip mit einer satzungsändernden Mehrheit von drei Viertel geändert werden konnte. Da die Beigeladene zu 2 nur 1 % der Gesellschaftsanteile hielt, konnte sie eine Aufhebung des Einstimmigkeitsprinzip durch einen satzungsändernden Beschluss der übrigen Gesellschafter nicht verhindern. Sie konnte einen solchen Beschluss im Ergebnis auch nicht durch bloßes Nichterscheinen verhindern. § 9 Abs. 2 Satz 1 der Satzung bestimmte zwar, dass zur Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung 100 % des Stammkapitals vertreten sein musste. Satz 2 bestimmte aber ergänzend, dass, wenn eine Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig ist, eine neue mit gleicher Tagesordnung zu laden ist, die dann ohne Rücksicht auf die Zahl der Erschienenen oder des (anwesenden) Kapitals beschlussfähig ist.

43 Aus beidem folgt, dass die Beigeladene zu 2 als Gesellschafterin im Konfliktfall Weisungen der Geschäftsführung an sich nicht verhindern konnte. Die notwendige (gesellschaftsrechtliche oder -vertragliche) Rechtsmacht war aus gleich zwei Gründen nicht konfliktfest ausgestaltet. Auf eine Schönwetter-selbstständigkeit können sich die Beigeladenen nicht berufen.

44 Keine andere Beurteilung rechtfertigt § 9 Abs. 2 des Prokuristenvertrags. Dieser bestimmte zwar, dass Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags, wozu grundsätzlich auch seine Kündigung gehören dürfte, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurften. Die Beigeladene zu 2 hätte auf Grundlage dieser Bestimmung ihre eigene Kündigung als Prokuristen zwar verhindern können, nicht aber Einzelweisungen oder daran knüpfende Maßnahmen wie eine Abmahnung durch die Geschäftsführung. Allein darauf kommt es aber nach den sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben an (vgl. BSG, Urteil vom 29.06.2016, B 12 R 5/14 R, Rdnr. 36 ff. zur Prokuristin). Dass dies für Minderheitsgesellschaftler-Geschäftsführer unter Umständen abweichend zu beurteilen sein kann, ist im Fall der Beigeladenen ohne Belang.

45 Die Beigeladene zu 2 hatte schließlich kein relevantes Unternehmerrisiko zu tragen. Der Einsatz ihrer Arbeitskraft erfolgte in Anbetracht des monatlichen Festgehältes nicht mit dem ungewissen Risiko eines Erfolges.

46 Auf Vertrauensschutz können sich die Beigeladenen gegenüber der Feststellung der Rentenversicherungspflicht nicht berufen. Soweit die Klägerin die Klage nicht verwirkt hat (dazu oben), kommt ihr im Verhältnis zu den Beigeladenen § 49 SGB X zugute. Die Regelungen zum Vertrauensschutz kommen nach dieser Verfahrensbestimmung nicht zur Anwendung, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, u. a. während des sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch u. a. der Klage stattgegeben wird. Von einem solchen Fall ist hier auszugehen. Der rechtswidrig die Beigeladenen begünstigende Feststellungs-Bescheid der Beklagten beschwert die Klägerin (als Dritte). Der Bescheid wird mit einem kassatorischen Urteil zum Schutz der Rechte der Klägerin aufgehoben.

47 Im Übrigen konnten die Beigeladenen nicht darauf vertrauen, dass die Tätigkeit als Prokuristin 2013 – zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides – sozialversicherungsfrei war. Bereits in der Entscheidung vom 27.05.1998 (B 11 AL 71/97 R) hat das BSG für den Fall, in dem ein Minderheitsgesellschaftler mit Sperrminorität kein Geschäftsführer der GmbH ist, ausgeführt, nur für den Geschäftsführer, der mit seiner Sperrminorität ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft verhindern könne, sei eine abhängige Beschäftigung grundsätzlich zu verneinen, nicht aber für einen anderen Minderheitsgesellschaftler ohne Geschäftsführerbestellung. Denn nur der Geschäftsführer sei an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Bei einem angestellten Minderheitsgesellschaftler (im Fall des BSG einem Kaufmann) erschöpfe sich die durch die Sperrminorität vermittelte Rechtsmacht allein darin, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Damit könne dieser aber – da er nicht Geschäftsführer sei – den Geschäftsbetrieb weder bestimmen noch einen maßgebenden gestalterischen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen (BSG, a. a. O., juris Rdnr. 17). Vor diesem Hintergrund konnten die Beigeladenen im Jahr 2013 keineswegs darauf vertrauen, dass die Feststellung der Selbstständigkeit für die



Beigeladene zu 2 in dem angefochtenen Bescheid im Fall einer Anfechtung Bestand haben konnte.

48 III. Im Hinblick auf den Statusfeststellungsantrag der beiden Beigeladenen, über den die Beklagte eine inhaltlich unrichtige Feststellung getroffen hat, haben die Beteiligten wegen der gerichtlichen Aufhebung der Feststellung Anspruch darauf, dass durch das Gericht festgestellt wird, ob eine Rentenversicherungspflicht für die Beigeladene zu 2 ab dem 01.12.2012 bestand. Dies ist – wie oben ausgeführt – zu bejahen.

(...)

17. Aufnahme einer Gesellschafterliste bei einem vollständigen Gesellschafterwechsel

KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22

GmbHG § 16 Abs. 1, § 40

LEITSATZ:

Im Rahmen der beschränkten und im Grundsatz nur auf die formellen Aspekte ausgerichteten Prüfung bezüglich der Aufnahme einer Gesellschafterliste bei einem vollständigen Gesellschafterwechsel ist grundsätzlich an dem Erfordernis festzuhalten, dass der Unterzeichnende durch seine bestehende Eintragung im Register ausreichend als Geschäftsführer ausgewiesen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1, eine GmbH, ist seit dem 11.04.1967 im Handelsregister Abteilung B des AG Charlottenburg eingetragen. Sie ist zugleich einzige persönlich haftende Gesellschafterin der in Abteilung A des Handelsregisters eingetragenen M Verwaltungs GmbH & Co. KG (im Folgenden: KG). Die KG wiederum wird in der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste als Alleingesellschafterin der Beteiligten zu 1 ausgewiesen.

2 Im September 2020 reichte die Beteiligte zu 2 eine von ihr als Geschäftsführerin unterschriebene und sie als Alleingesellschafterin der Geschäftsanteile mit einem Gesamtnennbetrag von 4,5 Mio. € ausweisende Gesellschafterliste vom 14.09.2020 ein. Die Beteiligte zu 2 war seit Anfang 2015 als Geschäftsführerin der Beteiligten zu 1 eingetragen, wobei sie nach der allgemeinen Vertretungsregelung zur Vertretung gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer befugt war. Seit Mai 2020 ist neben dem früheren Alleingesellschafter Dr. X sein Sohn Prof. Dr. Y mit Alleinvertretungsbefugnis als Geschäftsführer eingetragen. Die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Geschäftsführerin ist in Vollzug einer Anmeldung vom 16.06.2020, die auch zu diesem Zeitpunkt eingereicht worden ist, am 17.09.2021 gelöscht worden.

3 Der frühere Alleingesellschafter der Beteiligten zu 1, der neben der Beteiligten zu 2 auch einziger weiterer Kommanditist der KG war, ist am 09.09.2020 verstorben. Die Betei-

ligte zu 2 streitet mit der Beteiligten zu 1 und dem Sohn des früheren Alleingesellschafters darüber, ob sie nach wie vor Geschäftsführerin ist oder wieder bestellt wurde, ob die Übertragung der Geschäftsanteile an der Beteiligten zu 1 auf die KG wirksam war oder rückabgewickelt ist und ob das Vermögen der KG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Ausscheiden des früheren Alleingesellschafters und der Beteiligten zu 1 auf sie übergegangen ist.

4 Auf die Einreichung der Liste teilte das AG zunächst mit Schreiben vom 21.01.2021 mit, dass die eingereichte Gesellschafterliste vom 14.09.2020 aus formellrechtlichen Gründen zu beanstanden sei. Eine Aufnahme der Liste in den Registerordner setze die Eintragung des Übergangs des Vermögens auf die Beteiligte zu 2 im Register der KG voraus. Darüber hinaus sei sie nicht von einem Geschäftsführer unterschrieben. Die gegen diese als Zwischenverfügung angesehene Anordnung gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 hatte Erfolg, soweit das AG eine Eintragung des Vermögensübergangs im Register der KG zur Voraussetzung gemacht hat. Der Senat hat die Zwischenverfügung insoweit aufgehoben. Im Übrigen wurde die Beschwerde mit Beschluss vom 17.05.2022 zurückgewiesen.

5 Nachdem die Sache beim AG wieder eingegangen ist, hat es den Antrag auf Aufnahme der Gesellschafterliste vom 14.09.2020 mit Beschluss vom 16.06.2022 zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte zu 2 mit einem am 14.07.2022 eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Das AG hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 15.07.2022 zur Entscheidung vorgelegt.

6 II. 1. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdebefugnis nach § 59 Abs. 1 und 2 FamFG ergibt sich daraus, dass die Beteiligte zu 2 geltend macht, sie sei Geschäftsführerin und aus diesem Grund nach § 40 Abs. 1 GmbHG zur Einreichung der Gesellschafterliste vom 14.09.2020 verpflichtet (vgl. dazu schon Senat, Beschluss vom 17.05.2022, 22 W 22/22). Das Versterben des früheren Alleingesellschafters habe zu einer Änderung der Gesellschafterstruktur der Beteiligten zu 1 geführt. Die Beschwerde ist auch form- und fristgerecht innerhalb der Monatsfrist nach § 63 Abs. 1 FamFG eingegangen. Der Beschwerdewert wird erreicht. Die wirtschaftliche Bedeutung der Aufnahme der die Beteiligte zu 2 als Gesellschafterin ausweisenden Gesellschafterliste übersteigt den in § 61 Abs. 1 FamFG genannten Betrag.

7 2. Die Beschwerde hat aber keinen Erfolg.

8 Der Senat hat bereits in dem Beschluss vom 17.05.2022 ausgeführt, dass die eingereichte Liste vom 14.09.2020 zu beanstanden ist, weil sie nicht von einem eingetragenen Geschäftsführer unterzeichnet ist. Die von der Beteiligten zu 2 gegen diese Auffassung erhobenen Bedenken greifen nicht durch.

9 a) Soweit die Beteiligte zu 2 aus der Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG schließt, dass ein Gesellschafter schon vor der Aufnahme der ihn als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste einen neuen Geschäftsführer

bestellen können muss, der auch die Liste nach § 40 Abs. 1 GmbHG unterschreibt, ändert dies nichts. Die Auffassung der Beteiligten setzt voraus, dass der als Gesellschafter Handelnde tatsächlich auch Gesellschafter ist. Dies für eine Anwendung im Rahmen des § 40 Abs. 1 GmbHG zu unterstellen, führt – wie der Senat bereits in dem Beschluss vom 17.05.2022 ausgeführt hat – zu der Verpflichtung des Registergerichts, Gesellschafterlisten auf Zuruf aufzunehmen. Dem steht schon die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entgegen, die etwa auch zulasten eines Erben dann angewandt wird, wenn der einzige eingetragene Gesellschafter verstorben ist (vgl. Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, 23. Aufl., § 16 Rdnr. 19; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl., Rdnr. 43; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 145; Michalski/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 96; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl., § 16 Rdnr. 41; Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl.; § 16 Rdnr. 19; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 6; BeckOK-GmbHG/Wilhelmi, Stand: 01.03.2022, § 16 Rdnr. 28). Es birgt zudem eine erhebliche Gefahr des Missbrauches in sich und wird den Zwecken des Handelsregisters nicht gerecht (vgl. dazu MünchKomm-HGB/Krafka, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 10; BeckOK-HGB/Müther, Stand: 01.08.2022, § 8 Rdnr. 4; Röhrich/Graf von Westphalen/Ries, HGB, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 4). Das Handelsregister dient der Offenbarung von Tatsachen und Rechtsverhältnissen der Kaufleute und Handelsgesellschaften, die für den Rechtsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind. Dem Registergericht kommt insoweit eine Kontrollfunktion hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der einzutragenden Tatsachen zu (BGH, Urteil vom 24.06.1982, III ZR 19/81, BGHZ 84, 285-292 Rdnr. 11; Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, juris Rdnr. 10; Ebenroth/Boujong/Schaub, HGB, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 47; MünchKomm-HGB/Krafka, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 10 Oetker/Preuß, HGB, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 5; BeckOK-HGB/Müther, § 8 Rdnr. 4). Insoweit sieht es der Senat als erforderlich an, im Rahmen der beschränkten und im Grundsatz nur auf die formellen Aspekte gerichteten Prüfung bezüglich der Aufnahme einer Gesellschafterliste grundsätzlich an dem Erfordernis festzuhalten, dass der Unterzeichnende durch seine bestehende Eintragung im Register ausreichend als Geschäftsführer ausgewiesen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, juris Rdnr. 5).

10 b) Ob insoweit Ausnahmen in Betracht kommen, muss im vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden werden. Denn eine Ausnahme wäre nur dann gerechtfertigt, wenn ohne eingehende Prüfung ausreichend sicher anzunehmen wäre, dass die als Geschäftsführer agierende Person tatsächlich Geschäftsführer ist. Dies ist hier entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 nicht der Fall. Schon der Vortrag der Beteiligten zu 2, der aufzeigen soll, dass keine berechtigten Zweifel an ihrer Gesellschafterstellung bestehen, obwohl sie entgegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht als Gesellschafterin gilt, macht deutlich, dass es einer eingehenden Prüfung bedürfte, um festzustellen, ob Zweifel angebracht sind oder nicht. Die Beteiligte zu 2 nimmt insoweit auf sechs Zivilprozessverfahren und zwei staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren Bezug, die – soweit nach

dem Vortrag ersichtlich – für die Frage ihrer Gesellschafterstellung allenfalls mittelbar Bedeutung haben. Die notwendige Prüfung dieses Vortrags ist im Rahmen des Verfahrens auf Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner nicht vorgesehen. Die Prüfung ist vielmehr auf die formalen Voraussetzungen beschränkt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.09.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84-95 Rdnr. 10; Senat, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, juris Rdnr. 5; OLG München, Beschluss vom 08.09.2009, 31 Wx 82/09, juris Rdnr. 5; OLG Bamberg, Beschluss vom 02.02.2010, 6 W 40/09, juris Rdnr. 12; Thüringer OLG, Beschluss vom 22.03.2010, 6 W 110/10, juris Rdnr. 12).

11 Die Beteiligte zu 2 wird durch die Auffassung des Senats auch nicht rechtlos gestellt. Der Senat hält an seinem Hinweis fest, dass die Beteiligte zu 2 – unter Umständen auch einstweiligen – Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann (vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, juris Rdnr. 39). Dass der eingetragene Geschäftsführer Maßnahmen ergriffen hat, wie etwa die Anmeldung ihrer Abberufung, von denen sie erst nach Vollzug Kenntnis erlangt hat, steht dem nicht entgegen. Gleiches gilt bezüglich der in Bezug auf die Gesellschaft erfolgten Firmenänderung, gerade wenn diese, wie die Beteiligte zu 2 meint, der Erschleichung bestimmter Berufungszuständigkeiten in den laufenden Zivilprozessen dient.

12 c) Dass die zum Zeitpunkt der Erstellung der Gesellschafterliste im September 2020 noch vorliegende Eintragung der Beteiligten zu 2 als Geschäftsführerin nicht ausreicht, folgt aus der Tatsache, dass sie nicht zur alleinigen Vertretung der Beteiligten zu 1 befugt war und der weitere Geschäftsführer nicht mitgewirkt hat (vgl. dazu Thüringer OLG, Beschluss vom 05.07.2011, 6 W 82/11, juris Rdnr. 12; Altmepfen, GmbHG, 10. Aufl., § 40 Rdnr. 32; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rdnr. 47; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 176; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 40 Rdnr. 35). Im Übrigen war ihre Abberufung bereits gerichtsbekannt beschlossen und angemeldet worden, die Eintragung des Ausscheidens aber noch nicht erfolgt.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Christian Linke, München

1. Sachverhalt

Der nicht ganz einfache und im Beschluss des KG etwas unklar dargestellte Sachverhalt lässt Interpretationsspielraum. Er sei daher an dieser Stelle für den geneigten Leser – wie er sich nach dem Verständnis des Verfassers darstellt – zusammengefasst:

Die verfahrensgegenständliche Gesellschafterliste wurde von der Beschwerdeführerin am 14.09.2020 unterschrieben und eingereicht. Sie weist die Beschwerdeführerin als Alleingesellschafterin der GmbH aus. Die Beschwerdeführerin war seit Anfang 2015 als Geschäftsführerin der GmbH eingetragen, wobei sie nach der allgemeinen Vertretungsregelung zur Vertretung gemein-

sam mit einem weiteren Geschäftsführer befugt war. Seit Mai 2020 ist neben dem am 09.09.2020 verstorbenen früheren Alleingesellschafter der GmbH dessen Sohn mit Einzelvertretungsbefugnis als Geschäftsführer eingetragen. Die Beschwerdeführerin war somit – ausweislich des Handelsregisters – bei Einreichung der Gesellschafterliste nicht einzelvertretungsberechtigt. Zum Zeitpunkt der Einreichung lag dem Registergericht zudem bereits eine Anmeldung vom 16.06.2020 über die Abberufung der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin vor. Mit deren Vollzug ist deren Eintragung als Geschäftsführerin am 17.09.2021 gelöscht worden.

