

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Dr. Katharina Hermannstaller,
Notarassessorin

David Sommer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Giehl: Mitbestimmung in der kapitalistischen KGaA –
zugl. Anm. zu OLG Celle vom 9.10.2014, 9 W 116/14 285

Klein: Kommunalwirtschaftliche Eigen- und Regiebetriebe
im Spiegel des Handelsregisterrechts 291

Hermanns: Die grenzüberschreitende Sitzverlegung in der
notariellen Praxis 297

Rechtsprechung

Werdender Wohnungseigentümer bei Weiterverkauf
(BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14) 312
mit Anmerkung *Rapp* 314

Dienstbarkeit: Verzicht auf Unterhaltungspflicht als Inhalt
(OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14) 317
mit Anmerkung *Munzig* 318

Anforderungen an Unrichtigkeitsnachweis bei Umgehungsverdacht
(OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15) 319
mit Anmerkung *Braun* 322

Auflassungsberechtigung nach Tod eines GbR-Gesellschafters
(OLG München, Beschluss vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14) 324
mit Anmerkung *Volmer* 326

Testamentsvollstreckerbeschwerde gegen Betreuervergütung
(BGH, Beschluss vom 15.4.2015, XII ZB 534/14) 331
mit Anmerkung *Tersteegen* 332

Regelung für den „gleichzeitigen Tod“ der Ehegatten
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14) 333
mit Anmerkung *Sammet* 336

Keine Veräußerung durch Pfändungsgläubiger des Erbteils
(OLG Köln, Beschluss vom 25.8.2014, 2 Wx 230/14) 342
mit Anmerkung *Ruhwinkel* 343

Bestellung des Notars zum Testamentsvollstrecker
(OLG Bremen, Beschluss vom 10.3.2016, 5 W 40/15) 344
mit Anmerkung *Reimann* 346

WEG-Neuaufteilung erfordert Negativattest
(OLG München, Beschluss vom 26.8.2015, 34 Wx 188/15) 353
mit Anmerkung *Grziwotz* 355

Abziehbarkeit eines Untervermächtnisses bei § 13a ErbStG
(BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 21/13) 359
mit Anmerkung *Ihle* 361

Steuerschuldner in den Fällen des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG
(BFH, Urteil vom 4.3.2015, II R 51/13) 363
mit Anmerkung *Kotzenberg* 364

4 | MittBayNot

Juli/August 2016

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Inhalt

Aufsätze

Giehl: Mitbestimmung in der Komplementärin einer kapitalistischen KGaA – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 9.10.2014, 9 W 116/14 (nachstehend Entscheidung Nr. 11) **285**

Klein: Kommunalwirtschaftliche Eigen- und Regiebetriebe im Spiegel des Handelsregisterrechts **291**

Hermanns: Die grenzüberschreitende Sitzverlegung in der notariellen Praxis **297**

Tagungsbericht

Fußeder: Verhandeln über Vertragsinhalte **305**

Buchbesprechungen

Tschersich: Die Definition des vermögensrechtlichen Missbrauchs von General- und Vorsorgevollmachten (*G. Müller*) **307**

Büchel/von Rechenberg (Hrsg.): Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht (*Gutfried*) **308**

Limmer (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung (*Schaub*) **308**

Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.): BeurkG, DONot (*Regler*) **310**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Verbandsverbleib des werdenden Wohnungseigentümers bei Verkauf (BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14) **312**
mit Anmerkung *Rapp* **314**
2. Auf einen Lageplan kann Bezug genommen werden (OLG München, Beschluss vom 4.2.2016, 34 Wx 396/15) **316**
3. Wechselseitiger Verzicht auf Unterhaltungspflicht als im Grundbuch einzutragender dinglicher Inhalt einer Dienstbarkeit (OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14) **317**
mit Anmerkung *Munzig* **318**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Anforderungen an Unrichtigkeitsnachweis bei Umgehungsverdacht (OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15) **319**
mit Anmerkung *Braun* **322**
5. Nachweis der Auflassungsberechtigung, wenn der im Grundbuch eingetragene Gesellschafter einer zweigliedrigen GbR verstorben ist (OLG München, Beschluss vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14) **324**
mit Anmerkung *Volmer* **326**
6. Grundbuchberichtigung nach Tod eines GbR-Gesellschafters (KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15) **328**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

7. Ergänzungspfleger für Schenkung einer Photovoltaikanlage an den minderjährigen Sohn
(OLG Dresden, Beschluss vom 23.12.2015, 22 WF 1052/15) **329**

Erbrecht

8. Beschwerde des Testamentsvollstreckers gegen die Festsetzung der Betreuervergütung
(BGH, Beschluss vom 15.4.2015, XII ZB 534/14) **331**
mit Anmerkung *Tersteegen* **332**
9. Ermittlung des Erblasserwillens bei einer Regelung für den Fall des „gleichzeitigen Todes“
der Ehegatten
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14) **333**
mit Anmerkung *Sammet* **336**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. Nichterfüllung der Pflicht zur Erbringung der Stammeinlage
(BGH, Urteil vom 19.1.2016, II ZR 61/15) **338**
11. Zur Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA zur Komplementär-GmbH
nach dem MitbestG
(OLG Celle, Beschluss vom 9.10.2014, 9 W 116/14) **341**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. Keine Veräußerung von Nachlassgegenständen durch Pfändungsgläubiger eines Erbteils
(OLG Köln, Beschluss vom 25.8.2014, 2 Wx 230/14) **342**
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **343**

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Wirksamkeit der Bestellung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker
durch eine privatschriftliche Verfügung des Erblassers
(OLG Bremen, Beschluss vom 10.3.2016, 5 W 40/15) **344**
mit Anmerkung *Reimann* (zugleich Anmerkung zu OLG Bremen, Beschluss vom
24.9.2015, 5 W 23/15, nachstehend Entscheidung Nr. 14, sowie zu OLG Bremen,
Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14, nachstehend Entscheidung Nr. 15) **346**
14. Unwirksame Bestellung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker durch
privatschriftliche Verfügung der Erblasserin
(OLG Bremen, Beschluss vom 24.9.2015, 5 W 23/15) **347**
15. Keine Ernennung eines das Testament beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker
durch Übergabe eines verschlossenen Umschlags mit einer privatschriftlichen Verfügung
(OLG Bremen, Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14) **350**

Inhalt (Fortsetzung)

Kostenrecht

16. Geschäftswertfestsetzung des Grundbuchamts für Eigentumsübertragung nach Brandversicherungswerten
(OLG München, Beschluss vom 3.5.2016, 34 Wx 7/16 Kost) **350**

Öffentliches Recht

17. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung der Aufteilung in Wohnungs- bzw. Teileigentum bei Genehmigungsbefähigung
(KG, Beschluss vom 8.12.2015, 1 W 680/15) **351**
18. Neuaufteilung erfordert Negativattest
(OLG München, Beschluss vom 26.8.2015, 34 Wx 188/15) **353**
mit Anmerkung *Grziwotz* (zugleich Anmerkung zu KG, Beschluss vom 8.12.2015, 1 W 680/15, vorstehend Entscheidung Nr. 17) **355**

Steuerrecht

19. Verbindlichkeiten aus Pflichtteil und Zugewinnausgleich des überlebenden Ehegatten auch bei nach § 13a ErbStG a. F. begünstigtem Erwerb eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft voll abziehbar
(BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 12/14) **356**
20. Auf Zahlung von Geld gerichtetes Untervermächtnis auch bei vermächtnisweisem Erwerb einer nach § 13a ErbStG begünstigten Beteiligung an einer Personengesellschaft in voller Höhe abziehbar
(BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 21/13) **359**
mit Anmerkung *Ihle* (zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 12/14, vorstehend Entscheidung Nr. 19) **361**
21. Steuerschuldner in den Fällen des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG
(BFH, Urteil vom 4.3.2015, II R 51/13) **363**
mit Anmerkung *Kotzenberg* **364**

Standesnachrichten 366

Sonstiges 367

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

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

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller,
 Notarassessor David Sommer
 Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
 80333 München

Druck: Universal Medien GmbH
 Geretsrieder Straße 10, 81379 München
 Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
 gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Mitbestimmung in der Komplementärin einer kapitalistischen KGaA