Die GmbH ist als einzige persönlich haftende Gesellschafterin einer KG im Handelsregister eingetragen. Die KG wiederum wird in der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste der GmbH als deren Alleingesellschafterin ausgewiesen. Es handelt sich demnach um eine sog. Einheits-KG. Deren Kommanditisten waren die Beschwerdeführerin sowie der verstorbene frühere Alleingesellschafter der GmbH. Die Beschwerdeführerin streitet nun mit dem Sohn des verstorbenen früheren Alleingesellschafters der GmbH (laut Sachverhalt im Rahmen von sechs Zivilprozessverfahren sowie zwei staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren) zum einen darüber, ob sie nach wie vor Geschäftsführerin der GmbH ist oder wieder als solche (ggf. mit Einzelvertretungsbefugnis) bestellt wurde. Zum anderen besteht Uneinigkeit darüber, ob die Abtretung der Geschäftsanteile an der GmbH vom verstorbenen früheren Alleingesellschafter auf die KG wirksam war bzw. noch ist oder rückabgewickelt wurde und ob das Vermögen der KG aufgrund Anwachsung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Ausscheiden des früheren Alleingesellschafters und der GmbH auf die Beschwerdeführerin übergegangen ist. Der Sachverhalt lässt darauf schließen, dass die Beschwerdeführerin mit Einreichung der verfahrensgegenständlichen Gesellschafterliste ihre Position stärken wollte.

2. Entscheidung

Das KG hat die Beschwerde gegen den Beschluss des AG vom 16.06.2022, mit dem dieses die Aufnahme der Gesellschafterliste verweigert hatte, zurückgewiesen. Dabei hält es das KG bei einer vom Geschäftsführer einzureichenden Gesellschafterliste „im Rahmen der beschränkten und im Grundsatz nur auf die formellen Aspekte gerichteten Prüfung bezüglich der Aufnahme einer Gesellschafterliste grundsätzlich (...) [für erforderlich], dass der Unterzeichnende durch seine bestehende Eintragung im Register ausreichend als Geschäftsführer ausgewiesen ist.“¹ Die hiervon abweichende Auffassung, dass ein Gesellschafter schon vor der Aufnahme der ihn als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste einen neuen Geschäftsführer bestellen können muss, der auch die Liste nach § 40 Abs. 1 GmbHG unterschreibt, führe zu einer Verpflichtung des Registergerichts, Gesellschafterlisten auf Zuruf aufzunehmen. Ihr stehe bereits

die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entgegen, die etwa auch zulasten des Erben eines Alleingeschafters anzuwenden sei. Ein Verzicht auf die Eintragung des Einreichenden als Geschäftsführer berge zudem eine erhebliche Gefahr des Missbrauchs in sich und werde der Kontrollfunktion des Handelsregisters nicht gerecht. Ausnahmen hiervon wären nur dann gerechtfertigt, wenn ohne eingehende Prüfung ausreichend sicher anzunehmen ist, dass die als Geschäftsführer agierende Person tatsächlich Geschäftsführer ist.²

Das KG hält damit an seiner bereits im Jahr 2018 etablierten Auffassung fest. Zu einem ganz ähnlich gelagerten Sachverhalt der Einreichung einer Gesellschafterliste durch einen abberufenen, im Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr eingetragenen Geschäftsführer hatte es erstmals entschieden, dass der Einreichende als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen sein muss.³

3. Würdigung

Angesichts des eine Missbrauchsgefahr andeutenden Sachverhalts dürfte die Entscheidung des KG stark vom Ergebnis getrieben worden sein. Dies trifft ebenso auf die grundlegende Entscheidung des Gerichts aus dem Jahr 2018 zu. Im Ergebnis ist der Entscheidung des KG auch zuzustimmen. Die zur Begründung (auch der grundlegenden Entscheidung) etablierte Rechtsauffassung des Gerichts, dass der Unterzeichnende durch seine bestehende Eintragung im Register ausreichend als Geschäftsführer ausgewiesen sein muss, ist jedoch in dieser Pauschalität abzulehnen.

- a) Prüfung der Gesellschafterliste durch das Registergericht

Grundsätzlich sieht das Gesetz keine Prüfungspflicht des Registergerichts im Hinblick auf die Gesellschafterliste vor.⁴ Über ein Prüfungsrecht ist damit zwar noch nicht zwingend eine Aussage getroffen. Der Gesetzgeber ging bei der Reform der Gesellschafterliste durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und der Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) jedoch explizit davon aus, dass das „Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle“⁵ ist. Es „nimmt die Liste lediglich entgegen und hat keine inhaltliche Prüfungspflicht“.⁶ Aus der besonderen Bedeutung der mit der Aufnahme der Gesellschafterliste eintretenden Publizitätswirkungen ergibt sich zudem, dass bei der Aufnahme der Liste keine

1 Rdnr. 9 der besprochenen Entscheidung.

2 Rdnr. 9 f. der besprochenen Entscheidung.

3 KG, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, MittBayNot 2019, 285.

4 Wachter, NZG 2009, 1001, 1002; D. Mayer, MittBayNot 2014, 24, 26.

5 BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

6 BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

Verzögerungen eintreten dürfen.⁷ Erst mit Aufnahme der Liste wird der eingetragene Gesellschafter gegenüber Gesellschaft und Dritten als solcher legitimiert (§ 16 GmbHG). Insbesondere die Ausübung von Gesellschafterrechten ist ihm zuvor verwehrt. Im Hinblick auf das Fehlen einer „strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste“⁸ wurde der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen im Vergleich zum Grundstücksrecht daher schwächer ausgestaltet.⁹

Ein – wohlgekannt stark eingeschränktes – Prüfungsrecht des Registergerichts wird von obergerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Literatur dennoch im Hinblick darauf begründet, dass das staatliche Registergericht nicht wissentlich durch Aufnahme einer offensichtlich unrichtigen Gesellschafterliste an der Schaffung eines falschen Rechtsscheins mitwirken und damit möglicherweise die Grundlage für Schädigungen Dritter oder von Gesellschaftern schaffen darf.¹⁰ Einigkeit besteht dabei darüber, dass das Registergericht die Gesellschafterliste in formaler Hinsicht überprüfen kann, insbesondere darauf, ob diese den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht.¹¹ Umstritten ist diesbezüglich aber bereits, ob dies die Prüfung der Zuständigkeit des Einreichenden umfasst.¹² Dieser Aspekt ist gerade im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt entscheidend. Zudem ist es dem Registergericht nach der vorstehenden Auffassung erlaubt, offensichtliche materielle Mängel bei sicherer Kenntnis von deren Unrichtigkeit zu beanstan-

den.¹³ Die genauen Grenzen des Prüfungsrechts sind jedoch nach wie vor nicht ausgelotet.¹⁴ Sein Umfang ist daher letztlich von der Interpretation des jeweiligen Gerichts im Einzelfall abhängig.¹⁵ Dabei besteht die Tendenz zu einer sehr großzügigen Auslegung oder gar Überdehnung des Prüfungsrechts.¹⁶ Angesichts dessen erscheint es hilfreich, sich die vom BGH zur Prüfung des Gesellschafterliste entwickelten Leitlinien zu vergegenwärtigen.

b) Grundsätze des BGH

Nachdem der BGH die Frage des Bestehens sowie des Umfangs einer Prüfungspflicht bzw. eines Prüfungsrechts des Registergerichts zunächst noch offengelassen hatte,¹⁷ hat er diesem in seiner Entscheidung zur Zwischenliste bei aufschiebend bedingter Geschäftsanteilsabtretung das Recht zuerkannt, die eingereichte Liste jedenfalls darauf zu prüfen, ob sie den Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht.¹⁸ In seinem Beschluss zur Einreichung der Gesellschafterliste durch einen ausländischen Notar hat er den Umfang dieses formalen Prüfungsrechts im Hinblick auf den die Liste Einreichenden konkretisiert: Das Registergericht sei insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob es sich bei der Person in formaler Hinsicht um eine der in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG genannten Personen handelt, mithin um einen Geschäftsführer der Gesellschaft oder einen Notar, der an den Veränderungen mitgewirkt hat, denen die geänderten Eintragungen entsprechen. Der BGH spricht insoweit von formaler Einreichungszuständigkeit. Diese lasse sich durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären. Das Registergericht könne die Liste daher (nur) zurückweisen, wenn diese von einem Dritten bzw. offensichtlich Unbefugten eingereicht wurde und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie die wahre Rechtslage nicht wiedergibt und deshalb zu berichtigen ist. Etwai-ge Zweifel, ob der Geschäftsführer oder Notar zur Einreichung der von ihm unterzeichneten Liste im konkreten Fall befugt ist, könnten dagegen im Registerverfahren nicht ohne Weiteres geklärt werden. Diese Prüfung der

7 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039; ders., MittBayNot 2014, 24, 26; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 277; Herrler, NZG 2011, 536, 539; DNotI-Report 2009, 190, 192.

8 BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

9 Hierzu auch Wachter, NZG 2009, 1001, 1002.

10 Grundlegend Wachter, NZG 2009, 1001, 1002; ferner OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.01.2011, 20 W 378/10, BeckRS 2011, 16031; OLG Jena, Beschluss vom 22.03.2010, 6 W 110/10, NZG 2010, 591, 592.

11 OLG München, Beschluss vom 27.05.2009, 31 Wx 38/09, NZG 2009, 797; Beschluss vom 08.09.2009, 31 Wx 82/09, MittBayNot 2010, 68; OLG Bamberg, Beschluss vom 02.02.2010, 6 W 40/09, MittBayNot 2010, 331; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.11.2010, 20 W 333/10, BeckRS 2011, 3072; Beschluss vom 17.01.2011, 20 W 378/10, BeckRS 2011, 16031; OLG Jena, Beschluss vom 22.03.2010, 6 W 110/10, NZG 2010, 591, 592; Hasselmann, NZG 2009, 486, 490; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 277; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 1105; Link, RNotZ 2009, 193, 209; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039; ders., MittBayNot 2014, 24, 27; U. H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 394; Wachter, NZG 2009, 1001, 1002.

12 Dafür KG, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, MittBayNot 2019, 285; Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22; Krafka, Registerrecht, Rdnr. 1105; Noack in FS Hüffer, 2010, S. 723, 726; dagegen MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 277; D. Mayer, MittBayNot 2014, 24, 27; Vos-sius, NotBZ 2014, 139, 140.

13 OLG München, Beschluss vom 27.05.2009, 31 Wx 38/09, NZG 2009, 797, 798; Beschluss vom 08.09.2009, 31 Wx 82/09, MittBayNot 2010, 68; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.01.2011, 20 W 378/10, BeckRS 2011, 16031; OLG Jena, Beschluss vom 22.03.2010, 6 W 110/10, NZG 2010, 591, 592; Krafka, Registerrecht, Rdnr. 1105; Link, RNotZ 2009, 193, 209; D. Mayer, MittBayNot 2014, 24, 27; U. H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 395; Wachter, NZG 2009, 1001, 1002; dagegen ein materielles Prüfungsrecht gänzlich ablehnend Kort, GmbHR 2009, 169, 171; Preuss, ZGR 2008, 676, 689.

14 MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 277; D. Mayer, MittBayNot 2014, 24, 26.

15 So bereits Wicke, MittBayNot 2010, 283.

16 MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 273.

17 BGH, Beschluss vom 01.03.2011, II ZB 6/10, NJW 2011, 1809, 1810.

18 BGH, Beschluss vom 20.09.2011, II ZB 17/10, NZG 2011, 1268; bestätigt von Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026; Beschluss vom 26.06.2018, II ZB 12/16, NZG 2018, 1023, 1024.

über die formale Einreichungszuständigkeit hinausgehenden materiellen Voraussetzungen von § 40 GmbHG sei nur anhand einer eingehenden Beurteilung des der neuen Liste zugrunde liegenden Vorgangs möglich. Sie ist daher bei Aufnahme der Liste nicht vorzunehmen.¹⁹ Ob dem Registergericht ein inhaltliches Prüfungsrecht dahingehend zusteht, dass es die Aufnahme der Gesellschafterliste bei sicherer Kenntnis von ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit verweigern darf, hat der BGH bis dato offengelassen.²⁰

c) Entscheidung des KG

Ausgehend hiervon wäre die Entscheidung des KG durchaus stimmig zu begründen gewesen. Die Beschwerdeführerin war im Zeitpunkt der Einreichung der Liste (lediglich) als nicht einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der GmbH im Handelsregister eingetragen. Mangels Einzelvertretungsbefugnis war sie in der Terminologie des BGH (bereits) formal nicht einreichungszuständig. Die Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer hat nämlich stets in vertretungsberechtigter Zahl zu erfolgen.²¹ Eine etwaige (Wieder-)Bestellung der Beschwerdeführerin – wohl durch sich selbst als (vermeintliche) Alleingesellschafterin – zur einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführerin ist aus dem vom KG festgestellten Sachverhalt nicht eindeutig ersichtlich. Sie hätte dem Gericht in Anlehnung an die zum Erbfall des Alleingesellschafter-Geschäftsführers entwickelten Grundsätze jedenfalls in hinreichender Form nachgewiesen werden müssen. Nach zutreffender Auffassung und verbreiteter Registerpraxis kann in dieser Konstellation ein neuer Geschäftsführer durch die Erben bereits vor deren Aufnahme in die Gesellschafterliste bestellt werden und sodann eine die Erben als neue Gesellschafter ausweisende Gesellschafterliste einreichen.²² Da die Erben im Zeitpunkt der Geschäftsführerbestellung noch nicht in der Gesellschafterliste eingetragen sind, ist der Beschluss über die Bestellung des Geschäftsführers zwar zunächst schwebend unwirksam. Er gilt jedoch als von Anfang an wirksam, wenn die die Erben als Gesellschafter ausweisende, vom bestellten Geschäftsführer einzureichende Gesellschafterliste unverzüglich in das Handelsregister aufgenommen wird, § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Nach den vorstehenden Grundsätzen darf das Registergericht die Aufnahme der Gesellschafterliste – jedenfalls bei entsprechendem Erbnachweis – nicht allein mangels Eintragung des einreichenden Geschäftsführers im Handelsregister verweigern. Zwar äußert sich der BGH nicht explizit dazu, ob der die Gesellschafterliste einrei-

chende Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen sein muss. Diesbezüglich findet sich nur die Formulierung, dass das „formale Prüfungsrecht des Registergerichts (...) auf die Prüfung beschränkt [ist], ob es sich bei der Person, die eine geänderte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einreicht, um (...) einen Geschäftsführer der Gesellschaft (...) handelt“.²³ Der BGH begründet die Beschränkung des Prüfungsrechts auf die formale Einreichungszuständigkeit jedoch damit, dass sich diese durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären lässt.²⁴ Dies ist bei entsprechendem Erbnachweis aber ebenso der Fall. Unter Heranziehung des Rechtsgedankens von § 12 Abs. 1 Satz 5 HGB, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO sollte diesbezüglich ein Erbschein, aber auch eine notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift – im Vergleich zur strengen Prüfung im Rahmen von Eintragungen in Grundbuch und Handelsregister für die Einstellung der Gesellschafterliste erst recht – ausreichend sein. Ein derartiger Nachweis für die Alleingesellschafterstellung der Beschwerdeführerin ist im vom KG entschiedenen Sachverhalt jedoch nicht ersichtlich. Er dürfte im Hinblick auf eine etwaige Anwachsung auch kaum zu führen sein. Die Beschwerdeführerin wäre daher mit dem BGH als zur Einreichung der Gesellschafterliste bereits formal unzuständig einzustufen und die Aufnahme der Liste aus diesem Grund zu verweigern gewesen. Auf diesen entscheidenden Punkt kommt das KG jedoch nur allzu knapp am Ende seiner Entscheidung zu sprechen.²⁵

Es schießt mit seiner tragenden Begründung stattdessen über das Ziel hinaus. (1) Entgegen der Annahme des KG hat das Registergericht als Verwahrstelle nach der gesetzlichen Konzeption im Ausgangspunkt in der Tat „Gesellschafterlisten auf Zuruf aufzunehmen“. Dies gilt jedoch nur für die von Geschäftsführern und Notaren, nicht dagegen für die von offensichtlich Unbefugten eingereichten Gesellschafterlisten. (2) Ein inhaltliches Prüfungsrecht des Registergerichts wie im Fall einer Handelsregistereintragung hat der BGH bis heute nicht anerkannt. Ein solches wird auch von Obergerichten und der herrschenden Literatur nur im Fall von offensichtlichen materiellen Mängeln konzediert. Die Handelsregistereintragung des die Gesellschafterliste einreichenden Geschäftsführers als zwingendes Erfordernis mit dem Argument der Kontrollfunktion des Handelsregisters zu fordern, verkennt dies ganz gravierend. Anders als im Registerverfahren findet eine solche Prüfung bei Aufnahme der Gesellschafterliste im Grundsatz nicht statt. Die Begründung der Entscheidung des KG ist daher abzulehnen.

Dies gilt auch für die am Ende der Entscheidung angeführte Hilfsbegründung, dass die Abberufung der Be-

19 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2026 f.

20 Explizit BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2029; auch Beschluss vom 26.06.2018, II ZB 12/16, NZG 2018, 1023 äußert sich hierzu nicht.

21 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rdnr. 35.

22 Hierzu *Heidinger*, ZNotP 2012, 449, 459 sowie jüngst *Linke*, MittBayNot 2023, 181, 181 f.; ferner *Kemper*, notar 2023, 189, 194 f.

23 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2027.

24 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2027.

25 Rdnr. 12 der besprochenen Entscheidung.

schwerdeführerin als Geschäftsführerin bereits gerichts- bekannt beschlossen und angemeldet worden, die Eintragung (nur) noch nicht erfolgt war. Eine derartige „Vorwirkung“ der Anmeldung der Abberufung des Einreichenden auf die formale Einreichungszuständigkeit des Geschäftsführers würde darauf hinauslaufen, die für eine Eintragung ins Handelsregister geltende Prüfungsdichte auf die Entscheidung über die Aufnahme der Gesellschafterliste zu übertragen. Vor Eintragung der Abberufung im Handelsregister wäre diese nämlich vom Registergericht zu prüfen. Eine solche inhaltliche Prüfung ist bei Aufnahme der Gesellschafterliste aber gerade nicht vorgesehen.

Letztlich ist dem KG jedoch zugute zu halten, dass es jedenfalls erwägt, eine Ausnahme vom Eintragungserfordernis des Geschäftsführers zuzulassen, wenn ohne eingehende Prüfung ausreichend sicher anzunehmen ist, dass die als Geschäftsführer agierende Person tatsächlich Geschäftsführer ist.²⁶ Richtigerweise lässt sich das Prüfungsrecht des Registergerichts im Hinblick auf den einreichenden Geschäftsführer nämlich auf folgenden Leitsatz bringen: Es hat die von der als Geschäftsführer agierenden Person eingereichte Gesellschafterliste aufzunehmen, wenn diese entweder (1) durch Eintragung im Handelsregister oder (2) anderweitig ausreichend sicher als Geschäftsführer ausgewiesen ist.

²⁶ Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Notwendigkeit der Berücksichtigung der tragfähigen Grundlage eines Rückkehrwillens bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers

OLG München, Beschluss vom 22.06.2022, 31 AR 73/22

FamFG § 5 Abs. 1 Nr. 4, § 343 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers ist neben dem objektiven Moment des tatsächlichen Aufenthalts auch grundsätzlich ein subjektives Element, nämlich ein Aufenthalts- bzw. Bleibewille, erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Willensrichtung des Erblassers muss zwar im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung Berücksichtigung finden; sie ist jedoch nicht geeignet, den gewöhnlichen Aufenthalt vor dem Hintergrund der tatsächlichen Lebensverhältnisse entgegen deren objektiven Ausgestaltung zu begründen. (Leitsatz der Schriftleitung)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

19. Anfechtbarkeit von teilweise unentgeltlicher Immobilienübertragung unter Verwandten

OLG Celle, Urteil vom 02.02.2022, 16 U 36/18

InsO § 134 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Auch teilweise unentgeltliche Leistungen sind anfechtbar. Allerdings gilt dies nur, soweit die Beteiligten den ihnen zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten haben. Dabei entscheidet zwar grundsätzlich die objektive Sach- und Rechtslage darüber, ob eine Gegenleistung vereinbart wurde und ob sie die Leistung des Schuldners wertmäßig ausgleicht. Allerdings sind auch die Vorstellungen der Beteiligten bei der Beurteilung mit zu berücksichtigen, ob eine Gegenleistung den Wert der Leistung des Schuldners erreicht, denen hinsichtlich dieser Einschätzung ein angemessener Bewertungsspielraum zusteht. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Wurde ein Grundstück anfechtbar übertragen, hat der Anfechtungsgegner es an den Schuldner wieder aufzulassen und dessen Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen. Es ist Auflassung an den Schuldner und dessen Eintragung in das Grundbuch zu beantragen. (Leitsatz der Schriftleitung)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

20. Recht des Pflichtteilsberechtigten auf Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Wege der Notarbeschwerde

BGH, Beschluss vom 19.07.2023, IV ZB 31/22 (Vorinstanz: LG Münster, Beschluss vom 20.12.2022, 5 T 427/22)

BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3

BNotO § 15 Abs. 2

FamFG § 59 Abs. 1, Abs. 2

LEITSATZ:

Der Pflichtteilsberechtigte kann nicht im Wege der Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO von dem vom Erben beauftragten Notar die Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB verlangen.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

4 III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

5 1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

(...)

8 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler die Berechtigung des Beschwerdeführers für eine Beschwerde gegen die Untätigkeit des Notars verneint. Es fehlt ihm an der gemäß § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 59 Abs. 1, Abs. 2 FamFG hierfür erforderlichen materiellen Beschwer.

9 a) Der Beschwerdeführer macht ohne Erfolg geltend, er sei als Pflichtteilsberechtigter zur Einlegung der Beschwerde berechtigt gewesen, weil die Verweigerung der Amtstätigkeit des Notars das ihm zustehende Recht auf ein Nachlassverzeichnis gefährde.

10 aa) Die Beschwerdeberechtigung war zwar nicht gemäß § 59 Abs. 2 FamFG auf die Erbin als Antragstellerin beschränkt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21.07.2020, II ZB 26/19, FGPrax 2020, 216 Rdnr. 27; vom 25.04.2018, XII ZB 414/16, NJW-RR 2018, 967 Rdnr. 10; a. A. *Schönenberg-Wessel*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 2020, § 16 Rdnr. 72). Die Regelung des § 59 Abs. 2 FamFG für Verfahren, in denen ein Antrag Verfahrensvoraussetzung für eine Sachentscheidung ist, begründet keine eigenständige Beschwerdeberechtigung, sondern enthält lediglich eine Begrenzung auf die Person des Antragstellers und setzt grundsätzlich eine Beschwerdeberechtigung nach § 59 Abs. 1 FamFG voraus. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Antrag erstinstanzlich allein aus verfahrensrechtlichen Gründen zurückgewiesen wird. Nur in diesem Fall eröffnet die darin begründete formelle Beschwer das Rechtsmittel unabhängig davon, ob der Antragsteller sachlich zur Antragstellung berechtigt ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 25.04.2018, XII ZB 414/16, NJW-RR 2018, 967 Rdnr. 10; vom 28.07.2015, XII ZB 671/14, NJW 2015, 2888 Rdnr. 12, 14). Dies

gilt insbesondere bei Verneinung der Antragsberechtigung, denn nur auf diese Weise kann das Fehlen des Antragsrechts mit einem Rechtsmittel nachgeprüft werden (BGH, Beschluss vom 28.07.2015, a. a. O. Rdnr. 14).

11 Diese Voraussetzungen des § 59 Abs. 2 FamFG liegen hier aber nicht vor. Den für sein Tätigwerden erforderlichen Auftrag der Erbin zur Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses hat der Notar angenommen. Die Schreiben des Beschwerdeführers an den Notar waren – wie sich aus seinen Rechtsbeschwerdeanträgen ergibt – nicht als eigene Anträge auf ein Tätigwerden des Notars auszulegen, sondern darauf gerichtet, ihn zur Erfüllung des von der Erbin erteilten Auftrags anzuhalten. Der Notar hat das Ansinnen des Beschwerdeführers auch nicht aus verfahrensrechtlichen Gründen wegen einer Verneinung seiner Antragsberechtigung abgelehnt.

12 bb) Allerdings fehlt es für eine Beschwerdeberechtigung des Beschwerdeführers an einer materiellen Beschwer im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 59 Abs. 1 FamFG. Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Dafür ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht erforderlich. Die angefochtene Entscheidung muss ein bestehendes Recht des Beschwerdeführers aufheben, beschränken, mindern, ungünstig beeinflussen oder gefährden, die Ausübung dieses Rechts stören oder dem Beschwerdeführer die mögliche Verbesserung seiner Rechtsstellung vorenthalten oder erschweren. Nicht ausreichend sind lediglich wirtschaftliche, rechtliche oder sonstige berechnete Interessen (vgl. Senatsbeschluss vom 24.04.2013, IV ZB 42/12, ZEV 2013, 440 Rdnr. 15 m. w. N.; BGH, Beschlüsse vom 25.04.2018, XII ZB 414/16, NJW-RR 2018, 967 Rdnr. 11 m. w. N.; vom 14.10.2015, XII ZB 695/14, NJW 2016, 250 Rdnr. 14; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 99; Sternal/Jokisch, FamFG, 21. Aufl., § 59 Rdnr. 6, 9; Kahl, Beschwerdeberechtigung und Beschwer in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1981, S. 25 ff., 65 f.; a. A. *Hormuth*, Beschwerdeberechtigung und materielle Beteiligung im fG-Verfahren, 1976, S. 47 ff., 115, 149 zu § 20 FGG a. F.).

13 Gemessen daran fehlt es hier an einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung des Beschwerdeführers. Ein Recht, das der Notar negativ durch das Unterlassen der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses beeinflussen kann, steht dem Beschwerdeführer nicht zu. Ihm geht es in der Sache darum, die Erfüllung seines schuldrechtlichen Auskunftsanspruchs aus § 2314 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 BGB gegen die Erbin herbeizuführen. Das begründet lediglich ein wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der begehrten Tätigkeit des Notars, aus dem eine Beschwerdeberechtigung nach § 59 Abs. 1 FamFG nicht hergeleitet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 18.04.2012, XII ZB 624/11, FamRZ 2012, 1131 Rdnr. 9). Daher wird auch nach herrschender Ansicht in der Literatur die Zulässigkeit eines Vorgehens des Pflichtteilsberechtigten gegen den mit der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses beauftragten Notar im Wege einer Notarbeschwerde

nach § 15 Abs. 2 BNotO abgelehnt (*Drexler*, DNotZ 2022, 697, 701; *Heinze*, DNotZ 2019, 413, 430, 433; *Schönenberg-Wessel*, NJW 2022, 700, 701; vgl. auch *Joachim/Lange*, Pflichtteilsrecht 4. Aufl. Rdnr. 441s; a. A. nur *Purps*, ErbR 2023, 8, 13).

14 (1) Der durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu erfüllende Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 BGB wird, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, durch eine Verweigerung der Notartätigkeit ebenso wenig wie sein Pflichtteilsanspruch aus § 2303 BGB im oben genannten Sinne beeinträchtigt. Der Pflichtteilsberechtigte kann seinen Anspruch uneingeschränkt gegenüber dem Erben geltend machen und ggf. im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.

15 (2) Aus dem Auskunftsanspruch gegen den Erben folgt auch kein unmittelbar gegen den von diesem mit der Verzeichnisaufnahme beauftragten Notar gerichteter Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Errichtung des notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO (vgl. *Staudinger/Herzog*, Neub. 2021, § 2314 Rdnr. 153). Schuldner des notariellen Verzeichnisses, das mit dem privaten Verzeichnis materiellrechtlich und inhaltlich wesensgleich ist, ist der Erbe (vgl. Senatsurteil vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, ZEV 2019, 85 Rdnr. 21 f.). Er allein entscheidet, ob er ein von dem Notar erstelltes Nachlassverzeichnis dem Pflichtteilsberechtigten vorlegt. Die Erstellung und Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses betrifft lediglich die für die Erfüllung der Auskunftspflicht nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB vorgegebene Form der Auskunftserteilung (vgl. Senatsurteil vom 01.12.2021, IV ZR 189/20, BGHZ 232, 77 Rdnr. 17, 21 m. w. N.).

16 Nach allgemeiner Auffassung ist daher nur der Erbe Auftraggeber des notariellen Nachlassverzeichnisses; der Pflichtteilsberechtigte selbst ist nicht antragsbefugt und nicht berechtigt, vom Notar die Aufnahme des Verzeichnisses zu verlangen (vgl. OLG Jena, ErbR 2019, 717 [juris Rdnr.18]; OLG Stuttgart, BWNNotZ 1963, 265; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, Stand: 01.05.2023, § 2314 Rdnr. 28; *Burandt/Rojahn/Horn*, Erbrecht, 4. Aufl., § 2314 BGB Rdnr. 48; *Damrau/Tanck/Riedel*, Praxis-Kommentar Erbrecht, 4. Aufl., § 2314 BGB Rdnr. 37; *Grüneberg/Weidlich*, 82. Aufl., § 2314 Rdnr. 6; *Krug/Horn/Demirci*, Pflichtteilsprozess, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 36; *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Bittler*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 4. Aufl., A. Rdnr. 37; *MünchKomm-BGB/Lange*, 9. Aufl., § 2314 Rdnr. 42, 49; *Staudinger/Herzog*, § 2314 Rdnr. 153, 179; *Heinze*, DNotZ 2019, 413, 430, 433; *Lange*, ZEV 2020, 253, 257; *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 242).

17 Der Pflichtteilsberechtigte hat – trotz seines Zuziehungsrechts nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB – nach ganz herrschender Auffassung auch keine Mitwirkungsrechte bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses (vgl. LG Trier, ErbR 2020, 878, 879 [juris Rdnr. 14]; *Damrau/Tanck/Riedel*, Praxis-Kommentar Erbrecht, § 2314 Rdnr. 43; *jurisPK-BGB/Birkenheier*, Stand: 01.07.2023, § 2314 Rdnr. 110; *Biermann*, ErbR 2019, 718; *Dietrich*, ZERB 2021, 389, 393; *Lange*, ZEV 2020, 253, 260; *Schönenberg-Wessel*, ErbR 2020, 386, 392). Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der

Pflichtteilsberechtigte den Umfang des Nachlassverzeichnisses bestimmen und sich beispielsweise auf ein Teilverzeichnis beschränken oder eine Erstreckung auf den fiktiven Nachlass verlangen kann (vgl. BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2314 Rdnr. 28; *Krug/Horn/Demirci*, Pflichtteilsprozess, § 3 Rdnr. 36 f.). Denn das betrifft nur die Frage, in welchem Umfang er den ihm nach § 2314 Abs. 1 BGB zustehenden Auskunftsanspruch im Verhältnis zum Erben geltend macht. Der Pflichtteilsberechtigte kann sich zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Auskunftserteilung somit auch im Laufe der Erstellung des Nachlassverzeichnisses nur an den Erben halten.

18 (3) Die Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten bei der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses unterscheidet sich entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde wesentlich von derjenigen eines – gegen die Ablehnung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschwerdebefugten – Vermächtnisnehmers, dessen Vermächtnis gerade durch den Testamentsvollstrecker erfüllt werden soll (dazu Senatsbeschluss vom 24.04.2013, IV ZB 42/12, ZEV 2013, 440). Der Vermächtnisnehmer ist durch die Ernennung oder Ablehnung der Bestellung eines Testamentsvollstreckers im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG in seinen Rechten beeinträchtigt oder zumindest gefährdet, weil er ihn neben dem Erben gemäß § 2213 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar auf Erfüllung des Vermächtnisses in Anspruch nehmen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 24.04.2013, a. a. O. Rdnr. 16). Außerdem wird er durch das Zugriffsverbot des § 2214 BGB für Eigengläubiger des Erben in das der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögen geschützt, dieser Schutz entfällt jedoch ohne eine Testamentsvollstreckung (vgl. Senatsbeschluss vom 24.04.2013, a. a. O. Rdnr. 17). Weiterhin führt auch ein Vergleich mit der Rechtsstellung eines als beschwerdebefugt anzusehenden Pfändungsgläubigers oder Zessionars eines Verfahrensbeitrags (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1998, 1582 [juris Rdnr. 3]; KG, FGPrax 1999, 157 [Leitsatz und juris Rdnr. 2]; OLG Hamm, DNotZ 1994, 120 [juris Rdnr. 19]; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, § 15 Rdnr. 103; *Frenz/Miermeister/Frenz*, BNotO, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 42; *Sternal/Jokisch*, FamFG, § 59 Rdnr. 14; *Haug*, DNotZ 1992, 18, 23 zum inhaltlich entsprechenden § 20 FGG a. F.) nicht zu einer Beschwerdeberechtigung des Beschwerdeführers, da diesen durch die Abtretung eines Anspruchs oder die Verpfändung einer Sache – anders als dem Beschwerdeführer – eigene Rechte an der Forderung bzw. der Sache zustehen.