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 9.10.2014, 9 W 116/14¹ –

Von Notar Dr. *Christoph Giehl*, Erlangen

Die Zulässigkeit der sog. kapitalistischen KGaA, einer kautelarjuristischen Gestaltung, bei der einziger Komplementär der KGaA eine juristische Person oder haftungsbeschränkte Personengesellschaft ist, war lange Zeit umstritten und hat ihre endgültige Anerkennung erst mit der Entscheidung des BGH vom 24.2.1997² erfahren. Insbesondere größere Familienunternehmen wählen häufig diese Konstruktion, gestattet sie doch, das Unternehmen über den Kapitalmarkt zu finanzieren und trotzdem durch die Kontrolle der Komplementärgesellschaft den Einfluss der Familie auf die operative Geschäftsführung gegen die Aktionäre langfristig zu sichern. Ein weiterer Vorzug der KGaA wird darin gesehen, dass als Folge der im Verhältnis zur AG deutlich eingeschränkten Befugnisse ihres Aufsichtsrats die dort angesiedelte Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer geschwächt ist. Umstritten ist, ob nach den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen diese Privilegierung auch für eine kapitalistische KGaA gilt oder dadurch hinfällig wird, dass die Unternehmensmitbestimmung auf der Ebene der Komplementär-Kapitalgesellschaft zum Tragen kommt. In einer jüngst ergangenen Entscheidung des OLG Celle hat dieses eine solche Ausdehnung auf die Komplementär-Kapitalgesellschaft abgelehnt. Der vorliegende Aufsatz unterzieht die Argumentation des Gerichts einer eingehenden Prüfung. Die hierdurch gewonnenen Ergebnisse erhellen, unter welchen Voraussetzungen eine kapitalistische KGaA einer unbeschränkten Mitbestimmung auf der Ebene der Komplementär-Kapitalgesellschaft unterliegt und wie eine kapitalistische KGaA konstruiert werden muss, um dies zu vermeiden.

1. Mitbestimmungsrechtliche Privilegierung der KGaA

Mit dem Topos Mitbestimmung werden in Deutschland die aus einem langen historischen Prozess³ hervorgegangenen Einflussmöglichkeiten von Arbeitnehmern und ihrer Repräsentanten auf Entscheidungen in ihrem Betrieb oder Unternehmen beschrieben.

Diese bestehen, unabhängig von der Rechtsform des betreffenden Unternehmens, vor allem als *betriebliche Mitbestimmung*

in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten durch die Betriebsräte nach den Regelungen des BetrVG.

In Unternehmen, die in der Rechtsform einer AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft organisiert sind, ist die Mitbestimmung zusätzlich (von gewissen Ausnahmen wie zum Beispiel Tendenzunternehmen abgesehen) als *Unternehmensmitbestimmung* durch die Vertretung von Arbeitnehmervertretern in einem zwingend zu bildenden Aufsichtsrat gewährleistet, und zwar, wenn das Unternehmen in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, als paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG, wenn das Unternehmen in der Regel weniger als 2.000 aber mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, als Drittel-Mitbestimmung nach dem DrittelbG. Für Unternehmen der Montanindustrie (Kohle und Stahl) mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern gelten die Sonderregeln des MontanMitbestG, die eine konsequente paritätische Mitbestimmung statuieren.

¹ ZIP 2015, 123 = MittBayNot 2016, 341 (in diesem Heft).

² BGH, Beschluss vom 24.2.1997, II ZB 11/96, MittBayNot 1997, 242.

³ H.-J. Teuteberg, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, 1961.

In der Rechtsform einer Personengesellschaft geführte Unternehmen unterliegen der vorbeschriebenen Unternehmensmitbestimmung in einem obligatorischen Aufsichtsrat dagegen aus rechtspolitischen Gründen⁴ grundsätzlich nicht. Lediglich wenn ihre Geschäfte von einer Kapitalgesellschaft geführt werden, wie etwa bei der GmbH & Co. KG, oder wenn sie zu einem Konzern gehören, werden die Arbeitnehmer der Personengesellschaft unter bestimmten Bedingungen mitbestimmungsrechtlich in die betreffende Leitungs- bzw. Konzernkapitalgesellschaft einbezogen, auf deren Ebene dann die paritätische bzw. Drittel-Mitbestimmung erfolgt, vgl. §§ 4, 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG.

Im Gegensatz zu AG, GmbH und Genossenschaft ist die Unternehmensmitbestimmung bei der durch den Dualismus von Kapitalgesellschafts- und Personengesellschaftselementen geprägten KGaA wesentlich schwächer ausgebildet, da der Aufsichtsrat einer KGaA auch dann, wenn sie der Mitbestimmung unterliegt, über deutlich geringere Kompetenzen als derjenige einer AG verfügt.

a) Keine Personalkompetenz des Aufsichtsrats

Dem Aufsichtsrat einer KGaA fehlt insbesondere die Personalkompetenz, also die Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung und zur Vereinbarung der Anstellungsverträge, sofern er hierzu nicht explizit durch die Gesellschaftssatzung ermächtigt wird. Nach § 278 Abs. 2 AktG bestimmt sich das Rechtsverhältnis der zur Geschäftsführung und Vertretung der KGaA allein berechtigten persönlich haftenden Gesellschaftern untereinander, gegenüber den Kommanditaktionären und Dritten ausschließlich nach den Bestimmungen des HGB über die Kommanditgesellschaft. Die Bestellung der Geschäftsleitung erfolgt hiernach nicht gemäß § 84 AktG durch den Aufsichtsrat, sondern vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Satzung durch Änderung des Gesellschaftsvertrags, die den Komplementären und dem Aufsichtsrat als Vertreter der Kommanditaktionäre in Ausführung eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses vorbehalten ist. Die Abberufung erfolgt (wiederum vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsgestaltung) durch Klage auf Entziehung der Geschäftsführung nach § 117 HGB, die von den übrigen Komplementären und vom Aufsichtsrat als Vertreter der Kommanditaktionäre nach einem vorangehenden Beschluss der Hauptversammlung zu erheben ist.

Dementsprechend gelten die für mitbestimmte Unternehmen geschaffenen Sonderregeln des § 31 MitbestG über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat auch nicht für die mitbestimmte KGaA, vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG.

In der Praxis verbleibt dem Aufsichtsrat, wenn ihm nicht ohnehin durch Satzungsbestimmung ein Mitwirkungsrecht bei der Auswahl der Geschäftsleitung eingeräumt wird, allerdings insofern eine gewisse mittelbare Einflussmöglichkeit, als er im Falle der Neubestellung eines geschäftsführenden Komplementärs auf die hierzu erforderliche Zustimmung der Kommanditaktionäre durch eine positive oder negative Stellungnahme indirekt einwirken kann.

b) Keine Geschäftsordnungskompetenz

Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat auch keine Befugnis zum Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung. § 77 Abs. 2 AktG findet wegen § 278 Abs. 2 AktG keine Anwendung.⁵

⁴ Hierzu Naendrup in *Matthes/Naendrup/Rumpff/Schneider/Westerath*, GK-MitbestG, § 4 Rdnr. 1 ff.

⁵ Hüffer, AktG, 11. Aufl., § 278 Rdnr. 15.

c) Keine Kompetenz zur Bestellung eines Arbeitsdirektors

§ 33 MitbestG sieht für die dem MitbestG unterliegenden Unternehmen die Bestellung eines den übrigen Vertretungsorganen gleichgestellten Arbeitsdirektors vor. Im Hinblick auf die alleinige Vertretung der KGaA durch ihre Komplementäre ist sie hiervon jedoch explizit ausgenommen, § 33 Abs. 1 Satz 2 MitbestG.

d) Kein Recht des Aufsichtsrats zur Begründung von Zustimmungsvorbehalten

Während bei einer AG der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG befugt ist, den Vorstandsmitgliedern für bestimmte Geschäfte seine Zustimmung vorzuschreiben, gilt diese Norm für die KGaA nicht. Gemäß § 278 Abs. 2 AktG finden insoweit die Bestimmungen des HGB über die Kommanditgesellschaft Anwendung. Nach dem gesetzlichen Regelstatut unterliegt die Geschäftsführungstätigkeit der persönlich haftenden Gesellschafter nur bei außergewöhnlichen Geschäften einem Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung und der übrigen Komplementäre, § 278 Abs. 2 AktG, § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2 HGB. Ein darüber hinausgehender Zustimmungsvorbehalt wie auch ein Recht des Aufsichtsrats, einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte zu erlassen, müsste ausdrücklich in das Statut der KGaA aufgenommen werden.

e) Keine Bilanzfeststellungskompetenz

Anders als bei der AG ist der Aufsichtsrat der KGaA nicht berechtigt, den Jahresabschluss durch seine Billigung nach § 172 AktG festzustellen. Nach § 286 Abs. 1 AktG entscheidet hierüber allein die Hauptversammlung mit Zustimmung der Komplementäre.

f) Verbleibender Bereich der Mitbestimmung

Die zwingend angeordnete Mitbestimmung im Aufsichtsrat der KGaA erstreckt sich damit im Wesentlichen nur noch auf das Recht, die Geschäftsführung der Komplementäre zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG), die Bücher, Schriften und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einzusehen und zu prüfen (§ 111 Abs. 2 AktG), in besonderen Fällen die Hauptversammlung einzuberufen (§ 111 Abs. 3 AktG), das Informationsrecht nach § 90 AktG und das Recht, die Gesellschaft oder die Kommanditaktionäre (in Ausführung entsprechender Hauptversammlungsbeschlüsse) gegenüber den Komplementären zu vertreten, §§ 112, 287 Abs. 2 AktG.