19 (4) Der Beschwerdeführer verweist erfolglos darauf, dass die Amtstätigkeit des Notars, dem eine neutrale Stellung in Bezug auf den Nachlassbestand zukomme, gerade auch dem Schutz des Pflichtteilsberechtigten diene. Zutreffend geht er zwar davon aus, dass der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und feststellen sowie durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen muss, dass er den Inhalt verantwortet (vgl. Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 8 m. w. N.). Ein direkter Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Notar folgt daraus – wie gezeigt – aber nicht.

20 (5) Die vom Beschwerdeführer damit zugleich aufgeworfene Frage nach dem von den Amtspflichten eines Notars geschützten Personenkreis betrifft die Bestimmung der von § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO geschützten „anderen“, denen im Falle einer Amtspflichtverletzung ein Schadensersatzanspruch gegen den Notar zustehen kann. Im Streitfall kann offen bleiben, ob der Pflichtteilsberechtigte den Notar in Anspruch nehmen kann, wenn dieser bei der Aufstellung des Nachlassverzeichnisses seine Amtspflichten verletzt (dafür zum Beispiel *Joachim/Lange*, Pflichtteilsrecht, Rdnr. 441s; *Staudinger/Herzog*, § 2314 Rdnr. 153; *Schönenberg-Wessel*, ErbR 2020, 386, 387; dagegen *Grüneberg/Weidlich*, § 2314 Rdnr. 7; *Drexler*, DNotZ 2022, 697, 701; nunmehr *Schönenberg-Wessel*, NJW 2022, 700, 701). Denn darum geht es bei der Bestimmung der gemäß § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO, § 59 Abs. 2 FamFG beschwerdeberechtigten Personen nicht.

21 Nach ständiger Rechtsprechung des BGH zählen zwar auch solche Personen zu den von § 19 BNotO geschützten Dritten, deren Interesse durch das Amtsgeschäft nach dessen besonderer Natur berührt wird und in deren Rechtskreis eingegriffen werden kann; dies auch dann, wenn sie durch die Amtsausübung nur mittelbar betroffen werden und bei der Beurkundung nicht zugegen waren (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.1997, IX ZR 163/96, DNotZ 1998, 621 [juris Rdnr. 16] m. w. N.; grundlegend Urteil vom 28.09.1959, III ZR 92/58, VersR 1959, 1003, 1004 unter 3.). Der Kreis der geschützten Dritten im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO ist aber weiter als derjenige der Personen, deren Rechte durch eine Tätigkeitsverweigerung des Notars nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO berührt werden (vgl. *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, § 15 Rdnr. 11 f.). Im Rahmen von § 15 Abs. 2 BNotO steht zudem, anders als bei § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO, nicht eine Amtspflichtverletzung des Notars im Vordergrund, sondern eine Verletzung der Rechte des Beschwerdeführers (vgl. *Frenz/Miermeister/Frenz*, BNotO, § 15 Rdnr. 45). Die zu § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO entwickelten Kriterien sind daher nicht auf die Beschwerdebefugnis für die Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO, § 59 Abs. 1 FamFG zu übertragen.

22 b) Schließlich macht die Rechtsbeschwerde erfolglos geltend, dass der beschwerdeführende Pflichtteilsberechtigte die Beschwer und die objektiven Interessen des ersuchenden Erben mitverfolge. Eine Beschwerdeführung im fremden Interesse wird vom Gesetz nur ausnahmsweise – hier jedoch nicht – zugelassen, etwa in §§ 303, 335, 429 FamFG für Betreuungs-, Unterbringungs- sowie Freiheitsentziehungssachen. Eine gewillkürte Verfahrensstandschaft scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die zur gewillkürten Prozessstandschaft entwickelten Anforderungen – eine wirksame Ermächtigung des Prozessführenden vom Rechtsinhaber zur gerichtlichen Verfolgung seiner Ansprüche sowie ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an dieser Rechtsverfolgung (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 10.06.2016, V ZR 125/15, NJW 2017, 486 Rdnr. 5 m. w. N.; vom 23.09.1992, I ZR 251/90, BGHZ 119, 237, 242 unter II. A. 1. d) [juris Rdnr. 30]) – nicht erfüllt sind.

23 c) Der Gläubiger eines titulierten, durch notarielles Nachlassverzeichnis zu erfüllenden Auskunftsanspruchs – wie der Beschwerdeführer – steht der Untätigkeit des Notars auch nicht schutzlos gegenüber. Verweigert der vom Erben beauftragte Notar die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses oder verzögert diese, obliegt es dem Erben, auf die zeitnahe Erledigung hinzuwirken und erforderlichenfalls Rechtsbehelfe gegen den Notar zu ergreifen (vgl. OLG Stuttgart, ErbR 2014, 500 Rdnr. 8; *Burandt/Rojahn/Horn*, ErbR, § 2314 BGB Rdnr. 50 f.; *jurisPK-BGB/Birkenheier*, § 2314 Rdnr. 101; *Krug/Horn/Demirci*, Pflichtteilsprozess, § 3 Rdnr. 35; *MünchKomm-BGB/Lange*, § 2314 Rdnr. 47; *Lange*, ZEV 2020, 253, 257 m. w. N.). Ggf. kann der Pflichtteilsberechtigte, zu dessen Gunsten bereits ein Titel auf Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses vorliegt, auch die Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 888 ZPO gegen den Erben beantragen.

(...)

STEUERRECHT

21. Beschränkte Erbschaftsteuerpflicht bei Erwerb durch Vermächtnis

BFH, Urteil vom 23.11.2022, II R 37/19 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 10.07.2019, 4 K 174/16)

BewG § 121 Nr. 2

BGB §§ 1939, 2147

ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Das Vermächtnis an einem inländischen Grundstück unterliegt nicht der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht.

SACHVERHALT:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist die Nichte der im Jahr 2013 verstorbenen Erblasserin. Weder die Klägerin noch die Erblasserin verfügten in der Bundesrepublik Deutschland über einen Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt. Die Erblasserin hatte der Klägerin ein Vermächtnis über einen Anteil an einem im Inland belegenen Grundstück zugewandt. Mit notariell beurkundetem Vertrag wurde im Jahre 2014 in Erfüllung dieses Vermächtnisses ein entsprechender Miteigentumsanteil an dem Grundstück auf die Klägerin übertragen.

2 Ausgehend von der am 19.02.2015 beim Beklagten und Revisionsbeklagten (FA) eingegangenen Erbschaftsteuererklärung setzte das FA mit Bescheid vom 02.03.2015 Erbschaftsteuer gegenüber der Klägerin fest. Ihren hiergegen gerichteten Einspruch begründete die Klägerin damit, dass die Voraussetzungen für eine beschränkte Erbschaftsteuerpflicht nicht vorlägen. Das FA wies den Einspruch mit Teil-Einspruchsentscheidung vom 02.12.2015 als unbegründet zurück. In der Folge änderte das FA die Erbschaftsteuerfestsetzung aus nicht streitigen Gründen, zuletzt mit Bescheid vom 10.01.2018.

3 Die Klage hatte keinen Erfolg. Das FG führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die Voraussetzungen einer beschränkten Erbschaftsteuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG in der auf den Streitzeitraum anwendbaren Fassung lägen im Streitfall vor. Das Vermächtnis habe zwar nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf

Übertragung eines Anteils an dem inländischen Grundstück begründet. In Vollziehung des Vermächtnisses habe die Klägerin aber den Miteigentumsanteil an dem Grundstück erhalten. Bei diesem handle es sich um inländisches Grundvermögen i. S. d. § 121 Nr. 2 BewG. Das Urteil ist in EFG 2019, 1545 veröffentlicht.

4 Mit ihrer Revision macht die Klägerin eine Verletzung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG und § 121 Nr. 2 BewG geltend. Eine beschränkte Erbschaftsteuerpflicht sei im Streitfall nicht gegeben. Sachleistungsansprüche seien in dem enumerativen Katalog des § 121 BewG nicht genannt. Welche schuldrechtlichen Ansprüche im Zusammenhang mit inländischem Grundvermögen zur beschränkten Steuerpflicht führten, sei in § 121 Nr. 7 und Nr. 9 BewG abschließend geregelt. Das Forderungsrecht auf Übertragung von Grundvermögen sei dort nicht enthalten. Eine Steuerumgehung sei im Streitfall nicht beabsichtigt gewesen.

5 Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, den Erbschaftsteuerbescheid vom 02.03.2015, die Einspruchsentscheidung vom 02.12.2015 und die Änderungsbescheide vom 18.11.2016 und vom 10.01.2018 aufzuheben.

6 Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

7 § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG i. V. m. § 121 Nr. 2 BewG sei dahin gehend auszulegen, dass der Erwerb der Klägerin der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht unterliege. Auch ein Vermächtnis gelte nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als Vermögensanfall i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Als Vermögensanfall sei nicht der auf dem Vermächtnis beruhende schuldrechtliche Sachleistungsanspruch anzusehen, sondern der Gegenstand, den der Erwerber durch Erfüllung dieses Anspruchs erhalte. Dies sei der Miteigentumsanteil an dem inländischen Grundstück, bei dem es sich um inländisches Grundvermögen i. S. d. § 121 Nr. 2 BewG handle. Der Erwerb durch Vermächtnis sei in allen Bereichen des Erbschaftsteuerrechts identisch zu behandeln. Daher müsse der durch Vermächtnis erworbene Sachleistungsanspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem vermachten Gegenstand bei der Prüfung, ob dem Grunde nach ein steuerpflichtiger Erwerb vorliege, dem unmittelbaren Eigentumserwerb an dem betreffenden Gegenstand ebenso gleichgestellt werden wie dies bei seiner Bewertung oder bei Steuerbegünstigungen der Fall sei. Eine ausreichende Anknüpfung an das Inland werde dadurch sichergestellt, dass in Erfüllung des Vermächtnisses der Miteigentumsanteil an dem inländischen Grundstück auf den Erwerber übertragen werde. Schließlich habe der BFH in seinem Urteil vom 10.05.2017, II R 53/14 (BFHE 258, 74 = BStBl. II 2017, S. 1200 Rdnr. 14, 35) die beschränkte Steuerpflicht bei Erwerb eines inländischen Grundstücks durch Vermächtnis zumindest inzident bejaht. Denn die Frage nach der Höhe des zu gewährenden Freibetrags stelle sich bei der Erbschaftsteuer nur, wenn überhaupt von einem steuerpflichtigen Erwerb ausgegangen werde.

8 Das dem Verfahren beigetretene Bundesministerium der Finanzen hat keinen Antrag gestellt.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die Revision ist begründet (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Anders als vom FG angenommen unterliegt der durch Vermächtnis erworbene Anspruch auf Übertragung des Miteigentumsanteils an dem inländischen Grundstück nicht der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG i. V. m. § 121 Nr. 2 BewG.

10 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Erbschaftsteuer u. a. der Erwerb von Todes wegen. Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG u. a. der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB) oder durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB). In Fällen, in denen keine unbeschränkte Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 ErbStG gege-

ben ist, tritt nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG die Steuerpflicht für den Vermögensanfall ein, der in Inlandsvermögen i. S. d. § 121 BewG besteht (beschränkte Steuerpflicht). Der Begriff des Inlandsvermögens wird in § 121 BewG abschließend bestimmt (Fischer/Pahlke/Wachter/Konrad, ErbStG, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 92; Kapp/Ebeling/Eisele, ErbStG, § 2 Rdnr. 44). In den dort genannten Fällen weist der Erwerbsvorgang Inlandsbezug zum Beispiel dadurch auf, dass ein Gegenstand im Inland belegen ist (sachliche Anknüpfung). Zum Inlandsvermögen gehört u. a. das inländische Grundvermögen (§ 121 Nr. 2 BewG).

11 2. Wird im Wege eines Vermächtnisses ein Anspruch auf Übertragung eines inländischen Grundstücks erworben und sind die Voraussetzungen für die unbeschränkte Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 ErbStG nicht gegeben, unterliegt dieser Sachleistungsanspruch nicht der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG.

12 a) § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG umfasst auch einen Erwerb durch Vermächtnis i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alternative 2 ErbStG. Die Vorschrift setzt – wie § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ErbStG, die einen direkten Verweis auf § 1 Abs. 1 ErbStG enthalten – einen steuerbaren Vorgang i. S. d. § 1 Abs. 1 ErbStG voraus. Die Wendung „in allen anderen Fällen“ meint Fälle, die nicht bereits von § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ErbStG umfasst sind, in denen es also an einer unbeschränkten Steuerpflicht fehlt. Eine Beschränkung auf bestimmte Besteuerungstatbestände ist dem nicht zu entnehmen.

13 b) Gegenstand des Vermögensanfalls i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG durch Vermächtnis, das einen Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem inländischen Grundstück verschafft, ist nicht das anteilige inländische Grundstück, sondern vielmehr der Sachleistungsanspruch auf Verschaffung von Miteigentum an diesem Grundstück. Bei diesem Anspruch handelt es sich weder um inländisches Grundvermögen i. S. d. § 121 Nr. 2 BewG (Daragan/Halaczinsky/Riedel/Riedel, ErbStG, BewG, 3. Aufl., § 121 BewG Rdnr. 1; Fischer/Pahlke/Wachter/Konrad, a. a. O., § 2 Rdnr. 94; Kapp/Ebeling/Eisele, ErbStG, § 2 Rdnr. 43.1; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG, § 2 Rdnr. 68; Viskorf/Schuck/Wälzholz/Richter, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 6. Aufl., § 2 ErbStG Rdnr. 27; Wilms/Jochum/Meßbacher-Hönsch, ErbStG/BewG/GrEStG, Stand: 04.05.2022, § 2 ErbStG Rdnr. 154.1; a. A. Krumm, Internationales Steuerrecht 2011, 615) noch ist der Anspruch einer der anderen in § 121 BewG abschließend aufgezählten Kategorien zuzuordnen.

14 aa) Nach § 1939 BGB liegt ein Vermächtnis vor, wenn der Erblasser einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwendet. Nach § 2174 BGB begründet das Vermächtnis einen Anspruch des Berechtigten gegen den Erben auf Leistung des vermachten Gegenstands. Die vermächtnisweise Zuwendung geht nach deutschem Recht zivilrechtlich nicht dinglich von selbst über, sondern begründet nur ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten (sog. Damnationslegat; vgl. Urteile des BGH vom

28.01.1960, II ZR 236/57, BGHZ 32, 35 unter 2.; vom 05.02.1987, III ZR 234/85, NJW-RR Zivilrecht 1987, 839 unter I. 1., und vom 28.09.1994, IV ZR 95/93, NJW 1995, 58 unter III.; vgl. Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl., § 2174 Rdnr. 1). Der schuldrechtliche Vermächtnisanspruch ist sodann dinglich zu erfüllen. Dies erfolgt bei Grundstücken durch Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf den Vermächtnisnehmer und dessen Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 925 BGB und §§ 20, 29 GBO; vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 2174 Rdnr. 4).

15 bb) Die beschränkte Steuerpflicht besteht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG für den Vermögensanfall, der in Inlandsvermögen i. S. d. § 121 BewG besteht. Dazu gehört nach § 121 Nr. 2 BewG inländisches Grundvermögen. Dieses muss Gegenstand des Erwerbs sein. Ein lediglich schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung von inländischem Grundvermögen als Erwerbsgegenstand reicht nicht aus.

16 cc) Eine erweiternde Auslegung des § 121 BewG auf Vermächtnisse, die auf die Übertragung inländischen Grundvermögens gerichtet sind, kommt nicht in Betracht. Die in § 121 BewG gewählten Formulierungen sind abschließend. § 121 BewG sieht in Nr. 7 und Nr. 8 der Vorschrift nur die dort näher definierten Forderungen als Inlandsvermögen an. Für § 121 Nr. 7 BewG ist Voraussetzung, dass die Forderung u. a. durch inländischen Grundbesitz gesichert ist. § 121 Nr. 8 BewG erfasst lediglich bestimmte handelsrechtliche Ansprüche und verlangt außerdem, dass der Schuldner Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Geschäftsleitung im Inland hat. Ein Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück wird in § 121 BewG hingegen nicht genannt.

17 dd) Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG i. V. m. § 121 Nr. 2 BewG käme bei Fehlen eines die wörtliche Auslegung bestätigenden Willens des Gesetzgebers nur in Betracht, wenn eine sinnvolle Anwendung des Gesetzes die Abweichung erforderte, die wortgetreue Auslegung also zu einem sinnwidrigen Ergebnis führte, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (vgl. BFH, Urteil vom 20.08.1985, VII R 182/82, BFHE 144, 465 = BStBl. II 1985, S. 716 unter II. 2. b)). Ein solcher Ausnahmefall ist aber nicht gegeben. Bei einem durch Vermächtnis erlangten Sachleistungsanspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils im Inland ist der Inlandsbezug im Vergleich zum Eigentumserwerb ipso iure – wie im Erbfall nach deutschem Recht – deutlich abgeschwächt. Im Gegensatz zu einem Erwerb von Eigentum an inländischem Grundvermögen etwa im Erbgang ist bei dem Erwerb eines Anspruchs auf Übertragung von Eigentum an inländischem Grundvermögen im Zeitpunkt des Erwerbs nicht gesichert, dass der Erwerber letztlich auch das Eigentum an dem inländischen Grundvermögen erhält. Denkbar ist in solchen Fällen auch, dass es bei dem Anspruch auf Übertragung des Eigentums verbleibt und der Eigentumsübergang niemals vollzogen wird. Eine andere als die vorgenommene wortlautgetreue Auslegung ist daher weder teleologisch noch systematisch angezeigt. Wollte der Gesetzgeber auch einen Anspruch auf Übertra-

gung von Eigentum an Grundbesitz im Inland als inländisches Grundvermögen ansehen, müsste dies im Wortlaut des § 121 BewG eindeutig zum Ausdruck gebracht werden.