Auf die Geschäftspolitik des Unternehmens kann der Aufsichtsrat damit (vorbehaltlich einer abweichenden Gestaltung der Satzung) nicht oder nur sehr indirekt Einfluss nehmen, so dass bei einer KGaA die paritätische bzw. Drittel-Mitbestimmung weitgehend ins Leere geht und genau dort entschärft ist, wo sie von vielen Familienunternehmen traditionell als besonders störend empfunden wird.⁶

2. Entfall der mitbestimmungsrechtlichen Privilegierung in der kapitalistischen KGaA?

Eine KGaA, bei der die Komplementärstellung ausschließlich durch eine andere Kapitalgesellschaft, etwa eine GmbH, ausgeübt wird, wird als kapitalistische KGaA bezeichnet. Diese lange Zeit in ihrer Zulässigkeit umstrittene kautelarjuristische Gestaltung hat ihre endgültige Anerkennung durch die Entscheidung des BGH vom 24.2.1997, gefunden.⁷

⁶ Binz/Sorg, DB 1997, 313, 316.

⁷ BGH, Beschluss vom 24.2.1997, II ZB 11/96, DB 1997, 1219 = BGHZ 134, 392.

Der Beschluss des OLG Celle vom 9.10.2014 und der ihm vorausgehende des LG Hannover beziehen sich auf die Frage, ob die vom Gesetzgeber vorgesehene mitbestimmungsrechtliche Privilegierung der KGaA auch dann gilt, wenn die Geschäfte der KGaA von einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin geführt werden, bzw. ob in diesem Fall ein der Mitbestimmung unterliegender Aufsichtsrat auf der Ebene der Komplementärgesellschaft einzurichten ist. Dann würde nämlich eine kapitalistische KGaA mitbestimmungsrechtlich wie jede andere der Mitbestimmung unterliegende Kapitalgesellschaft behandelt.

Hintergrund ist die seit längerem in der Literatur diskutierte Thematik, ob die in § 4 Abs. 1 MitbestG unter gewissen Voraussetzungen angeordnete Zurechnung der Arbeitnehmer einer Kommanditgesellschaft zu deren Komplementär-GmbH auf die kapitalistische KGaA analog anzuwenden ist oder ob eine solche KGaA dem mitbestimmungsrechtlichen Konzernstatbestand des § 5 MitbestG unterfällt.

a) Keine analoge Anwendung des § 4 Abs. 1 MitbestG

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG gelten bei einer GmbH & Co. KG für die Anwendung des MitbestG die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft als solche der Komplementär-GmbH, wenn zwischen den Kommanditisten und den Inhabern der GmbH-Anteile mehrheitlich eine Beteiligungside ntität (nach Anteilen oder Stimmen) besteht und die Kommanditgesellschaft nicht selbst einen eigenen Geschäftsbetrieb mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern unterhält.

Der Grund dafür, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung von der grundsätzlichen Mitbestimmungsfreiheit einer Personengesellschaft abweicht, liegt darin, dass aufgrund der mehrheitlichen Beteiligungside ntität mit der GmbH von einer Unternehmenseinheit auszugehen ist⁸, die eine Ansiedlung der Mitbestimmung bei der geschäftsleitenden GmbH rechtfertigt. Ein solcher einheitlicher Geschäftsbetrieb ist nur dann nicht anzunehmen, wenn die GmbH bereits selbst über einen (auch im Hinblick auf seine Ziele) eigenständigen Geschäftsbetrieb von in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern verfügt.⁹

LG und OLG lehnen eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 1 MitbestG auf die kapitalistische KGaA mit der Begründung ab, es fehle an den Voraussetzungen für eine Analogie, nämlich einer planwidrigen Regelungslücke und der Vergleichbarkeit des geregelten und des von der Regelungslücke nicht behandelten Sachverhalts. Die Argumentation überzeugt allerdings nicht durchgängig.

aa) Planwidrige Lücke

LG und OLG kommen zu dem Ergebnis, eine planwidrige Lücke liege nicht vor, da der Gesetzgeber trotz Kenntnis von der Existenz der Rechtsform der KGaA ohne eine natürliche Person als Komplementärin keinen Anlass oder jedenfalls keine Chance auf politische Durchsetzbarkeit einer entsprechenden Erweiterung des MitbestG gesehen habe. Tatsächlich hat dies auch schon der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung zur GmbH & Co. KGaA konstatiert¹⁰, allerdings lediglich mit Blick auf die Zulässigkeit dieser Gesellschaftsform als solcher und nicht auf die tatsächliche Anwendbarkeit des MitbestG. Wirklich stichhaltig ist die Begründung der Gerichte nicht.

⁸ Gach in MünchKommAktG, 4. Aufl., § 4 MitbestG Rdnr. 2.

⁹ Gach, a. a. O., Rdnr. 12 ff.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 24.2.1997, II ZB 11/96, DB 1997, 1219, 1222.

Wie das LG richtig ausführt, stellte die kapitalistische Kommanditgesellschaft auf Aktien bei Schaffung des Mitbestimmungsgesetzes im Jahr 1976 noch keine anerkannte Gesellschaftsform dar, konnte seinerzeit also bei der Abfassung des Gesetzes nicht mitberücksichtigt werden, so dass insoweit eine Regelungslücke vorliegt. Für die Beurteilung, ob die Regelungslücke planwidrig ist, kommt es auf den „Plan“ des Gesetzgebers zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm an; allein aus dem Unterbleiben späterer Ergänzungen kann nicht auf eine Planmäßigkeit der Lücke geschlossen werden, ist doch in aller Regel unklar, warum der Gesetzgeber die Ergänzung unterlassen hat (nicht selten überlässt er die Rechtsfortbildung bewusst der Judikatur).

Etwas anderes gilt nur, wenn der Gesetzgeber eindeutig, d. h. innerhalb eines Gesetzgebungsverfahrens festgestellt hat, dass er die Lücke bestehen lassen möchte, weil er den betreffenden Sachverhalt der Norm gerade nicht unterwerfen möchte. Eine solche eindeutige Festlegung haben die Gerichte aber weder dargelegt noch ist diese bekannt. Eine planwidrige Regelungslücke kann deshalb im vorliegenden Fall jedenfalls nicht ausgeschlossen werden.¹¹

bb) Vergleichbarkeit des geregelten und des nicht behandelten Sachverhalts

Anders liegt es hinsichtlich des Kriteriums der Vergleichbarkeit des in § 4 Abs. 1 MitbestG für die GmbH & Co. KG geregelten Sachverhalts mit den Gegebenheiten einer GmbH & Co. KGaA.

§ 4 Abs. 1 MitbestG „verschiebt“ die Mitbestimmung bei der GmbH & Co. KG auf die mit dieser in einer mehrheitlichen Beteiligungseinheit stehende Komplementär-GmbH, weil die Kommanditgesellschaft als Personengesellschaft mitbestimmungsfrei ist¹². Dieser Gesetzeszweck ist im Falle der kapitalistischen KGaA auch beim Bestehen einer mehrheitlichen Beteiligungseinheit nicht einschlägig, weil die KGaA bereits selbst der Mitbestimmung unterliegt. Eine analoge Anwendung von § 4 Abs. 1 MitbestG auf die GmbH & Co. KG würde zu einer zusätzlichen Mitbestimmung auf der Ebene der persönlich haftenden Gesellschafter führen und damit die strukturelle mitbestimmungsrechtliche Privilegierung der KGaA aufheben. Darüber hinaus würden unter Umständen elementare Grundsätze der *paritätischen* Mitbestimmung verletzt: Die Ansiedlung eines mitbestimmten Aufsichtsrates auf der Ebene der Komplementärgesellschaft würde den Arbeitnehmern nämlich im Falle einer für § 4 Abs. 1 MitbestG ausreichenden lediglich mehrheitlichen Beteiligungside ntität mehr Einfluss auf die Geschäftsführung geben als den Kommanditaktionären, die wegen der Beteiligung weiterer Gesellschafter nur weniger als 50 % der Aufsichtsräte stellen könnten¹³. Eine Analogie zu § 4 Abs. 1 MitbestG wurde von den Gerichten im vorliegenden Fall also zu Recht abgelehnt.¹⁴

b) Auslegung des MitbestG nach dem Rechtsgedanken des § 4 Abs. 1 MitbestG

Die Argumentation der Gerichte ist allerdings methodisch insofern unvollständig, als nicht untersucht wurde, ob nicht in § 4 Abs. 1 MitbestG ein Rechtsgedanke enthalten ist, der jen-

¹¹ Ähnlich, aber mit anderer Tendenz MünchKommAktG/Perlitt, 4. Aufl., § 278 Rdnr. 304: Es ist unklar, ob eine gesetzgeberische Lücke vorliegt.

¹² Kessler, GWR 2014, 527.

¹³ Dies gilt allerdings nicht bei vollständiger Beteiligungside ntität; insoweit nicht differenzierend Perlitt, a. a. O., Rdnr. 304.

¹⁴ Zustimmend ebenso Kessler, GWR 2014, 527; Schulteis, GWR 2015, 80.

seits einer Analogie zu einer entsprechenden ergänzenden Auslegung des MitbestG im Hinblick auf den Tatbestand einer kapitalistischen KGaA zwingt.

§ 4 Abs. 1 MitbestG ordnet die Zurechnung der Arbeitnehmer einer nicht mitbestimmungspflichtigen Kommanditgesellschaft zur geschäftsleitenden mitbestimmungspflichtigen Kapitalgesellschaft an, wenn beide Gesellschaften aufgrund einer mehrheitlichen Beteiligungsidentität ein einheitliches Unternehmen bilden. Diese Sonderregelung trägt der Tatsache Rechnung, dass zwischen einer GmbH und einer mehrheitlich beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG strukturell kaum Unterschiede bestehen, die eine unterschiedliche mitbestimmungsrechtliche Behandlung rechtfertigen (Umgehungsschutz).

Daraus ist im Umkehrschluss zu folgern, dass personalistische und kapitalistische KGaA nur insoweit mitbestimmungsrechtlich unterschiedlich behandelt werden müssen, als zwischen diesen beiden Gesellschaftstypen deutliche strukturelle Unterschiede bestehen, insbesondere weil die für die KGaA geltenden Mitbestimmungsregelungen durch die kapitalistische Ausgestaltung der KGaA in ihrer Effektivität beeinträchtigt werden und damit eine *erweiternde Auslegung* der gesetzlichen Normen des MitbestG nahelegen.

Tatsächlich erfolgen in einer KGaA, bei der einzige Komplementärin eine Kapitalgesellschaft ist, Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung dauerhaft fremdbestimmt durch die jeweiligen Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft, sieht man von dem Fall der sog. Einheits-KGaA ab, bei der die KGaA alle Anteile an der Komplementärin selbst hält. Aus der Sicht des Aufsichtsrates macht dies gegenüber der personalistisch ausgestalteten KGaA aber keinen erheblichen Unterschied. Zwar verliert er die ihm bei einer personalistisch strukturierten KGaA wenigstens bestehende indirekte Einflussnahmemöglichkeit über die Kommanditaktionäre (§ 287 Abs. 2 AktG), jedoch erscheint diese Auswirkung als zu gering, als dass allein hieraus eine Umgehung der für die KGaA gesetzlich vorgeschriebenen Mitbestimmung und damit eine erweiternde Auslegung des MitbestG nach dem Rechtsgedanken des § 4 Abs. 1 MitbestG gefolgt werden könnte.

Gerade aus dem Blickwinkel des in § 4 Abs. 1 MitbestG verkörperten Rechtsgedankens wird deutlich, dass sich die personalistische und kapitalistische KGaA nicht soweit unterscheiden, dass hieraus das Erfordernis der Einrichtung eines zweiten Aufsichtsrats auf der Ebene der Komplementär-Gesellschaft oder auch nur ein Mitspracherecht des Aufsichtsrats der KGaA bei der Geschäftsführerbestellung in der Komplementär-Gesellschaft gefolgt werden könnte.¹⁵

c) Mitbestimmung in der Komplementär-Kapitalgesellschaft aufgrund Verwirklichung des Konzernatbestandes nach § 5 Abs. 1 MitbestG?

Nach § 5 Abs. 1 MitbestG sind einer mitbestimmungspflichtigen Kapitalgesellschaft, welche herrschendes Unternehmen eines Unterordnungskonzerns im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG ist, die Arbeitnehmer der (abhängigen) Konzernunternehmen zuzurechnen. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies auf eine kapitalistische KGaA zutrifft, so dass trotz Bestehens eines Aufsichtsrats bei der KGaA ein zusätzlicher Aufsichtsrat bei der Komplementär-Kapitalgesellschaft gebildet werden muss, ist in Literatur und Rechtsprechung heftig umstritten.¹⁶

¹⁵ A. A. Teile der Literatur, etwa MünchKommAktG/Gach, 4. Aufl., § 4 MitbestG Rdnr. 7; GK-MitbestG/Oetker, § 4 Rdnr. 2; Überblick zu den verschiedenen Ansichten bei MünchKommAktG/Perlitt, 4. Aufl., § 278 Rdnr. 298 ff.

¹⁶ Zum Meinungsstand siehe etwa Mutter in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 14 ff.

aa) Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 MitbestG auf die Komplementär-Kapitalgesellschaft

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, die Konzernregelung des § 5 Abs. 1 MitbestG werde durch die speziellere, unmittelbar auf die GmbH & Co. KG zugeschnittene Regelung des § 4 Abs. 1 MitbestG verdrängt¹⁷. Dies ist abzulehnen, da sich die Regelungsinhalte unterscheiden. § 4 Abs. 1 MitbestG knüpft an die Einheit des Unternehmens an, begründet also die Zurechnung der Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft mit der durch die mehrheitliche Beteiligungsidentität vermittelten Einheit von KG und Komplementär-Gesellschaft. § 5 Abs. 1 MitbestG knüpft dagegen an die Beherrschung durch ein Unternehmen an. Besonders deutlich wird dies im vorliegenden Fall der KGaA, für die § 4 Abs. 1 MitbestG (im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 MitbestG) bereits tatbestandlich ausscheidet. Es ist deshalb mit der überwiegenden Meinung davon auszugehen, dass beide Normen nebeneinander anwendbar sind.¹⁸

Richtig ist allerdings, dass der Gesetzgeber ganz offenbar davon ausgegangen ist, eine typische, lediglich als geschäftsführendes Gesellschaftsorgan fungierende Komplementär-Kapitalgesellschaft erfülle den Konzernatbestand nicht; andernfalls wäre, wie das OLG Celle in Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁹ zu Recht hervorhebt, die Regelung des § 4 MitbestG neben dem dann immer einschlägigen § 5 MitbestG bedeutungslos.²⁰

Es kann damit festgehalten werden, dass zur Verwirklichung des Konzernatbestandes weitere über die Übernahme der Geschäftsführung und Vertretung hinausgehende Betätigungen und/oder Rechtspositionen der Komplementär-Kapitalgesellschaft oder sonstige Gegebenheiten vorliegen müssen. Worauf es insoweit ankommt, ist im Folgenden näher zu vertiefen.

bb) Erfordernis einer über die Geschäftsführung hinausgehenden unternehmerischen Tätigkeit der Komplementär-Kapitalgesellschaft?

Nach dem hier zu besprechenden Beschluss des OLG Celle und einer verbreiteten Meinung in der Literatur soll ein Konzernverhältnis der Komplementär-Kapitalgesellschaft nur dann vorliegen können, wenn diese über die Geschäftsführung für die KGaA hinaus zusätzlich unternehmerisch tätig ist, insbesondere die Geschäftsführung für weitere Gesellschaften übernimmt oder weitere Beteiligungen hält.

Diese Ansicht liegt zunächst einmal nahe, verweist doch § 5 Abs. 1 MitbestG unmittelbar auf die Definition des Konzernverhältnisses in § 18 AktG und damit implizit auf den aktienrechtlichen Unternehmensbegriff. Nach ganz einhelliger Meinung im Aktienrecht kann beherrschendes Unternehmen im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG nur ein solches sein, das neben seiner Beteiligung noch andere wirtschaftliche Interessenbindungen aufweist, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, es könne wegen dieser Bindungen seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluss auf das Beteili-

¹⁷ So etwa Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, § 14 Rdnr. 55 ff., § 26 Rdnr. 18 m. w. N.