18 ee) Eine erbschaftsteuerrechtliche Anknüpfung an das im Inland belegene Grundvermögen ist auch nicht deshalb geboten, weil nach ausländischen Rechtsordnungen ein Vermächtnis unmittelbar dingliche Wirkung entfalten kann (sog. Vindikationslegat; vgl. zu einem Vermächtnis nach kolumbianischem Recht BGH-Urteil in NJW 1995, 58 unter III.). Im Inland war im Jahre 2013, dem Todesjahr der Erblasserin, ein solches Vermächtnis zivilrechtlich als Damnationslegat gemäß § 2174 BGB zu behandeln (vgl. BGH-Urteil in NJW 1995, 58 unter III.).

19 Aus der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (VO 650/2012 – Amtsblatt der Europäischen Union 2012, Nr. L 201, 107) sowie dem Urteil des EuGH vom 12.10.2017, C-218/16 (ECLI: EU: C:2017:755, NJW 2017, 3767), dem zufolge einem Vermächtnis, das nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaats dingliche Wirkung entfaltet, auch im Inland eine solche zuzubilligen ist, folgt für den Streitfall nichts anderes. Ausweislich ihres Art. 83 gilt die VO 650/2012 erst für Todesfälle ab dem 17.08.2015. Art. 25 BGBEG dehnt ihren Anwendungsbereich lediglich sachlich, nicht jedoch zeitlich aus (vgl. BFH, Urteil vom 05.12.2018, II R 9/15, BFHE 263, 283 = BStBl. II 2020, S. 655 Rdnr. 18).

20 ff) Dieser Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG i. V. m. § 121 Nr. 2 BewG steht das BFH, Urteil vom 06.05.2021, II R 34/18, BFHE 272, 521 nicht entgegen. Dort war – anders als im Streitfall – nicht die Frage der beschränkten Steuerpflicht zu beurteilen, sondern die Bewertung des im Wege eines Sachvermächtnisses erworbenen Anspruchs auf Herausgabe des zugewandten Gegenstands. Hinsichtlich des Erwerbs führt der Senat ausdrücklich aus, dass Erwerbsgegenstand der schuldrechtliche Anspruch gegen den Erben ist. Beim sog. Sachvermächtnis handelt es sich um den Anspruch auf Herausgabe des im Wege des Vermächtnisses zugewandten Gegenstands, jedoch nicht um den Gegenstand selbst. Lediglich für die Bewertung des Anspruchs für Zwecke der Erbschaftsteuer entspricht es gefestigter Senatsrechtsprechung, dass der Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstands nach dem Steuerwert des im Wege des Vermächtnisses zugewandten Gegenstands zu bewerten ist (BFH-Urteil in BFHE 272, 521 Rdnr. 22 m. w. N.).

21 gg) Nichts anderes folgt aus den Entscheidungen des BFH zu den Steuerbegünstigungen für ein Familienheim (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b und Nr. 4c ErbStG) und für vermietete Immobilien (§ 13c ErbStG a. F., heute: § 13d ErbStG). Der Senat hat dort jeweils die Anwendung der Steuerbegünstigungsvorschriften auf einen Erwerb durch Vermächtnis dem Grunde nach bejaht (vgl. BFH-Urteile vom 29.11.2017, II R 14/16, BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 3, 12 und 13 zu einem durch eine Auflassungsvormerkung

gesicherten Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Familienheim durch den überlebenden Ehegatten nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG, und vom 11.12.2014, II R 24/14, BFHE 248, 202 = BStBl. II 2015, S. 340 Rdnr. 1 und 14 ff., zur Anwendung des verminderten Wertansatzes nach § 13c ErbStG a. F. auf ein durch Vermächtnis erhaltenes mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück, Versagung der Steuerbegünstigung mangels Vermietung). § 13 Abs. 1 Nr. 4b und Nr. 4c ErbStG und § 13c ErbStG a. F. erfordern im Tatbestand u. a. jeweils einen Erwerb von Todes wegen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, der nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ErbStG ausdrücklich auch einen Erwerb durch Vermächtnis umfasst. Im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG setzen sie jedoch mangels Verweises auf § 121 BewG nicht das Vorliegen von Inlandsvermögen voraus.

22 c) Soweit dem BFH-Urteil in BFHE 258, 74 = BStBl. II 2017, S. 1200 Rdnr. 1, 14 und 35 inzident zu entnehmen sein könnte, dass der Erwerb von inländischem Grundvermögen aufgrund eines Vermächtnisses bei nicht im Inland wohnhaften Steuerpflichtigen der beschränkten Erbschaftsteuer nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG i. V. m. § 121 Nr. 2 BewG unterliegt, hält der Senat daran jedenfalls nicht mehr fest.

23 3. Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung erweist sich auch nicht im Ergebnis als richtig und war daher aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Der angefochtene Erbschaftsteuerbescheid, die dazu ergangene Einspruchsentscheidung sowie die Änderungsbescheide vom 18.11.2016 und vom 10.01.2018 sind rechtswidrig und waren ebenfalls aufzuheben (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).

24 Der vermächtnisweise Erwerb des Anspruchs auf Übertragung des Miteigentumsanteils an dem im Inland belegenen Grundstück unterliegt im Entscheidungsfall weder der unbeschränkten noch der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht. Es kann dahingestellt bleiben, welches ausländische Recht auf das Vermächtnis anwendbar ist und ob das Vermächtnis nach dem ausländischen Erbstatut dingliche Wirkung entfaltet. Im Inland ist es als Damnationslegat anzusehen (vgl. oben unter II. 2. b) ee)).

(...)

22. Zahlungen für den Verzicht auf ein Wohnungsrecht als sofort abziehbare Werbungskosten

BFH, Urteil vom 20.09.2022, IX R 9/21 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 02.07.2020, 2 K 228/19)

EStG §§ 7, 9 Abs. 1 Satz 1 und 3 Nr. 7, § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG a. F. § 21 Abs. 2 HGB § 255 Abs. 1

LEITSATZ:

Ein für die Annahme vorab entstandener Werbungskosten erforderlicher, ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang mit künftigen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist anzunehmen, wenn der Berechtigte eines mit einem dinglich gesicherten Wohnungsrecht belasteten Erbbaurechts dem Wohnungsberechtigten ein Entgelt dafür zahlt, dass dieser der Löschung seines Wohnungsrechts zustimmt und das Gebäude räumt und es so erreicht, das Wohngebäude zu vermieten und Einkünfte daraus zu erzielen (Anschluss an BFH-Urteile vom 26.01.2011, IX R 24/10, BFH/NV 2011, 1480 und vom 11.12.2012, IX R 28/12, BFH/NV 2013, 914).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Streitig ist, ob Aufwendungen des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) für die Ablösung eines Wohnungsrechts als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzugsfähig sind.

2 Der Kläger, der im Streitjahr (2017) mit seiner Ehefrau, der Klägerin und Revisionsklägerin, zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurde, hatte im Jahr 2012 – gemeinschaftlich mit seiner Schwester (S) – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge u. a. das Erbbaurecht für ein Grundstück in X erworben. Auf dem Grundstück befindet sich ein Wohngebäude (Doppelhaushälfte). Das Erbbaurecht war u. a. mit einem Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1 BGB) zugunsten der A belastet.

3 Unter dem 31.03.2017 schlossen der Kläger und S einen notariell beurkundeten Vertrag über eine Erbteilsübertragung, mit dem S ihren Anteil an dem Erbbaurecht gegen Zahlung eines Einmalbetrages i. H. v. 30.000 € auf den Kläger übertrug; Besitz, Nutzen und Lasten gingen am Tag der Beurkundung auf den Kläger über. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19.09.2017 verzichtete A gegen Zahlung einer einmaligen „Ausgleichsschädigung“ i. H. v. 40.000 € auf ihr Wohnungsrecht und verpflichtete sich, das Gebäude bis zum 30.11.2017 zu räumen. Die Kosten der notariellen Beurkundung in Höhe von insgesamt 3.591,89 € trug der Kläger. Nach einer umfassenden Renovierung wird die Doppelhaushälfte seit dem 01.05.2018 vom Kläger dauerhaft zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung genutzt.

4 Im Rahmen ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger für die Doppelhaushälfte in X vorab entstandene Werbungskosten in Höhe von insgesamt 46.065,89 € geltend. Diese umfassten neben den Absetzungen für Abnutzung (AfA) i. H. v. 1.620 € sowie den Auf-

wandsbeträgen für Grundsteuer (58 €), Wasserversorgung/Entwässerung (34 €) und Erbbauzinsen (762 €) auch die Ausgleichsentschädigung für das Wohnungsrecht (40.000 €) und die Notarkosten für die Beurkundung des Verzichts auf das Wohnungsrecht (3.591,89 €). Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) wertete die Ausgleichsentschädigung für die Aufgabe des Wohnungsrechts und die damit im Zusammenhang stehenden Beurkundungskosten nicht als Werbungskosten, sondern als Anschaffungskosten des Wohngebäudes und berücksichtigte den insoweit vom Kläger getragenen Aufwand durch Erhöhung der im Streitjahr anzusetzenden AfA. Den Erhöhungsbetrag ermittelte das FA aus den Gesamtaufwendungen für Ausgleichsentschädigung und Beurkundung i. H. v. 43.591,89 € × 2 % lineare AfA für den Zeitraum von vier Monaten (pro rata temporis), insgesamt 291 €; dieser Betrag wurde dem bisherigen AfA-Betrag (1.620 €) aufgeschlagen und eine Gesamt-AfA i. H. v. 1.911 € gebildet.

5 Der hiergegen gerichtete Einspruch der Kläger hatte keinen Erfolg.

6 Das FG wies die Klage der Kläger im vorliegend bedeutsamen materiellrechtlichen Streitpunkt – der Anerkennung der Ausgleichsentschädigung und der Notarkosten als Werbungskosten – als unbegründet ab. Es ging davon aus, dass die Ausgleichsentschädigung dazu diene, die vom Kläger bezweckte Betriebsbereitschaft der Doppelhaushälfte herzustellen; mithin handele es sich um (nachträgliche) Anschaffungskosten. Soweit der BFH in den Urteilen vom 26.01.2011, IX R 24/10 (BFH/NV 2011, 1480) und vom 11.12.2012, IX R 28/12 (BFH/NV 2013, 914) eine Überlagerung des (ursprünglichen) Veranlassungszusammenhangs für möglich erachtet habe, wenn Aufwendungen nicht nur die Lastenfreiheit des Grundstücks (= ursprünglicher Veranlassungszusammenhang) bewirkten, sondern ermöglichen sollten, das Grundstück zur Einkunftserzielung (= neuer Veranlassungszusammenhang) zu nutzen, seien die Grundsätze der genannten Entscheidungen nicht auf den Streitfall übertragbar; vorliegend sei der vom Kläger mit dem (entgeltlichen) Verzicht auf das Wohnungsrecht verfolgte Zweck, unbelastetes Eigentum zu erlangen, nicht überlagert worden. Allerdings habe das FA die Höhe der – mithin nur im Rahmen der AfA zu berücksichtigenden – Aufwendungen des Klägers unzutreffend ermittelt. Nachdem der Kläger bereits im Jahr 2012 das hälftige Erbbaurecht mit der aufstehenden Doppelhaushälfte im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge von seinem verstorbenen Vater erworben und am 31.03. des Streitjahres den weiteren hälftigen Anteil von S übernommen habe, entfielen die nachträglichen Anschaffungskosten aus dem Wegfall des dinglichen Nutzungsrechts zur einen Hälfte auf den 2012 erworbenen Anteil und zur anderen Hälfte auf den im März 2017 erworbenen Anteil. Der als AfA im Streitjahr anzusetzende Aufwand des Klägers betrage daher 800 € statt – wie vom FA angesetzt – lediglich 291 €. Die Klage sei mithin im Umfang von 509 € begründet.

7 Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger. Sie vertreten weiter die Auffassung, die Ausgleichsentschädigung für das Wohnungsrecht und die im Zusammenhang mit dessen

Löschung angefallenen Beurkundungskosten seien im Streitjahr in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen, da sie dazu gedient hätten, die – ab Mai 2018 verwirklichte – entgeltliche Nutzungsüberlassung der Doppelhaushälfte (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zu ermöglichen. Die Grundstücksnutzung nach der Ablösung des Erbbaurechts begründe den wirtschaftlichen Zusammenhang der Ablöseaufwendungen mit den vom Kläger erzielten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und überlagere den ursprünglichen dinglichen Bezug; die Ablösung der dinglichen Belastung habe dem alleinigen Zweck gedient, künftig Vermietungseinkünfte zu erzielen. Bei den Zahlungen für den Verzicht auf das Wohnungsrecht handele es sich auch nicht um Betriebsbereitschaftskosten i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB. Das Gebäude sei bereits im Zeitpunkt der Übernahme 2012 in einem betriebsbereiten Zustand gewesen, denn es sei bereits zu Wohnzwecken genutzt worden. Die Aufwendungen stellten auch keine nachträglichen Anschaffungskosten auf das langfristig bestehende Erbbaurecht oder das aufstehende, von den Eltern des Klägers bereits 1984 erworbene Gebäude dar. Es verbleibe daher nur eine Einordnung der Zahlung als sofort abzugsfähige Werbungskosten. Dies entspreche auch im Ergebnis der Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BFH-Urteile in BFH/NV 2011, 1480 und in BFH/NV 2013, 914). Für die Frage des Werbungskostenabzugs könne es insbesondere nicht darauf ankommen, ob die „Ablösung“ des Wohnungsrechts auf schuldrechtlicher Basis gegen laufendes Entgelt (Übernahme der Mietkosten) oder aber auf dinglicher Basis durch die Löschung des Wohnungsrechts gegen einmaliges Entgelt durchgeführt werde.

(...)

11 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils und zur Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

12 1. Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger die Ausgleichsentschädigung für das gelöschte Wohnungsrecht und die in diesem Zusammenhang angefallenen Beurkundungskosten nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen kann.

13 a) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen. Sie sind nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EStG bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung abzuziehen, wenn sie bei ihr erwachsen, und das heißt, durch sie veranlasst sind. Fallen Aufwendungen mit der beabsichtigten Vermietung eines noch zu renovierenden Wohngrundstücks an, bevor mit dem Aufwand zusammenhängende Einnahmen erzielt werden, können sie als vorab entstandene Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart besteht, in deren Rahmen der Abzug begehrt wird (st. Rspr., vgl. zum Beispiel Senatsurteile vom 12.05.2009, IX R 18/08, BFH/NV 2009, 1627 unter II. 1.; vom 11.12.2012, IX R 14/12, BFHE 239,

453 = BStBl. II 2013, S. 279 Rdnr. 10; vom 09.05.2017, IX R 24/16, BFHE 257, 429 = BStBl. II 2018, S. 168 Rdnr. 14).

14 Derartige – vorab entstandene – Aufwendungen sind dann nicht als Werbungskosten sofort abziehbar, wenn es sich um Anschaffungskosten handelt. In diesem Fall sind sie nur im Rahmen der AfA zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 EStG). Welche Aufwendungen zu den Anschaffungskosten zählen, bestimmt sich auch für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 Abs. 1 HGB. Anschaffungskosten sind danach diejenigen Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen (Senatsurteil in BFH/NV 2011, 1480 Rdnr. 8 m. w. N.).

15 b) Die (ältere) höchstrichterliche Rechtsprechung ist beispielsweise dann von einem Anschaffungsvorgang ausgegangen, wenn der Eigentümer eines Grundstücks ein daran bestehendes dingliches oder vermächtnishalber eingeräumtes Wohnungsrecht ablöst, um die insoweit bestehende Beschränkung seiner Eigentümerbefugnis (§ 903 BGB) zu beseitigen (vgl. Senatsurteile vom 21.07.1992, IX R 14/89, BFHE 169, 313 = BStBl. II 1993, S. 484 zur Ablösung eines aufgrund Vermächtnisses eingeräumten Wohnrechts, um das Wohnobjekt künftig selbst zu nutzen; vom 15.12.1992, IX R 323/87, BFHE 169, 386 = BStBl. II 1993, S. 488 zur Ablösung eines dinglichen Wohnrechts, um Unstimmigkeiten mit dem Wohnberechtigten zu beenden und die Nutzungsmöglichkeiten eines Hausgrundstückes zu erweitern; Urteil vom 28.11.1991, XI R 2/87, BFHE 166, 263 = BStBl. II 1992, S. 381 zur Erbauseinandersetzung durch Einräumung eines Wohnrechts, anschließender Ablösung des Wohnrechts und nachfolgender Selbstnutzung der Wohnung; siehe auch Urteil vom 21.12.1982, VIII R 215/78, BFHE 138, 44 = BStBl. II 1983, S. 410 zu Zahlungen für die Aufhebung eines Erbbaurechts, um ein gegen den Erbbauberechtigten gerichtetes Zwangsversteigerungsverfahren abzuwenden).