¹⁸ Oetker in GK-AktG, § 5 MitbestG Rdnr. 9, Mutter in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 15 f. m. w. N.

¹⁹ OLG Celle, Beschluss vom 30.8.1979, 9 Wx 8/78, BB 1979, 1577, 1578.

²⁰ In diesem Sinne auch OLG Bremen, Beschluss vom 30.4.1980, 1 W 3/80, DB 1980, 1332, 1334 f.; zustimmend Kessler, GWR 2014, 527; Schulteis, GWR 2015, 80.

gungsunternehmen nachteilig ausüben.²¹ Hieraus wird gefolgert, die Komplementär-Kapitalgesellschaft könne, entfalte sie über ihre Geschäftstätigkeit für die KGaA hinaus eine solche weitere unternehmerische Betätigung nicht, auch mitbestimmungsrechtlich nicht als herrschendes Unternehmen eines Unterordnungskonzerns angesehen werden.²²

Trotz der grundsätzlichen Anknüpfung von § 5 MitbestG an das Aktienrecht ist allerdings der unterschiedliche Regelungszweck von AktG und MitbestG zu beachten. Wie die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung²³ und die herrschende Meinung in der unternehmensmitbestimmungsrechtlichen Literatur²⁴ zu Recht annehmen, kann es daher in Randbereichen zu Abweichungen des mitbestimmungsrechtlichen vom aktienrechtlichen Unternehmensbegriff kommen. Während es im Aktienrecht in erster Linie um den Schutz von Gläubigern, Minderheitsaktionären und der abhängigen Gesellschaft geht, sollen nach dem MitbestG die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Konzern auf der Ebene gesichert werden, auf der die wichtigen unternehmerischen Entscheidungen fallen.²⁵ Die sich daraus ergebenden Unterschiede im aktienrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Unternehmensbegriff begründet etwa *Oetker* wie folgt:

„Eine Gefährdung der Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger besteht nur, wenn das herrschende Unternehmen andere Interessen als die des abhängigen Unternehmens verfolgt. Die Gefahr einer Verringerung des Einflusses der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens auf maßgebliche Entscheidungsprozesse besteht demgegenüber bereits dann, wenn die Leitungsmacht von einem anderen Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 1 MitbestG mit Herrschaftsmacht ausgeübt wird. Welche wirtschaftlichen Interessen dieses Unternehmen dabei verfolgt, ist dabei unerheblich. Daher bedarf es im Rahmen des § 5 Abs. 1 MitbestG keiner eigenen Unternehmenstätigkeit und keiner maßgeblichen Beteiligung des herrschenden Unternehmens an weiteren Gesellschaften.“²⁶

Dies ist überzeugend, wurde vom OLG Celle, welches sich in seiner Begründung ausschließlich auf Fundstellen zum aktienrechtlichen Unternehmensbegriff gestützt hat, aber verkannt.²⁷

Würde allein die zusätzliche unternehmerische Betätigung der Komplementär-Kapitalgesellschaft, etwa die Beteiligung an einer weiteren KGaA, schon den Konzernatbestand des § 5 MitbestG begründen, hätte der Gesetzgeber im Übrigen darauf verzichten können, die Unanwendbarkeit der Zurechnungsnorm des § 4 Abs. 1 MitbestG auf Komplementär-Kapitalgesellschaften mit einem eigenen Geschäftsbetrieb von in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern explizit anzuordnen.

²¹ BGH, Urteil vom 13.10.1977, II ZR 123/76, NJW 1978, 104; *Hüffer*, AktG, 11. Aufl., § 15 Rdnr. 8 ff.

²² *Assmann/Sethe* in GK-AktG, Vor § 278 Rdnr. 76; *MünchKommAktG/Perlitt*, 4. Aufl., Vor § 278 Rdnr. 101, *Jaques*, NZG 2000, 401, 404; *Kessler*, GWR 2014, 527; *Schulteis*, GWR 2015, 80.

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.1.1979, 19 W 17/78, WM 1979, 956; BayObLG, Beschluss vom 24.3.1998, 3Z BR 236-96, NJW-RR 1999, 332; BayObLG, Beschluss vom 6.3.2002, 3Z BR 343/00, NZG 2002, 579; OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.5.1989, 8 W 38/39, Die AG 1990, 168, 169 = NJW-RR, 1989, 936.

²⁴ *Oetker* in GK-AktG, § 5 MitbestG Rdnr. 3; *MünchKommAktG/Gach*, 4. Aufl., § 5 MitbestG Rdnr. 11; *Kort*, NZG 2009, 81, 82.

²⁵ BayObLG, Beschluss vom 24.3.1998, 3Z BR 236-96, NJW-RR 1999, 332, 333.

²⁶ *Oetker* in Erfurter KommArbR, 15. Aufl., § 5 MitbestG Rdnr. 3.

²⁷ So wurden zitiert: *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 18 Rdnr. 14; *Schall* in *Spindler/Stilz*, AktG, § 15 Rdnr. 13.

Die Anwendung des mitbestimmungsrechtlichen Unternehmensbegriffs kann allerdings (gerade auch im Hinblick auf § 4 Abs. 1 MitbestG) nicht bedeuten, dass bereits die bloße Geschäftsführung bzw. Organstellung der Komplementär-Kapitalgesellschaft den Konzernatbestand begründet.²⁸ Hierfür sind vielmehr zwei weitere Voraussetzungen zu erfüllen: die Abhängigkeit der KGaA von der Komplementär-Kapitalgesellschaft und das dann widerleglich vermutete Konzernverhältnis, welches eine einheitliche Leitung des abhängigen und des übergeordneten Unternehmens verlangt, §§ 17, 18 AktG.

cc) Konzernatbestand bei Beherrschung und Eingliederung

Aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG wird der Konzernatbestand des § 5 Abs. 1 MitbestG unzweifelhaft verwirklicht, wenn zwischen der Komplementär-Kapitalgesellschaft als herrschender und der KGaA als beherrschter Gesellschaft ein Beherrschungsvertrag im Sinne von § 291 AktG abgeschlossen oder die KGaA nach § 319 AktG in die Komplementär-Kapitalgesellschaft eingegliedert ist.

dd) Konzernatbestand bei mehrheitlicher Beteiligung der Komplementärin an der KGaA

Ist die Komplementär-Kapitalgesellschaft am Kommanditkapital der KGaA mehrheitlich (kapital- oder stimmenmäßig) beteiligt, besteht ebenfalls unzweifelhaft eine Mitbestimmungspflicht, da in diesem Fall einerseits die Abhängigkeit und damit ein Konzernverhältnis nach § 17 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG widerleglich vermutet wird, andererseits diese Vermutung wegen der tatsächlichen und rechtlich vorgesehenen Ausübung der Leitungsmacht durch die Komplementärin nicht widerlegt werden kann.

ee) Erfüllung des Abhängigkeits- und Konzernatbestands aus sonstigen Gründen

Der zur Bejahung eines Abhängigkeitsverhältnisses erforderliche beherrschende Einfluss einer an der KGaA mehrheitlich nicht beteiligten Komplementär-Kapitalgesellschaft im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG kann trotz ihrer typischerweise starken Stellung in der KGaA (Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht gemäß § 278 Abs. 2 AktG in Verbindung mit §§ 114 ff., 125 ff. HGB, Vetorecht in der Hauptversammlung gemäß § 285 Abs. 2 AktG) nach herrschender Meinung nicht pauschal unterstellt werden, sondern hängt von der konkreten Ausgestaltung des Statuts der KGaA im Einzelfall, der Anzahl der Komplementäre, etc. ab²⁹.

Ein Abhängigkeitsverhältnis ist dabei bereits dann auszusprechen, wenn neben der Komplementär-Kapitalgesellschaft weitere Gesellschafter geschäftsführungsbefugt sind oder wenn die Komplementär-Kapitalgesellschaft für bestimmte wesentliche oder auch nur außergewöhnliche Geschäfte (Letzteres entspricht dem Regelstatut) einer Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, ohne dass die Komplementär-Kapitalgesellschaft dort selbst über eine hinreichende Stimmenmehrheit verfügt.³⁰

Ist (ausnahmsweise) ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis zu bejahen, etwa weil die allein geschäftsführende Komplementär-Kapitalgesellschaft generell, also für ihre gesamte Geschäftstätigkeit einschließlich außergewöhnlicher Geschäfte,

²⁸ So aber ein Teil der mitbestimmungsrechtlichen Literatur, vgl. etwa *MünchKommAktG/Gach*, 4. Aufl., § 5 MitbestG Rdnr. 29.

²⁹ *MünchKommAktG/Perlitt*, 4. Aufl., Vor § 278 Rdnr. 107.

³⁰ In diesem Sinne auch *Mutter* in *Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 16.

keinem Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung oder eines sonstigen Organs unterworfen ist, ist auch das Konzernverhältnis zu bejahen. Eine Widerlegung der Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG scheidet nämlich angesichts der tatsächlichen Ausübung der Geschäftsführung durch die Komplementär-Kapitalgesellschaft aus.³¹

Im vorliegenden Fall haben die Gerichte die Abhängigkeit der KGaA von der Komplementär-Kapitalgesellschaft leider nicht geprüft, wohl weil es aus ihrer Sicht aufgrund der irrigen Anwendung des aktienrechtlichen Unternehmensbegriffs hierauf nicht ankam. Angesichts der Tatsache, dass die gleiche natürliche Person sämtliche Anteile an beiden Gesellschaften inne hatte und kontrollierte, ist allerdings davon auszugehen, dass eine solche die Abhängigkeit begründende Ausgestaltung des Statuts der KGaA als entbehrlich unterblieben war.

Für die Praxis ist jedenfalls anzuraten, eine zur Abhängigkeit der KGaA von ihrer Komplementär-Kapitalgesellschaft führende Satzungsgestaltung tunlichst zu vermeiden, soll die regelmäßig unerwünschte Unternehmensmitbestimmung im geschäftsführenden Organ vermieden werden.

d) Mitbestimmung in der Komplementär-Kapitalgesellschaft aufgrund Verwirklichung des Konzerntatbestandes nach § 5 Abs. 3 MitbestG?

Werden beherrschte KGaA und herrschende Komplementär-Kapitalgesellschaft ihrerseits von einem dritten Unternehmen im Sinne von § 5 Abs. 1 MitbestG beherrscht und besteht zwischen Komplementär-Kapitalgesellschaft und KGaA wiederum ein Unterordnungs-Konzern, ist ein paritätischer Aufsichtsrat auf der Ebene des dritten Unternehmens zu bilden.

Handelt es sich hierbei allerdings um ein mitbestimmungsunfähiges Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 1 MitbestG, also zum Beispiel eine Personengesellschaft oder einen Einzelunternehmer, ist der mitbestimmte Aufsichtsrat nach § 5 Abs. 3 MitbestG bei dem der Konzernleitung am nächsten stehenden mitbestimmungsfähigen Unternehmen, hier also der Komplementär-Kapitalgesellschaft einzurichten.³²

In dem vom OLG Celle entschiedenen Fall hatte die gleiche natürliche Person sowohl sämtliche Anteile an der KGaA als auch an der Komplementär-GmbH inne, so dass die Konzernvoraussetzungen gemäß § 17 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG im Verhältnis zu dieser dritten Person erfüllt waren. Weitere Voraussetzung von § 5 Abs. 3 MitbestG ist allerdings, dass die dritte Person ihre Leitungsmacht auch wiederum über die Komplementär-GmbH als gegenüber der KGaA herrschendes Unternehmen ausübt. Hierzu liegen wiederum keine Feststellungen der Gerichte vor. Es ist aber davon auszugehen, dass das erforderliche Abhängigkeitsverhältnis nicht bestand (siehe oben lit. c) dd)).

e) Mitbestimmung in der Komplementär-Kapitalgesellschaft aufgrund Verwirklichung des Konzerntatbestandes nach § 2 DrittelbG?

Soweit eine Anwendung des MitbestG wegen Unterschreitung der Grenze von in der Regel mehr als 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern ausscheidet, aber regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden, ist für die kapitalistische KGaA die Verwirklichung des Konzerntatbestandes nach § 2 DrittelbG in Betracht zu ziehen.

Eine Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA ist aufgrund

der im Vergleich zum MitbestG nochmals engeren Zurechnungsvorschriften des DrittelbG aber nur dann möglich und geboten, wenn zwischen der Komplementär-Kapitalgesellschaft als herrschendem Unternehmen und der KGaA ein Beherrschungsvertrag besteht oder letztere in die Komplementärin eingegliedert ist, vgl. § 2 Abs. 2 DrittelbG.

3. Zusammenfassung

a) Bewertung der Entscheidung des OLG

Der Entscheidung des OLG Celle ist zwar im Ergebnis, in der Begründung aber nur teilweise zuzustimmen.³³ Insbesondere kommt es im Rahmen des Konzerntatbestandes des § 5 Abs. 1 MitbestG nicht darauf an, ob die Komplementär-Kapitalgesellschaft neben ihrer geschäftsführenden Tätigkeit noch anderweitig unternehmerisch aktiv ist, sondern lediglich darauf, inwieweit ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der KGaA und der Komplementär-Kapitalgesellschaft besteht. Allein die Komplementärstellung begründet ein Abhängigkeitsverhältnis nicht.

Gerade für große Familienunternehmen bietet die Rechtsform der kapitalistischen KGaA eine hervorragende Möglichkeit, die Unternehmensführung der Familie vor dem möglicherweise schädlichen Einfluss von Kapital- und Arbeitnehmerinteressen maximal zu schützen. Die Entscheidung des OLG Celle hat die notwendige Rechtssicherheit im Bereich der Unternehmensmitbestimmung weiter erhöht.

b) Folgen für die Vertragsgestaltung

In aller Regel wird es erstrebenswert sein, die gerade für Familienunternehmen unbestreitbaren Vorzüge einer kapitalistischen KGaA nicht dadurch in Frage zu stellen, dass hierfür eine Unternehmensmitbestimmung auf der Ebene der Komplementär-Kapitalgesellschaft „eingekauft“ wird.

Dies kann einfach dadurch verhindert werden, dass das Verhältnis zwischen Komplementärgesellschaft und KGaA so ausgestaltet wird, dass zwischen diesen Gesellschaften *kein* Abhängigkeitsverhältnis besteht. Das bedeutet:

aa) Es darf weder ein Beherrschungsvertrag im Sinne von § 291 AktG abgeschlossen, noch die KGaA in das Unternehmen der Komplementär-Kapitalgesellschaft nach § 319 AktG eingegliedert sein.

bb) Darüber hinaus ist zu vermeiden, dass die Komplementär-Kapitalgesellschaft selbst am Kommanditkapital der KGaA mehrheitlich (kapital- oder stimmenmäßig) beteiligt ist, § 17 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG; eine entsprechende Mehrheitsbeteiligung der Gesellschafter der Komplementär-Kapitalgesellschaft am Grundkapital der KGaA ist demgegenüber unschädlich.

cc) Schließlich ist das Statut der KGaA so auszugestalten, dass die Komplementär-Kapitalgesellschaft nicht bereits kraft Satzung einen beherrschenden Einfluss auf die KGaA ausübt. Solches wird allerdings nicht schon allein als Folge ihres Geschäftsführungs- und Vertretungsrechts sowie Vetorechts in der Hauptversammlung anzunehmen sein, sondern (ausnahmsweise) erst etwa dann, wenn die Komplementär-Kapitalgesellschaft hinsichtlich ihrer gesamten Geschäftstätigkeit einschließlich außergewöhnlicher Geschäfte keinem Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung oder eines sonstigen Organs unterworfen ist.

³¹ Zu den Anforderungen an eine einheitliche Leitung BayObLG, Beschluss vom 24.3.1998, 3Z BR 236–96, NJW-RR 1999, 332, 333.

³² Mutter in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 14.

³³ Dem Gericht folgend dagegen Kessler, GWR 2014, 527; Schulteis, GWR 2015, 80.

Kommunalwirtschaftliche Eigen- und Regiebetriebe im Spiegel des Handelsregisterrechts

Von Notarvertreter im Landesdienst Dr. Nico C. Klein, LL.M. (Columbia, NYC)¹, Engen u. Singen

Der Beitrag behandelt das immer noch dunkle Feld des Zusammenspiels von kommunalem Wirtschaftsrecht und allgemeinem Handels- und Gesellschaftsrecht anhand des Beispiels des mitunter kritisch zu bewertenden registerrechtlichen Umgangs mit Eigen- und Regiebetrieben. Da diese bislang vielfach erst gar nicht eingetragen wurden und die Registergerichte dies tolerierten, haben sich zahlreiche Fragen in der Praxis in der Vergangenheit kaum gestellt. Sie bedürfen daher umso dringender vertiefter rechtswissenschaftlicher Diskussion.