16 Einen ausreichend bestimmten wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den – ursprünglich zur Beseitigung bestehender Beschränkungen der Eigentümerbefugnis getätigten – Aufwendungen und einer später verwirklichten Einkunftsart hat die Rechtsprechung in den genannten Urteilen selbst dann nicht anerkannt, wenn der Steuerpflichtige in der Folge den Tatbestand des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG a. F. – etwa durch Erzielung von Erbbauzinsen aus einem später abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag (vgl. BFH-Urteil in BFHE 138, 44 = BStBl. II 1983, S. 410) – oder den des § 21 Abs. 2 1. Alternative EStG a. F. – durch Selbstnutzung der Wohnung im eigenen Haus (sog. Nutzungswertbesteuerung, vgl. BFH-Urteil in BFHE 166, 263 = BStBl. II 1992, S. 381) – verwirklicht hatte. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass bei einer doppelten Veranlassung – einerseits durch die beabsichtigte Beseitigung einer Beschränkung der Eigentümerbefugnis als auch andererseits durch die beabsichtigte zukünftige Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung – der erstgenannte Zusammenhang „entscheidend“ sei (so Senatsurteil in BFHE 169, 386 = BStBl. II 1993, S. 488 unter 3. a)).

17 c) Demgegenüber hat der erkennende Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung Aufwendungen des Grundstückseigentümers zur Ablösung dinglicher oder schuldrechtlicher Nutzungsrechte Dritter zu den sofort abziehbaren Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gerechnet, wenn sie dem Abschluss eines neuen Nutzungsüberlassungsvertrages und mithin der (künftigen) Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung dienen (Senatsurteile in BFH/NV 2011, 1480, zum Erbbaurecht und in BFH/NV 2013, 914 zum Wohnungsrecht). Der Senat ging in diesem Zusammenhang davon aus, dass die Grundstücksnutzung nach der Ablösung des Nutzungsrechts den wirtschaftlichen Zusammenhang der Ablöseaufwendungen mit der beabsichtigten Einkunftszielung begründe und dieser den dinglichen Bezug überlagere (allgemein zum Überlagerungsgedanken siehe Senatsurteil vom 14.12.2004, IX R 34/03, BFHE 208, 232 = BStBl. II 2005, S. 343 unter II. 1. b)).

18 Als maßgeblich für die Anerkennung vorab entstandener Werbungskosten hat es der Senat in den genannten Fällen angesehen, dass sowohl vor als auch nach dem Anfall von Aufwendungen zur Ablösung bestehender Nutzungsrechte eine Nutzungsüberlassung durch den Eigentümer stattfand, und zwar vorher zu wirtschaftlich ungünstigeren Bedingungen (insoweit zutreffend: BFH, Urteil vom 07.06.2018, IV R 37/15, BFH/NV 2018, 1082). Vor diesem Hintergrund hatte der Senat in seiner Entscheidung in BFH/NV 2011, 1480 Aufwendungen für die Aufhebung eines Erbbaurechts als vorab entstandene Werbungskosten des Steuerpflichtigen anerkannt, da der Steuerpflichtige die Aufwendungen getätigt hatte, um ein mit einem höheren Erbbauzins verbundenes neues Erbbaurecht zu bestellen. In seiner Entscheidung in BFH/NV 2013, 914 hatte der Senat Zahlungen des Steuerpflichtigen für den (schuldrechtlichen) Verzicht eines Angehörigen auf die Ausübung eines (unentgeltlichen) Wohnungsrechts als vorab entstandene Werbungskosten anerkannt, da der Steuerpflichtige die aufgrund des Verzichts freigewordene Wohnung nunmehr vermieten konnte und damit die bisher gewährte unentgeltliche Nutzungsüberlassung durch eine entgeltliche ersetzte.

19 2. Nach diesen Rechtsprechungsgrundsätzen besteht im Streitfall ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den geltend gemachten Aufwendungen des Klägers und seinen – seit dem 01.05.2018 erzielten – Einkünften aus Vermietung und Verpachtung; sie sind daher als vorab entstandene Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zu berücksichtigen.

20 Der Kläger hat das maßgebliche Erbbaurecht an dem Grundstück in X – teilweise unentgeltlich im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und teilweise durch entgeltliche Erteilsübertragung – erworben; im Zeitpunkt des Erwerbs war das Erbbaurecht mit einem dinglich gesicherten Wohnrecht zugunsten der A belastet. In der Gewährung des Wohnungsrechts liegt eine unentgeltliche Nutzungsüberlassung seitens des Klägers (Senatsurteil vom 17.12.2003, IX R 60/98, BFHE 204, 485 = BStBl. II 2004, S. 646 unter

II. 2. d) aa)). Diese unentgeltliche Überlassung hat der Kläger durch eine entgeltliche Nutzungsüberlassung ersetzt. Hierzu war er in der Lage, weil die Doppelhaushälfte durch den Verzicht der A freigeworden war und nunmehr an Dritte vermietet werden konnte. Der hierdurch entstandene Aufwand steht in einem ausreichend bestimmten wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem aus der Vermietung erzielten Einnahmen und ist mithin als (vorab entstandene) Werbungskosten zu berücksichtigen. Denn die Grundstücksnutzung nach Ablösung des Wohnungsrechts stellt den Zusammenhang der insoweit getätigten Aufwendungen mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung her; sie überlagert den dinglichen Bezug. Ohne Bedeutung ist es in diesem Zusammenhang, dass der Verzicht auf das Wohnungsrecht nicht nur schuldrechtlich vereinbart wurde (vgl. Senatsurteil in BFH/NV 2013, 914, Rdnr. 12), sondern das dingliche Recht zudem im Erbbaugrundbuch gelöscht wurde.

21 3. Die Vorinstanz ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen; ihre Entscheidung, wonach der Kläger die Ausgleichsentschädigung für das gelöschte Wohnungsrecht und die in diesem Zusammenhang angefallenen Beurkundungskosten nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen könne, kann daher keinen Bestand haben.

22 4. Die Sache ist spruchreif.

23 a) Über die Höhe des vom Kläger getragenen Aufwands besteht kein Streit. Mithin sind im Ausgangspunkt von den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung weitere (vorab entstandene) Werbungskosten in Gestalt der Ausgleichsentschädigung (40.000 €) sowie der Notarkosten für die Beurkundung des Verzichts auf das Wohnungsrecht (3.591,89 €) abzuziehen. Zu saldieren ist die im Einkommensteuerbescheid wegen derselben Aufwendungen (zu Unrecht) erhöhte AfA von 291 €. Danach ergeben sich weitere Werbungskosten von 43.301 €. Der Antrag des Klägers war dementsprechend auszulegen.

24 b) Die Berechnung der Einkommensteuer wird dem FA übertragen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 121 Satz 1 FGO). Zu beachten ist dabei, dass es einer gesonderten Korrektur der AfA nicht mehr bedarf, weil die (zu Unrecht gewährte) erhöhte AfA bereits von der Summe der eigentlich zustehenden weiteren Werbungskosten abgezogen worden ist.

25 5. Der Senat weicht mit dieser Entscheidung nicht vom Urteil des IV. Senats in BFH/NV 2018, 1082 ab.

26 Der IV. Senat ging in jener Entscheidung davon aus, dass Aufwendungen im Zusammenhang mit der Löschung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, welche zugunsten der Gemeinde bestellt war, der Sicherung von Vorgaben der öffentlichen Bauleitplanung diene und die Nutzbarkeit eines Grundstücks einschränkte, zu nachträglichen Anschaffungskosten für das Grundstück führen. Soweit der IV. Senat zu dem Schluss kam, dass eine Überlagerung des ursprünglichen Veranlassungszusammenhangs (Beseitigung einer Nutzungseinschränkung des Grundstücks durch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit) in jenem Streitfall durch einen neuen Veranlassungszusammenhang (Erzielung von Einkünften aus einem neu bestellten Erbbaurecht) nicht vorliege, weil es der Grundstückseigentümerin nicht auf eine wirtschaftlich verbesserte, dem Grunde nach aber identische Nutzung (Austausch eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses durch ein wirtschaftlich „optimiertes“ Nutzungsüberlassungsverhältnis), sondern auf eine andere Nutzung (für Zwecke des Einzelhandels) angekommen sei, ist jener Sachverhalt schon nicht mit dem vorliegenden Streitfall vergleichbar. Aber auch die vom IV. Senat getroffene Grundaussage zur steuerrechtlichen Einordnung von Aufwendungen zur Beseitigung von öffentlich-rechtlichen, dinglich gesicherten Nutzungseinschränkungen eines Grundstücks berührt die Entscheidung des Senats im vorliegenden Streitfall nicht; hiervon geht im Übrigen auch der IV. Senat in seiner Urteilsbegründung aus (BFH-Urteil in BFH/NV 2018, 1082 Rdnr. 34).

(...)

Hinweise für die Praxis

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes¹

Neue Richtzahl seit 01.10.2023: 26,9

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 01.10.2023 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 26,9. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen (OLG München, Rpfleger 2019, 57 = ZfIR 2018, 574). Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl., § 46 Rdnr. 59).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer)

erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 ff.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 168).

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 09.04.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBL 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG
- seit 01.10.2023 für Gebäude 26,9

Anleitung:

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert (vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04).

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten un-

¹ Anschluss an MittBayNot 2023, 91.

terschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesem Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs in Erfahrung gebracht werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (z. B. unter http://www.versicherung-vergleiche.de/gebaeudeversicherung/gebaeude_vergleich.php). Werden keine

zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderlichen Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz-Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz-Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mithilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	21,305	21,305	21,305	21,090	20,874
2	21,090	21,305	20,874	20,659	20,014
3	20,874	21,090	20,659	20,229	19,368
4	20,659	21,090	20,444	19,798	18,722
5	20,444	20,874	20,229	19,368	17,862
6	20,229	20,874	19,798	18,938	17,216
7	20,014	20,659	19,583	18,507	16,570
8	19,798	20,659	19,368	18,077	15,710
9	19,583	20,444	19,153	17,646	15,064
10	19,368	20,229	18,722	17,216	14,418
11	19,153	20,229	18,507	16,786	13,558

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebens- dauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäude- alter in Jahren					
12	18,938	20,014	18,292	16,355	12,912
13	18,722	20,014	18,077	15,925	12,266
14	18,507	19,798	17,646	15,494	11,406
15	18,292	19,583	17,431	15,064	10,760
16	18,077	19,583	17,216	14,634	10,114
17	17,862	19,368	17,001	14,203	9,254
18	17,646	19,153	16,570	13,773	8,608
19	17,431	19,153	16,355	13,342	7,962
20	17,216	18,938	16,140	12,912	7,102
21	17,001	18,722	15,925	12,482	und darüber (Restwert = 30 %) 6,456
22	16,786	18,722	15,494	12,051	
23	16,570	18,507	15,279	11,621	
24	16,355	18,292	15,064	11,190	
25	16,140	18,077	14,849	10,760	
26	15,925	18,077	14,418	10,330	
27	15,710	17,862	14,203	9,899	
28	15,494	17,646	13,988	9,469	
29	15,279	17,431	13,773	9,038	
30	15,064	17,216	13,342	8,608	
31	14,849	17,216	13,127	8,178	
32	14,634	17,001	12,912	7,747	
33	14,418	16,786	12,697	7,317	
34	14,203	16,570	12,266	6,886	
35	13,988	16,355	12,051	und darüber (Restwert = 30 %) 6,456	
36	13,773	16,355	11,836		
37	13,558	16,140	11,621		



Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebens- dauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäude- alter in Jahren					
38	13,342	15,925	11,190		
39	13,127	15,710	10,975		
40	12,912	15,494	10,760		
41	12,697	15,279	10,545		
42	12,482	15,064	10,114		
43	12,266	14,849	9,899		
44	12,051	14,634	9,684		
45	11,836	14,418	9,469		
46	11,621	14,203	9,038		
47	11,406	13,988	8,823		
48	11,190	13,773	8,608		
49	10,975	13,558	8,393		
50	10,76	13,342	7,962		
51	10,545	13,127	7,747		
52	10,330	12,912	7,532		
53	10,114	12,697	7,317		
54	9,899	12,482	6,886		
55	9,684	12,266	6,671		
56	9,469	12,051	und darüber (Restwert = 30 %) 6,456		
57	9,254	11,836			
58	9,038	11,621			
59	8,823	11,406			
60	8,608	11,190			
61	8,393	10,975			
62	8,178	10,760			
63	7,962	10,545			
64	7,747	10,330			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebens- dauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäude- alter in Jahren					
65	7,532	9,899			
66	7,317	9,684			
67	7,102	9,469			
68	6,886	9,254			
69	6,671	9,038			
70	und darüber (Restwert = 30 %) 6,456	8,608			
71		8,393			
72		8,178			
73		7,962			
74		7,747			
75		7,317			
76		7,102			
77		6,886			
78		und darüber (Restwert = 30 %) 6,671			
79					
80					

Stand: 01.10.2023



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STÄNDESNACHRICHTEN

Teil 5: Wie beeinflusst der Notar die Beratung?

Von Notarin Dr. Claudia Balzer, Nürnberg

Die Expertise von Notaren reicht weit über ihr Fachwissen hinaus, wenn sie ihre Persönlichkeit und ihre Werte offen und transparent in die Beratung ihrer Mandanten einbringen. Der Artikel erläutert, warum dies insbesondere mit Blick auf langfristig wirksame Entscheidungen wichtig für eine fundierte Willensbildung der Mandanten ist. Dabei wird deutlich, dass die eigene Persönlichkeit eines jeden Notars ein wichtiges Beratungswerkzeug ist, das KI nicht besitzt.

Der Notar ist gemäß seiner Aufgabe und nach seinem Selbstverständnis „neutral“. Das beinhaltet, bei Austauschverträgen, nicht Partei für eine Seite zu ergreifen. Bei gleichgerichteten Interessen ist der Wille der Mandanten zu achten. Muss der Notar das Bilden eines beurkundungsfähigen Willens begleiten – was häufig der Fall ist –, so darf er dem Mandanten nicht die eigenen Vorstellungen überstülpen. Diese Willensentwicklung und -formung, die von *Wolfsteiner*¹ für viele Fälle als die „Kernaufgabe“ des Notars bezeichnet wurde, besteht gerade nicht im bloßen Herausfiltern von Daten und Fakten aus den Angaben des Mandanten, wie es die KI auch könnte. Es bedarf sowohl aufseiten des Notars als auch des Mandanten viel mehr, um verschiedene juristisch denkbare Lösungsvorschläge auf ihre Geeignetheit zu untersuchen und eine Lösung zu entwickeln, die als stimmig und dem Willen des Mandanten gemäß empfunden wird. Es bedarf der Bewertung! Dabei ist Bewerten ein innerer Vorgang, der über das Abklären von Fakten hinausgeht und durch eine große emotionale Komponente geprägt ist, die der KI als pure Wahrscheinlichkeits-Rechenmaschine zumindest derzeit nicht zur Verfügung steht.

Die Entscheidung „Das will ich!“ benötigt ein inneres Wohlfühlgefühl, einen kinästhetisch, also im Körper, abgebildeten Ausdruck von Stimmigkeit der Lösung für die persönliche Situation. Das ist auch ein Mehr im Vergleich zu „Wird schon passen – der Notar wird es schon richtig machen“, was leider oft als Gefühl übrig bleiben dürfte, wenn es nicht gelingt, den Mandanten für den Verstehens-Prozess zu gewinnen, der für die eigene Willensbildung erforderlich ist.

Wie entwickelt sich in der Interaktion zwischen Mandant und Notar eine solche stimmige Lösung und wie beeinflusst der Notar diesen Prozess, auch wenn er seiner Rolle gemäß dem Willen des Mandanten Priorität einräumt?

I. Verstehen als Ergebnis menschlicher Interaktion auf allen Sinneskanälen

Der Mandant kommt mit einem Thema, das er als Laie beschreibt. Er erläutert seinen aktuellen Istzustand und er stellt sich möglicherweise einen bestimmten Zielzustand vor. Nach seiner Vorstellung bedarf es einer Notarurkunde,

um von Punkt A (Istzustand) nach Punkt B (Zielzustand) zu gelangen, weswegen er den Notar aufsucht. Er kann schon eine generische Vorstellung („Schenkung mit Nießbrauch“) haben oder sein Thema ist unkonkret (zum Beispiel „vorzuzusorgen, falls was passiert“).

Gerade bei Vorgängen, die das Familiensystem betreffen und eine langfristige Auswirkung auf das Leben des Mandanten haben, sind sehr viele Faktoren relevant. Damit ein Mandant Lösungsvorschläge überhaupt bewerten kann, muss der Notar ihn zunächst auf viele Details und deren mögliche Konsequenzen aufmerksam machen. Natürlich ist es stets möglich, zum Beispiel eine Überlassung einer Immobilie mit vorbehaltenen Rechten in einer juristisch korrekten Urkunde niederzulegen. Doch ist diese für den Mandanten und sein Familien-Mobile² auch noch in 10 oder 20 Jahren stimmig, wenn sich die gesundheitliche oder finanzielle Situation der Familienmitglieder geändert hat und nun bestimmte Handlungsoptionen – beispielsweise der Verkauf der Immobilie für die Finanzierung eines Pflegeplatzes – benötigt würden?

II. Beratung heißt, zukünftige Szenarien vorstellbar zu machen

Wird aus einem speziellen Grund ein Notar aufgesucht, fokussiert sich der Mandant oft auf diesen einen Grund und das Szenario, aus dem heraus er jetzt etwas tun möchte. Andere Szenarien, gerade die unangenehmen, fließen nur bedingt in seine Überlegungen ein. Zum einen fehlen dem Mandanten das Wissen und die Erfahrung, um alternative Szenarien vor dem Hintergrund juristischer Gestaltungsmöglichkeiten sinnvoll durchspielen zu können. Zum anderen liegt dies an einer Grundfunktion des Gehirns, die an sich nützlich ist, aber hier stört: Der Mensch geht bei seiner Zukunftsplanung typischerweise davon aus, dass alles bleibt wie bisher. Aus dieser Perspektive heraus bildet er oft seinen Willen. Die Zukunft bleibt vage – und so genau möchte er darüber auch nicht nachdenken.

Viele notarielle Vorgänge wirken sich jedoch erst in vielen Jahren spürbar aus. Um dies Mandanten verständlich zu machen, bedarf es des Durchspielens verschiedener Szenarien, die in der weiteren Lebenszeit vorkommen können. Dies liefert dem Notar und seinem Mandanten viele Erkenntnisse über reine Daten und Fakten hinaus, wie eine Lösung gestaltet sein kann, die bei üblichen Störfällen wie Unfall, Krankheit und Tod tragfähig bleibt. Über solche „Als-Ob-Vorstellungen“ wird die Zukunft in Bildern greifbar. Abstrakte Worte wie „Pflegefallvorsorge“ haben diese Kraft nicht.

1 *Wolfsteiner*, Der wahre Wille, DNotZ 2020, 455.

2 Siehe Teil 4, MittBayNot 2023, 651 zur systemischen Komponente der notariellen Tätigkeit.

Echte Beratung will und kann daher nicht nur ein möglichst günstiges, durch die gegenwärtige Situation geprägtes Szenario betrachten. Sie will vielmehr – vor allem bei langfristigen wirksamen Entscheidungen – die Mandanten und ihr Familiensystem auch für übliche Krisen in der Zukunft gerüstet sehen.

III. Menschliche Interaktion bildet den Raum für die Lösungsentwicklung

Erfährt ein erfahrener Notar von seinem Mandanten, wie dessen aktuelle Lebenssituation ausgestaltet ist, kann er aufgrund seiner Lebens- und Berufserfahrung mögliche Zukunftsszenarien spontan entwickeln. Stimmklang, Gestik und Mimik des Mandanten liefern ihm gleichzeitig viele Informationen zu dessen emotionaler Verfassung, seinen Annahmen, Wünschen und Ängsten. Diese werden oft intuitiv erfasst und der Notar kann sich so in die Situation einfühlen und sich innerlich damit beschäftigen. Dies ermöglicht ihm einen emotional-kinästhetischen Abgleich mit seinen Erfahrungen, welche Lösungen sich stimmig anfühlen und an welchen Stellen, gerade in der Zukunft mit ihren möglichen Szenarien, ein Störgefühl entsteht. Solche Störgefühle stoßen die Entwicklung alternativer Lösungsvorschläge an, auf die der Mandant wiederum reagieren kann. In diesem Dialog über unterschiedliche Zukunftsszenarien, Lösungsvorschläge und deren Bewertung entwickelt sich für Notar und Mandant ein Gefühl von der Stimmigkeit generell denkbarer Optionen und letztlich der Wille, der dann beurkundet wird.

Dieses typisch menschliche Wechselspiel, das der Notar mit seiner aufmerksamen, zugewandten Präsenz moderiert, indem er die Informationen des Mandanten auf allen Kommunikationskanälen ausliest und verarbeitet und ebenso vielschichtig kommuniziert, wird als emotionale Verbindung erlebt. Mandanten fühlen sich verstanden und entwickeln Vertrauen. In diesem Wechselspiel werden die menschlichen Qualitäten der Beratung spürbar, mit denen der Notar seine fachliche Expertise überhaupt erst für konkrete Lebens-Sachverhalte anwendbar macht. Ob das eine KI jemals wird erlernen können, lässt sich zumindest derzeit bezweifeln.

IV. Die Persönlichkeit des Notars als wichtige Beratungskompetenz

Sein Gefühl von Stimmigkeit oder sein Störgefühl bei juristisch jeweils denkbaren Lösungen – also die Bewertung als „gut zur gegenwärtigen Situation des Mandanten passend“ und „auch in den bei ihm wahrscheinlichen Zukunftsszenarien handhabbar“ oder „eher problematisch“ – generiert der Notar aus seinen persönlichen Erfahrungen, miterlebten Geschichten seiner Mandanten und in Rechtsprechung und Literatur berichteten Fällen, in denen Probleme mit einer konkreten Gestaltung auftraten, die es künftig durch eine spezielle Gestaltung der Urkunden zu vermeiden gilt. Um aber die im Berufsleben erlebten und mitgeteilten Fälle bewerten, also kinästhetisch als Problem oder Lösung wahrnehmen zu können, bedarf es eigener Erfahrung von emotional relevanten Situationen.

Nahezu jeder Mensch weiß seit seiner Kindheit, in welchen Situationen er Angst, Furcht, Ohnmacht, Ausgeliefertsein

oder Freude, Zuneigung, familiäre Nähe und Zusammenhalt, Liebe etc. gefühlt hat. Er hat eine Vielzahl derartiger Situationen als unbewusst vorhandene Blaupausen zusammen mit den jeweiligen Emotionen gespeichert, die er beim Hineinfühlen in erzählte Situationen automatisch mit aufruft und daher miterleben kann. Dieser Erfahrungsschatz, der die Persönlichkeit eines Menschen maßgeblich mitbestimmt, fehlt einer KI.

Die Bewertung, ob eine Lösung mit den eigenen Wertvorstellungen übereinstimmt, diese als passend empfunden wird oder bei bestimmten Zukunftsszenarien als zu risikoreich, hat stets nur zu einem Teil mit Fakten und Ratio zu tun. Zu einem ganz wesentlichen Teil beruht diese Bewertung auf der eigenen Persönlichkeit und den eigenen abgespeicherten, emotional konnotierten Erfahrungen. Diese ermöglichen es einem Menschen auch, sich in andere einzufühlen, weil ähnliche Situationen aus dem eigenen Erfahrungsschatz das Gefühl zu einer vom Gegenüber erzählten oder einer vorgestellten Situation liefern. Ohne emotional abgespeicherte Erfahrungen, ohne Persönlichkeit, fehlt es an der Möglichkeit, zu bewerten und sich einzufühlen – beides elementare Grundlagen der Beratung.

V. Bewusstsein für die eigene Persönlichkeit gibt dem Willen des Mandanten Raum

Eben weil die Gesamtpersönlichkeit des Beraters in allen Facetten in die Beratung involviert sein muss und sie beeinflusst, hilft es dem Berater sehr, Klarheit über seinen persönlichen Erfahrungsschatz gerade der unbewussten Teile aus Kindheit, Jugend, Herkunftsfamilie etc. zu erlangen, um die Relevanz seiner Beratung für den Mandanten zu erhöhen. Der unbewusste, nicht reflektierte Umgang mit den eigenen inneren „Voreinstellungen“, also den eigenen Werten, Vorstellungen, Ängsten und Bedürfnissen, die – weil unbewusst – als universell gültig und nicht individuell wahrgenommen werden, führt leicht dazu, dass der Notar „den Beteiligten den Willen des Notars als eigenen“ einpflanzt,³ wie *Wolfsteiner* treffend diagnostizierte. Dies gilt insbesondere bei Mandanten, die es „richtig“ machen wollen und dabei dem Notar als amtliche Instanz die Deutungsmacht von „richtig“ übertragen und dabei übersehen, dass fallbezogen „richtig“ weit mehr ist als eine juristisch korrekte Urkunde. Ist sich der Notar jedoch bewusst, dass seine eigenen Vorannahmen und Prägungen auch nur eine ganz individuelle Weltsicht von vielen möglichen darstellen und nicht allgemeingültig sind, wird er tiefer nachforschen und sich innerlich auf die Situation des Mandanten einlassen.

Dass die eigene Lösungspräferenz trotz all seines Bemühens um ein Verstehen durchschimmern wird, ist bei entsprechend transparenter Kommunikation für die unmittelbare Auseinandersetzung des Mandanten mit verschiedenen Lösungsmöglichkeiten sogar hilfreich. Er wird dazu animiert, seine eigenen Erfahrungen, Annahmen, Werte und Lebensregeln mit denen des Notars abzugleichen und vorgeschlagenen Lösungsoptionen auch zu widersprechen, wenn sie nicht zu ihm passen. Der Eindruck, dass ein

³ *Wolfsteiner*, Der wahre Wille, DNotZ 2020, 455.

Vorschlag „objektiv richtig“ oder „zwingend“ sei, kann vermieden werden.

VI. Die innere Erforschung der eigenen Wertesysteme

Wichtige Elemente seiner inneren Erforschung sind die Wertesysteme, aus denen heraus der Notar seine Entscheidungen in der Beratung trifft und Lösungsvorschläge macht. Welche Wichtigkeit hat zum Beispiel Steuersparen in der Nachfolgeberatung? Sehr häufig sind Mandanten zunächst getrieben von der Idee, dass der Staat im Erbfall möglichst nichts von ihrem sauer verdienten Geld bekommt, welches sie schließlich schon einmal versteuert haben. Ist dem Notar die Reduktion seiner Steuerlast ebenfalls elementar wichtig, könnte das Beratungsergebnis anders ausfallen, als bei einem Notar, der von den Folgen eines „Steuersparaktivismusses“ seiner Eltern persönlich betroffen war und beispielsweise als Gutverdiener deren Pflege bezahlen musste, nachdem die elterlichen Vermögenswerte frühzeitig auf seine weniger gut ausgebildeten Geschwister übertragen worden waren, um eine mögliche Erbschaftsteuer zu vermeiden.

Um selbst Klarheit zu haben und auch dem Mandanten einen bewussten Umgang mit den eigenen Schlussfolgerungen als Berater im Prozess der Willensbildung zu ermöglichen, ist ein probates Mittel die Offenlegung⁴ des eigenen Wertesystems – vor sich selbst und fallbezogen gegenüber dem Mandanten.

VII. Die Offenlegung des eigenen Wertesystems in der Beratung

Ich selbst lege beispielsweise in Beratungen zur Vermögensnachfolge meine persönliche Wertehierarchie sehr früh offen und möchte diese exemplarisch hier mit den Lesern teilen. Diese Gedanken sind selbstverständlich kein starres Korsett, sondern für mich ein Sortiermaßstab in der Beratung. Im Einzelfall können Aspekte so wichtig sein, dass sich das Rangverhältnis verschiebt, was mich jedoch stets zu einer gemeinsamen Gegenprüfung mit dem Mandanten aus möglichst abweichender Perspektive, zum Beispiel einem gedachten Zeitpunkt in 5, 10 oder 20 Jahren, anregt.

Für mich selber hat die technische und finanzielle Entscheidungsfähigkeit im Alter, für die in einer Beratung die Weichen gestellt werden, grundsätzlich die höchste Priorität. Meine Annahme lautet: Keiner möchte abhängig sein. Körperliche Gebrechen, die zu einer Abhängigkeit führen, sind wahrscheinlich Schicksal, jedoch die bewusste Aufgabe der finanziellen Dispositionsfähigkeit, seine Lebenssituation in einem solchen Fall zu verändern, ist ein Schritt, der gut überlegt sein will. Wenn sich jemand bewusst in eine Abhängigkeit begibt, zum Beispiel mit seiner Wohnsituation im Haus des Kindes, braucht es daher aus meiner Erfahrung großes Vertrauen in die beteiligten Personen und deren Harmoniefähigkeit.

Eine solche Entscheidung obliegt selbstverständlich dem Mandanten – jedoch kann der Notar als Sparringspartner im Dialog die Reflexion hierüber erleichtern. So stellt sich die Frage, wie viel Geld ein Mandant benötigen würde, um sich auch bei möglicherweise stark erhöhten Bedürfnissen wegen körperlicher Gebrechen dispositionsfähig zu fühlen. Hier gibt es keine allgemeingültige Grenze und die Entwicklung der Lebenshaltungskosten und Pflegekosten kann niemand vorhersagen. Jeder Notar hat für seine Region sicher ein paar Beispiele, welche Beträge zumindest nicht gereicht hatten, sodass der Mandant anhand dieser Schilderungen ein Gefühl für sich entwickeln kann, was für ihn stimmig sein könnte.

In meinem Wertesystem steht insgesamt die Absicherung der unmittelbar von Vermögenswerten Abhängigen, d. h. der Eigentümergeneration und von Angehörigen, die finanziell von diesen abhängig sind wie „Problemkinder“, für die gesorgt sein soll, zumeist auf Rang 1, womit in vielen Fällen oftmals schon ein Lösungsweg vorgezeichnet ist.

Das weitere Familiensystem, also die Lebenssituation der selbstständig lebenden erwachsenen Kinder mit ihren Familien, die zum Beispiel im Haus der Eltern wohnen und in dieses investiert haben, hat für mich regelmäßig Rang 2. Diese könnten zur Not zwar auch anderweitig unterkommen, werden aber nicht begeistert sein, wenn ihre Wohnung zum Beispiel durch eine Heimunterbringung der Eltern bedroht ist. Hier lohnt es sich, sehr genau in das Familiensystem zu zoomen, um sinnvolle, zum Beispiel teilentgeltliche Lösungen oder Aufteilung nach WEG, mit allen Beteiligten zu erarbeiten, gerade wenn wegen des Alters oder Gesundheitszustand der Eltern ein Sozialhilferegress nicht extrem unwahrscheinlich ist.

Die Aufrechterhaltung des Familienfriedens, der Zusammenhalt in der Familie, der durch Missachtung persönlicher Gerechtigkeitsempfindungen oder Nichtberücksichtigung von Belangen der Familienmitglieder leicht zu stören ist (systemische Komponente⁵), belegt tendenziell Rang 3, denn familiärer Zusammenhalt und gute Beziehungen beeinflussen erheblich die Lebenszufriedenheit und sogar den Gesundheitszustand und sind durch Geld nicht zu ersetzen.

Bei Steuern ist für mich zu differenzieren. Steuern, die eine Lebensgrundlage zerstören, weil der wenig liquide Erbe oder Vermächtnisnehmer seine eigengenutzte Wohnung im Erbfall verkaufen müsste, verorte ich auf Rang 2 oder 3, je nach Unruhepotenzial vermeidlicher Ungerechtigkeit in der Erbengeneration. Eine Steuer, die leicht aus dem Barvermögen des Nachlasses oder der vermögenden Erben bezahlt werden könnte, rangiert auf Rang 4.

Der Mandant, der beispielsweise aus Angst vor Steuern und latenter Wut auf das Finanzamt seine Zukunft so plant, dass bloß kein bisschen Steuer bei seinem Ableben anfällt, hat zumeist nicht im Sinn, was das für sein Leben in der Zukunft bedeuten kann, und blendet die für mich höherrangigen Werte auf den Rängen 1 bis 3 möglicherweise aus. Keiner

⁴ Borbonus, Klarheit!, 2015, S. 170 ff.

⁵ Siehe Teil 4, MittBayNot 2023, 651.

stellt sich gerne vor, dass er körperlich nicht mehr so weiterleben kann wie bisher. Doch was keine sinnesspezifischen inneren Bilder erzeugt (innere Abbildung der möglichen Zukunft in einem sog. „Als-Ob-Rahmen“⁶), hat auch keine Kraft bei Entscheidungen. Erst wenn eine mögliche künftige Situation, wie eine körperliche Beeinträchtigung, die eine Veränderung der derzeitigen Lebenssituation nötig macht, mit konkreten Bildern und Geschichten persönliche Relevanz erlangt, können sich dadurch bedrohte Werte, aufkommende Ängste vor Abhängigkeit und fehlender Selbstbestimmung sowie das jetzt aktivierte Selbstbild („Ich bin ein unabhängiger Mensch, der selbst entscheidet“) in die innere Diskussion einmischen. Hier kann der Notar durch eingängige Beispielfälle und Fragen, wie konkret der Mandant sich seine Zukunft vorstellt, wenn er zum Beispiel gehbehindert wird und die aktuelle Wohnsituation dafür nicht geeignet ist, Selbsterkenntnisprozesse in Gang setzen. Dabei zeigt sich schnell, dass möglicherweise ein Wohnungsrecht im engen Reihenhaus oder ein Nießbrauch für ein Siedlungshäuschen, das vor Vermietung eine Generalsanierung benötigen würde, nicht den Wünschen des Mandanten für seine Zukunft als betagter Mensch entspricht. Wird dann noch der steuerliche Aspekt, zum Beispiel durch Vorschläge wie Vermächtnisse im ersten Todesfall der Ehegatten, auf andere Weise mitbearbeitet, öffnen sich auch für Mandanten, die gedanklich auf nur ein Ziel fixiert waren, neue Denkräume.