I. Einleitung

Der Bereich kommunalwirtschaftlicher Betätigung ist rechtswissenschaftlich immer noch unzureichend aufgearbeitet. Insbesondere dort, wo kommunalrechtliche Besonderheiten mit allgemeinem Handels- und Gesellschaftsrecht zusammentreffen, bereitet es Schwierigkeiten, rechtsdogmatisch überzeugende Lösungen herauszuarbeiten und diese anschließend rechtspraktisch umzusetzen. Die Schwierigkeiten potenzieren sich noch, wenn es um die Unternehmensform des Regiebetriebs geht, der in der Rechtswissenschaft – etwa im Vergleich zum Eigenbetrieb – ein buchstäbliches Schattendasein führt. So wird beispielsweise von Seiten der Praxis immer wieder danach gefragt, ob Regiebetriebe überhaupt im Handelsregister eingetragen werden können und gegebenenfalls müssen. Viel schwieriger zu beantworten ist jedoch die Folgefrage, was gegebenenfalls im Einzelnen genau einzutragen ist. Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen auf den Grund.

II. Eintragungsfähigkeit bzw. -pflicht von Eigen- bzw. Regiebetrieben

Um die Publizität des Handelsregisters umfassend zu sichern, stellt § 33 Abs. 1 HGB klar, dass juristische Personen, die nicht bereits Formkaufleute im Sinne des § 6 Abs. 2 HGB sind, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben.² Über den Wortlaut des § 33 Abs. 1 HGB hinaus werden indes nicht nur Unternehmen erfasst, die selbständige juristische Personen sind, sondern – in den Worten des BayObLG – auch Unternehmen, die von öffentlichrechtlichen Gebietskörperschaften außerhalb der allgemeinen Verwaltung, jedoch ohne eigene Rechtspersönlichkeit betrieben werden, soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben.³ Hiermit seien insbesondere Eigenbetriebe im Sinne des Art. 88 Abs. 1 BayGO gemeint.⁴

Hingegen stellen Regiebetriebe gemäß Art. 88 Abs. 6 BayGO Einrichtungen innerhalb der allgemeinen Verwaltung dar, so

dass sie nach dem Verständnis des BayObLG *argumentum e contrario* nicht erfasst, somit nicht eintragungspflichtig, wemöglich aber eintragungsfähig sein könnten. Hierüber hatte das BayObLG in dem zitierten Fall freilich nicht zu entscheiden, so dass seine Aussage insofern nicht belastbar sein dürfte.

Aus der Regierungsbegründung zum Handelsrechtsreformgesetz ergibt sich hingegen ein anderes Bild: Mit der Abschaffung des § 36 HGB, der eine Ausnahme von der Eintragungspflicht für Eigen- und Regiebetriebe der öffentlichen Hand verbürgte und lediglich deren Eintragungsfähigkeit vorsah, sollte die Privilegierung der öffentlichen Hand „zugunsten [...] einer einheitlichen Handelsregisterpflicht“ beseitigt werden.⁵ Mithin ist davon auszugehen, dass auch Regiebetriebe nach § 33 HGB eintragungspflichtig sind, soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben.⁶ Betreiben sie lediglich ein Kleingewerbe, dürften sie zumindest eintragungsfähig sein.

Sowohl Klein- als auch Handelsgewerbe setzen aber voraus, dass die Merkmale eines Gewerbebetriebs erfüllt sind. Hierbei wird eine der prominentesten Streitfragen überhaupt relevant, namentlich diejenige, ob es für den Gewerbebegriff genügt, wenn Waren oder Dienstleistungen entgeltlich angeboten werden, oder aber, ob Gewinnerzielungsabsicht nötig ist. Diese Streitfrage wird unter anderem gerade vor dem Hintergrund kommunaler Versorgungsunternehmen geführt. Das traditionell geforderte Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht wird von der wohl herrschenden Literaturauffassung mittlerweile als überholt angesehen.⁷

Indes wurde das Merkmal von der obergerichtlichen Rechtsprechung bislang zumindest nicht explizit aufgegeben, auch wenn sich eine gewisse Tendenz in diese Richtung abzuzeichnen scheint. So formulierte der BGH etwa bereits im Jahre 1985, dass „jede auf wirtschaftlichem Gebiet im weitesten Sinne ausgeübte geschäftliche Tätigkeit, die auf die Erzielung dauernder Einnahmen gerichtet ist“, genügen könne.⁸ Weiter hieß es: „Mit einer solchen Erwerbsabsicht kann auch eine öffentlichrechtliche Körperschaft handeln, und zwar unabhängig davon, ob sie daneben zugleich in Erfüllung einer ge-

¹ Der Autor ist Richter als Notarvertreter in Singen (Hohentwiel) und Engen. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

² *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 33 Rdnr. 1.

³ BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 360 f.; offen lassend etwa *Henssler/Strohn/Wamser*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 33 Rdnr. 1.

⁴ BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 360 f.; vgl. auch: OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.12.2009, 20 W 150/09, Rpfleger 2002, 270; *Oetker/Schlingloff*, HGB, 4. Aufl. 2015, § 33 Rdnr. 1; *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, 8. Aufl. 2015, § 33 Rdnr. 2; *Schulz/Wachsmuth et al.*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, EL Juni 2014, Art. 88 GO Rdnr. 1.3.2; *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 15.10.2011, 10.88 Erl. 1; *Widmann/Grasser/Glaser*, BayGO, EL 27 Dezember 2014, Art. 88 Rdnr. 1 a. E.; *Bolsenkötter/Dau/Zuschlag*, Gemeindliche Eigenbetriebe und Anstalten, 5. Aufl. 2004, R Rdnr. 65.

⁵ BT-Drucks. 13/8444, S. 34 und 57 f.

⁶ Vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 831; *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 529; MünchKommHGB/*Krafka*, 3. Aufl. 2010, § 33 Rdnr. 2; *Röhrich/v. Westphalen/Haas/Ries*, HGB, 4. Aufl. 2014, § 33 Rdnr. 14 f.; *Kornblum*, Rpfleger 2009, 481, 485; *ders.*, Rpfleger 2012, 374; *ders.*, DÖV 2012, 20 ff.; *Holland*, ZNotP 1999, 466, 468; *Deike*, NotBZ 1998, 175, 176; vgl. auch *Roth* in FS Lutter, 2000, S. 651, 653; a. A. insbesondere *Staub/Burgard*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 33 Rdnr. 42 ff.

⁷ Vgl. etwa, jeweils m. w. N. zum Streitstand: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 1 Rdnr. 15 f.; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Kindler*, HGB, 3. Aufl. 2014, § 1 Rdnr. 26 ff.; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 1 Rdnr. 31.

⁸ BGH, Urteil vom 2.7.1985, X ZR 77/84, NJW 1985, 3063.

meinnützigen öffentlichrechtlichen Aufgabe tätig wird; Voraussetzung ist nur das Betreiben eines wirtschaftlichen Unternehmens, also einer Tätigkeit, die *nicht allein* [hervorgehoben durch Verf.] und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird.“

Dabei ist zu berücksichtigen, dass kommunale Unternehmen (egal welcher Rechtsform) neben der Erfüllung eines öffentlichen Versorgungsauftrags in der Regel gerade auch einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen (so explizit etwa die Vorgabe in § 102 Abs. 3 GemO-BW). Ob dies tatsächlich auch gelingt, ist insofern irrelevant. Gewinnerzielungsabsicht läge vor. Der oben genannte Streit darüber, ob Entgeltlichkeit genügt, dürfte also nur dann relevant werden, wenn bei einem Versorgungsunternehmen von Anfang an mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abzusehen ist, dass die Gemeinde dauerhaft Zuschüsse leisten werden muss.

Liegt nach alledem ein Gewerbebetrieb vor, so dürfte weiterhin davon auszugehen sein, dass in der Regel nach Art und Umfang des konkreten kommunalen Unternehmens auch ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist und es sich mithin um einen Handelsgewerbebetrieb handelt (vgl. § 1 Abs. 2 HGB). Selbst in den (kleineren) Kommunen, in denen die kameralistische Haushaltsführung immer noch nicht der Vergangenheit angehört, ist denn spätestens bei Hinzukommen eines Regiebetriebs eine Umstellung auf eine kaufmännischen Grundsätzen genügende doppelte Buchführung (sog. Doppik), einschließlich Ergebniskontrolle, zu erwägen. Letztlich dürfte oftmals von einer Eintragungspflicht auszugehen sein, auch wenn es sich um einen Eigen- oder Regiebetrieb handelt. Die Privilegierung der öffentlichen Hand wollte der Gesetzgeber gerade zugunsten einer einheitlichen Eintragungspflicht abschaffen (siehe oben).