VIII. Hinterfragen und Offenlegen von Voreinstellungen vergrößert den Entscheidungsraum

Auch in den „Voreinstellungen“ der Urkunden zeigen sich Grundentscheidungen des Notars aus seinen persönlichen Erfahrungen und Wertehierarchien, die in den Textbausteinen und Mustern zum Ausdruck kommen.

Ein Beispiel für derartige Voreinstellungen ist die Entscheidung, ob und unter welchen Umständen für eine Vorsorgevollmacht neue Ausfertigungen erteilt werden. Ich hatte vor einigen Jahren eine Diskussion mit einem Notar, der alle Vorsorgevollmachten nur beglaubigte. Seine Überzeugung war: Das spart den Mandanten Zeit und Geld und reicht völlig aus. Dies ist juristisch korrekt. Leider begegnete mir später eine seiner Vorsorgevollmachten in Kopie wieder, von der nach 15 Jahren das Original verschollen war. Seine Wertehierarchie hatte die Zeit- und Geldersparnis für die Mandanten als wichtiger angesehen als die dauerhafte Verfügbarkeit und Absicherung gegen Verlust der Vollmacht. Im Einzelfall hat jede im Notariat gängige Methode ihre Berechtigung. So ist es beispielsweise für eine multimorbide 92-Jährige im Heim, deren Immobilien von ihren Söhnen, die beide vor Ort wohnen, in den nächsten Wochen verkauft werden sollen, durchaus sinnvoll, ihr mit einer beglaubigten Vorsorgevollmacht eine ausführliche Beurkundungsverhandlung zu ersparen.

6 Hans Vaihinger stellt in „Die Philosophie des Als-Ob“, 2007, die These auf, dass wir erst mittels falscher Annahmen der Wirklichkeit näherkommen.

Ein anderes Beispiel: Bei beurkundeten Vollmachten findet sich hin und wieder die bewusste Einschränkung der Erteilung weiterer Ausfertigungen, wobei diese teilweise folgendermaßen ausgestaltet ist: „An meine Kinder ist eine erste und jede weitere Ausfertigung nur auf meine ausdrückliche schriftliche Weisung zu erteilen.“ Hier besteht die Gefahr, dass sich die Mandanten die in dieser Formulierung zum Ausdruck gebrachte größtmögliche Vorsicht des Notars zu eigen machen und dahin gehend vom Notar gelenkt werden. Durch diese Voreinstellung kann bei den Mandanten ein Misstrauen gegenüber den Vollmachtnehmern geweckt werden, was im Widerspruch zu der Vollmacht steht, die ein unbedingtes Vertrauen voraussetzt. Dieser Verantwortung muss sich der Notar bei jeder Vollmachtsurkunde immer wieder bewusst sein. Darüber hinaus kann bei einer solchen Einschränkung der Zweck der Vollmacht, eine Betreuung zu verhindern, konterkariert werden, wenn die Ausfertigung verloren geht und der Vollmachtgeber mittlerweile geschäftsunfähig ist und keine erneute Ausfertigung mehr verlangen kann. Auch für dieses Risiko sollte der Notar bei den Beteiligten ein Bewusstsein schaffen und losgelöst von seinen eigenen Voreinstellungen in Erfahrung bringen, was dem konkreten Mandanten wichtiger ist.

Natürlich wünschen viele Mandanten Schutz vor Missbrauch der Vollmacht. Die Abwägung, ob der Bevollmächtigte auch ohne Zustimmung des Vollmachtgebers eine neue Ausfertigung erhalten darf oder nicht, kristallisiert sich im Vorsorgefall möglicherweise in der Anordnung einer Betreuung heraus, weil der Urkundsfaden beim Loch der Ausfertigung versehentlich durch den Mandanten durchtrennt wurde. Man möchte weder Betreuung mit den daraus folgenden Kosten und Einschränkungen noch das Gefühl haben, möglicherweise jetzt schon die Kontrolle zu verlieren. Der innere Kompass des Notars, wovon er selbst mehr Angst hat, beeinflusst seine Urkundsgestaltung. Findet er es richtiger, lieber einen Ersatzbevollmächtigten mit Ausfertigungssperre zu beschränken und damit vielleicht verschiedene Bevollmächtigte unterschiedlich zu stellen oder einer Person besser gar keine Vollmacht zu erteilen?

Hier geht es um vermeintlich bloß technische Details der Urkunde und doch bestimmen diese in der Zukunft möglicherweise maßgeblich über die Lebensweise und das Vermögen des Mandanten. Dies ist dem Laien möglicherweise nicht bewusst, sodass in einigen Fällen die Voreinstellung des Notars unhinterfragt beurkundet wird.

IX. Echte Willensbildung – ein offener Diskurs über die Gegenwart und Zukunftsszenarien

Nimmt man das Axiom wirklich ernst, den Mandanten alle inhaltlichen Entscheidungen selbst treffen zu lassen, gehören auch solche vermeintlich bloß technischen Punkte dazu. Ich persönlich erkläre ausführlich, wie die Handhabung der Vollmacht in der Zukunft im echten Leben mit der Ausfertigung technisch funktioniert und lege meine Wertehierarchie⁷ hinter meiner Vorentscheidung, stets weitere Aus-

7 Siehe Teil 3, MittBayNot 2023, 536 zu Werten und Wertehierarchien als Grundlage der Willensbildung.

fertigungen ohne Zustimmung des Vollmachtgebers bis zu einem mir übermittelten Widerruf zu erteilen, explizit offen. Der Mandant soll verstehen, dass es ihm bei einem Widerruf obliegt, mich zu informieren. Gibt es hier Diskussionsbedarf und ein Vertrauensproblem, stelle ich meine persönliche Voreinstellung „wer jetzt schon keine neue Ausfertigung bekommen darf, bekommt gar keine Vollmacht“ mit Erläuterung der Möglichkeiten zur offenen Disposition des Mandanten. Im Ergebnis hat er die Verantwortung der Entscheidung damit stets selbst und kann sie mit ausreichend Informationen auch tragen und entsprechend in der Zukunft agieren.

Spannend für jeden Notar ist es, selbst herauszufinden, aus welcher persönlichen Erfahrung seine Grundeinstellungen resultieren und seine Tendenz in der Beratung, wenn der

Mandant zum Beispiel einem Bevollmächtigten nicht so richtig vertraut. Hatte man selbst Erlebnisse mit Vertrauen und dessen Missbrauch, mit Situationen des Ausgeliefertseins, des Hintergangenwerdens? Oder sind in der eigenen inneren Welt mehr Menschen repräsentiert, die völlig integer sind und in schwierigen Fällen ihre eigenen Interessen lieber hintanstellen, als ihrem Auftrag zuwider zu handeln oder ihre Werten zu verraten? Welche Erlebnisse haben Einfluss auf die persönlichen Entscheidungen? Mit derartigen Fragen die eigenen Textmuster neu zu betrachten, lässt diese in einem möglicherweise anderen Licht erscheinen.

Veranstaltungshinweise

Symposium des Forschungsinstituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Schutzmöglichkeiten bei der Vorsorgevollmacht – Herausforderungen für Staat, Notariat und Anwaltschaft

Samstag, 24.02.2024, 09:30–17:00 Uhr

Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 9, Raum 213

Inhalt und Ablauf:

<p>9:30–9:45 Uhr Begrüßung</p> <p>Prof. Dr. <i>Gregor Bachmann</i>, LL.M. (Michigan), HU-Berlin</p> <p>Grußwort</p> <p>Staatssekretärin beim BMJ Dr. <i>Angelika Schlunck</i></p> <p>9:45–11:15 Uhr Kontrolle der Geschäftsfähigkeit bei Errichtung und Widerruf</p> <p>Impulsreferat: Referatsleiterin im BMJ <i>Annette Schnellenbach</i>, LL.M.</p> <p>Podiumsdiskutanten: Rechtsanwalt <i>Martin Lang</i>, München; Prof. Dr. Dr. h.c. <i>Volker Lipp</i>, Georg-August-Universität Göttingen; Notarin Dr. <i>Karin Raude</i>, Aachen; Prof. Dr. med. <i>Tillmann Wetterling</i>, Berlin</p> <p>Moderation: Notarin <i>Dörte Zimmermann</i>, LL.M., Berlin</p> <p>11:30–13:00 Uhr Schützende Vorgaben durch Vollmachtsgestaltung</p> <p>Impulsreferat: Frau <i>Dominique Tank</i>, BMJ</p> <p>Podiumsdiskutanten: Prof. Dr. <i>Bernhard Knittel</i>, Technische Universität München; Rechtsanwalt Dr. <i>Dietmar Kurze</i>, VorsorgeAnwalt e.V., Berlin; Referatsleiterin beim DNotI Dr. <i>Gabriele Müller-Engels</i>, Würzburg; Notarassessorin <i>Julia Schmied</i>, BNotK</p> <p>Moderation: Notarin <i>Elke Holthausen-Dux</i>, Berlin</p>	<p>13:45–15:15 Uhr Staatlicher Schutz durch betreuungsrechtliche Instrumente</p> <p>Impulsreferat: Herr <i>Jan Wassenberg</i>, BMJ</p> <p>Podiumsdiskutanten: Ri AG Dr. <i>Philipp Kersting</i>, Elmshorn; Rechtsanwalt am BGH <i>Thomas Kofler</i>, Karlsruhe; Dr. <i>Christian Trautmann</i>, LL.M., Dipl.-Rechtspfleger (FH), Dresden; Rechtsanwalt <i>Dieter Trimborn von Landenberg</i>, Köln;</p> <p>Moderation: Notarin <i>Dörte Zimmermann</i>, LL.M., Berlin</p> <p>15:30–17:00 Uhr Schlussbetrachtungen</p> <p>Podiumsdiskutanten: Notar <i>Matthias Frohn</i>, Potsdam; Rechtsanwalt Dr. <i>Dietmar Kurze</i>, VorsorgeAnwalt e.V., Berlin; Kriminalhauptkommissarin <i>Annett Mau</i>, LKA Berlin; Referatsleiterin im BMJ <i>Annette Schnellenbach</i>, LL.M.</p> <p>Moderation: Prof. Dr. <i>Gregor Bachmann</i>, LL.M. (Michigan), HU-Berlin</p>	<p>Tagungsbeitrag: kostenlos</p> <p>Kontakt/Anmeldung:</p> <p>Aufgrund begrenzter Teilnehmerzahl wird um Anmeldung gebeten über: notarinstitut@rewi.hu-berlin.de. Rückfragen an Geschäftsführerin Frau Dr. <i>Angela Klopsch</i> unter: angela.klopsch@hu-berlin.de.</p>
---	---	--



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Vortrag LIVE: Die GbR im Grundbuchverkehr ab 1.01.2024 (MoPeG)**
(Tondorf)
15.01.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
Nr. 035173
16.01.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
Nr. 035174
22.01.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
Nr. 035175
23.01.2024, eLearning Center (2,5 Zeitstd.)
Nr. 035254
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2023/2024**
(Diehn, Dutta, Heinze, Herrler, Hertel, Ihle, Kessler)
01.02.2024, Hamburg (6 Zeitstd.)
Nr. 035112
02.02.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035113 (Präsenz) / 035114 (Live-Stream)
22.02.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035115 (Präsenz) / 035116 (Live-Stream)
24.02.2024, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 035117
13.11.2023, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035068 (Präsenz) / 035069 (Live-Stream)
3. **Das MoPeG in der notariellen Praxis**
(Freier, Heckschen, Nolting, Salomon)
09.02.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035108 (Präsenz) / 035109 (Live-Stream)
01.03.2024, Würzburg (6 Zeitstd.)
Nr. 035106
4. **1x1 der notariellen Gebührenrechnung**
(Tondorf)
22.02.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035176 (Präsenz) / 035177 (Live-Stream)
5. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**
(Tondorf)
11.03. bis 15.03.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035139 (Präsenz) / 035140 (Live-Stream)
6. **Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab 01.01.2024 in der Notarstelle**
(Tondorf)
18.03.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035178 (Präsenz) / 035179 (Live-Stream)

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Andrick/Muscheler/Uffmann: Bochumer Kommentar zum Stiftungsrecht. 1. Aufl., Nomos, 2023. 917 S., 159,00 €
2. Bärmann/Seuß: Münchener Handbuch des Wohnungseigentumsrechts. 8. Aufl., Beck, 2023. 2209 S., 209,00 €
3. Blank: Bauträgervertrag. 6. Aufl., RWS, 2023. 384 S., 98,00 €
4. Elsing: Das Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 208 S., 69,00 €
5. Engl/Fox/Traßl: Formularbuch Umwandlungen. 6. Aufl., Beck, 2023. 1599 S., 219,00 €
6. Enzensberger/Maar: Testamente für Geschiedene und Patchworkehen. 5. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 320 S., 49,00 €
7. Erman: BGB. Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BeurkG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht – in 3 Bänden. 17. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 7859 S., 499,00 €
8. Eßer/Kramer/von Lewinski: DSGVO / BDSG: Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze. 8. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 2900 S., 159,00 €
9. Gummert: Münchener AnwaltsHandbuch Personengesellschaftsrecht. 4. Aufl., Beck, 2023. 1295 S., 199,00 €
10. Gustavus: Handelsregisteranmeldungen. 12. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 615 S., 64,80 €
11. Habersack/Wicke: Kommentar zum Umwandlungsgesetz. 3. Aufl., Beck, 2023. 3200 S., 229,00 €
12. Jennißen: WEG. Kommentar. 8. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 1868 S., 139,00 €
13. Kiem: Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf. 3. Aufl., Beck, 2023. 456 S., 189,00 €
14. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 10. Aufl., Heymanns, 2023. 2750 S., 179,00 €
15. Proff zu Irnich: NotarFormulare Nichteheleliche Lebensgemeinschaft. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 240 S., 79,00 €
16. Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht. 5. Aufl., Beck, 2023. 1689 S., 199,00 €
17. Scherer: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht. 6. Aufl., Beck, 2024. 2455 S., 219,00 €
18. Schönenberg-Wessel: Erbrecht und Testament bei Ehegatten. 1. Aufl., Gieseking, 2023. 462 S., 74,00 €
19. Waldner/Wudy: Gebührentabelle für Notare mit Gebühren- und Geschäftswert-ABC. 12. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 168 S., 28,00 €
20. Winheller/Geibel/Jachmann-Michel: Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht. Kommentar. 3. Aufl., Nomos, 2023. 2494 S., 199,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STÄNDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.12.2023

Schifferstadt (in Sozietät mit Dr. Laura Hundertmark)	dem Notarassessor Walter Grenz (bisher in Kandel, Notarstellen Kiefer/Pohl)
---	--

Mit Wirkung zum 01.01.2024:

Weilheim i.OB. (in Sozietät mit Notar Dr. Benedikt Selbherr)	der Notarin Elisabeth Lommer (bisher in Nürnberg)
---	---

Mit Wirkung zum 01.02.2024:

München (in Sozietät mit Dr. Damian Najdecki)	dem Notar Florian Kroier (bisher in Nürnberg)
---	---

2. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.11.2023:

Timon Rauner, Wertingen
(Notarstellen Dr. Bandel/Pich in Passau)

Patrick Voshagen, München
(Notarstelle Dr. Heinemann in Neumarkt i. d. OPf.)

Simone Lutz, Landshut
(Notarstelle Dr. Menzel in Rottenburg a. d. Laaber)

Rolf Husmann, München
(Notarstelle Pelikan in Waldsassen)

Dr. Marlene Wüst, Erlangen
(Notarstellen Schuller/Schuller in Vilshofen)

Jana Wucherer, Stuttgart
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder in Gunzenhausen)

Christian Peischer, Diedorf
(Notarstelle Dr. Ziegler in Weißenhorn)

Mit Wirkung zum 03.11.2023:

Dr. Oliver Becker, Mannheim
(Notarstellen Flörsch/Spall in Landau)

3. Sonstige Mitteilungen:

Die Angaben in MittBayNot 2023, 622 werden insoweit richtig gestellt, als die Notarstelle Volkach der Notarassessorin Anna Straub mit Wirkung zum 01.12.2023 verliehen wurde.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarin Dr. Claudia Greipl
Residenzstraße 7 / Rückgebäude 1. Stock
80333 München
T. 089 / 143 323 10
M. info@notarin-greipl.de

Notar Dr. Thomas Braun
Marienplatz 5
82362 Weilheim i.OB

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