Ungeachtet der Tatsache, dass somit oftmals eine Eintragungspflicht vorliegt, wird in der Literatur in rechtstatsächlicher Hinsicht doch zu Recht kritisch konstatiert, die Registergerichte handhabten die Eintragungspflicht kommunaler Eigen- bzw. Regiebetriebe verbreitet noch recht lasch; es bestehe „riesiger Nachholbedarf“.⁹

III. Einzutragende Firma

Die Bezeichnung „Gemeindewerke X“ dürfte als Sachfirma beispielsweise ohne Weiteres zulässig sein.¹⁰ Ob hiernach jedoch ein Rechtsformzusatz zu folgen hat und wie dieser gegebenenfalls im Einzelnen auszusehen hat, ist stark umstritten und dementsprechend eine noch völlig offene Frage.

Nach *Krafka/Kühn* sei bei Eigen- und bei Regiebetrieben die Bezeichnung dieses Betriebs, nicht jedoch der Name des dahinter stehenden kommunalen Rechtsträgers einzutragen;¹¹ ein Rechtsformzusatz sei der Firma überhaupt nicht anzufügen.¹² Insbesondere sei der Zusatz „e. K.“ gemäß § 19 HGB nur für Einzelkaufleute vorgeschrieben und, wie *Krafka* andernorts ergänzte, seien auch die sonstigen, für Gesellschaften vorgesehenen Rechtsformzusätze nicht geeignet, die für Fälle des § 33

HGB entstehende Lücke in adäquater Weise zu schließen.¹³ Vor allem würden sie allesamt das Vorhandensein einer unbeschränkt haftenden Person unzutreffend suggerieren.¹⁴ Die Rechtsform (zum Beispiel „Regiebetrieb der Landeshauptstadt Stuttgart“) sei aber in Spalte 5 Unterspalte a einzutragen.¹⁵

Zum Teil wird dies indes auch anders gesehen. So heißt es etwa bei *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, nach allgemeinen Grundsätzen müsse jede Firma eines Unternehmens einen Rechtsformzusatz enthalten, um Dritten die Erkennbarkeit derselben zu erleichtern.¹⁶ Es sei daher gemäß § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB i. V. m. § 19 HGB analog die Rechtsform (zum Beispiel „Regiebetrieb der Stadt Y“) als Firmenzusatz zu führen. Folgte man dem, so müsste also ein auf den konkreten Unternehmertyp bezogener Zusatz eingetragen werden.¹⁷ *Burgard* erläutert hierzu näher, dass sich dann zwar nicht bereits aus der Firma ergebe, dass es sich bei dem Unternehmensträger um einen „Kaufmann“ handle; dies ergebe sich aber aus der auf Geschäftsbriefen gemäß § 37a HGB erforderlichen Angabe des Registergerichts und der Nummer, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen sei.¹⁸

Eine dritte Auffassung, die derjenigen von *Krafka/Kühn* diametral gegenübersteht, verlangt neben der Angabe der eigentlichen Rechtsform die Ergänzung „e. K.“¹⁹ Da § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB diesen Zusatz bei wortlautgetreuem Verständnis aber (soweit trifft die Aussage von *Krafka/Kühn* zu) in der Tat nur für Einzelkaufleute vorsieht, lässt sich die dritte Auffassung – ungeachtet ihrer damit nicht bewerteten teleologischen Überzeugungskraft – dogmatisch wohl nur dann begründen, wenn man mit *K. Schmidt*²⁰ in § 19 Abs. 1 HGB eine Art Generalklausel sähe. Bei genauem Blick spricht *K. Schmidt* aber von einer Generalklausel, die „lückenlose Rechtsformangaben“ zu dem jeweiligen Unternehmensträger vorschreibt, was eher nach der zweiten Meinungsgruppe klingt.

Überzeugend ist im Ausgangspunkt sodann auch die zweite Auffassung. Eine Firma ohne Rechtsformzusatz darf es nicht geben. Der Zusatz „e. K.“ nach der eigentlichen Rechtsform würde jedoch, zumindest bei oberflächlichem Blick, das Vorhandensein einer unbeschränkt haftenden Person suggerieren und damit dem Grundsatz der Firmenklarheit widersprechen. Geeignet, um für möglichst klare Verhältnisse zu sorgen, erscheint vielmehr der präzise Zusatz „eingetragener Regiebetrieb der Stadt Y“. Firma und Rechtsformzusatz würden vollständig somit beispielsweise lauten: „Gemeindewerke X, eingetragener Regiebetrieb der Stadt Y“. Eine Abstimmung mit dem zuständigen Registergericht erscheint angesichts

¹³ MünchKommHGB/*Krafka*, § 33 Rdnr. 12.

¹⁴ MünchKommHGB/*Krafka*, § 33 Rdnr. 12; ebenso: *Staub/Burgard*, HGB, § 19 Rdnr. 33; *Burgard* in FS Werner, 2009, S. 190, 201; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, HGB, § 33 Rdnr. 7; *Kornblum*, DÖV 2012, 20, 23.

¹⁵ *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 843.

¹⁶ *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, Rdnr. 540.

¹⁷ Ebenso: *Staub/Burgard*, HGB, § 19 Rdnr. 33 und § 33 Rdnr. 47; *ders.* in FS Werner, S. 190, 201 f.; *Kornblum*, Rpfleger 2009, 481, 485 f.; *ders.*, Rpfleger 2012, 374 f.; *ders.*, DÖV 2012, 20, 23 f.; wohl auch *Waldner*, MittBayNot 2000, 13, 15.

¹⁸ *Staub/Burgard*, HGB, § 19 Rdnr. 33; *ders.* in FS Werner, S. 190, 202.

¹⁹ *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 19 Rdnr. 3 a und § 33 Rdnr. 5 (anders aber noch *Roth* in FS Lutter, S. 651, 657 ff.: „e. K.“ ohne Nennung der konkreten Rechtsform); MünchKommHGB/*Heidinger*, § 19 Rdnr. 44; vgl. auch: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 19 Rdnr. 2 und 5.

²⁰ *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2015, § 12 III 1 c mit Fn. 172 sowie *ders.*, NJW 1998, 2161, 2167 f.

⁹ *Kornblum*, Rpfleger 2009, 481, 485; *ders.*, Rpfleger 2012, 374; *ders.*, DÖV 2012, 20, 21; vgl. auch: *Henssler/Strohn/Wamser*, Gesellschaftsrecht, § 33 Rdnr. 1; *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, Rdnr. 529.

¹⁰ Vgl. nur DNotI-Abbrufgutachten Nr. 1330.

¹¹ *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 833.

¹² *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 835; ebenso: MünchKommHGB/*Krafka*, § 33 Rdnr. 12; *Oetker/Schlingloff*, HGB, § 33 Rdnr. 4; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, HGB, § 33 Rdnr. 7; *Ensthaler/Streit*, HGB, 8. Aufl. 2015, § 33 Rdnr. 2; *Holland*, ZNotP 1999, 466, 468 f.; wohl auch *Glanegger/Kirnberger et al./Ruß*, HGB, 7. Aufl. 2007, § 33 Rdnr. 2.

dessen, dass diese Auffassung im Detail, soweit ersichtlich, noch niemand explizit vertreten hat und sich bei dem Streit jedenfalls insgesamt noch keine klare Tendenz abzeichnet, letztlich indes unumgänglich.

IV. Einzutragende Vertretungsregelung

1. Mitglieder der „Betriebsleitung“ oder erster Bürgermeister als solcher einzutragen?

a) Handhabung bei Eigenbetrieben

Gemäß § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB sind die Mitglieder des „Vorstands“ und ihre Vertretungsmacht einzutragen. Welche materiellrechtlichen Anforderungen an die einzutragenden Rechtsverhältnisse zu stellen sind, bestimmt sich, sofern die handelsrechtlichen Vorschriften keine Regelung enthalten, nach den speziellen, für die jeweilige juristische Person geltenden Vorschriften.²¹ In welcher Form und mit welcher Verfassung kommunale Gebietskörperschaften öffentlich-rechtliche wirtschaftlich tätige Unternehmen betreiben können, ist eine Frage des kommunalen Wirtschaftsrechts. Die Regelung der Vertretungsmacht von Organen solcher Unternehmen unterliegt daher, wie das BayObLG ausführte, der Kompetenz des Landesgesetzgebers, da es sich insoweit um öffentliches Recht handelt.²²

Bei Eigenbetrieben besteht jedoch, soweit ersichtlich, Einigkeit, dass als Mitglieder des Vorstands im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB analog die Mitglieder der Werkleitung und ihre Vertretungsmacht anzumelden und einzutragen sind, obgleich es sich bei ihnen (streng genommen) nicht um Organe einer selbständigen Rechtsperson handelt.²³

b) Übertragung auf Regiebetriebe

aa) Für den Fall der Zulässigkeit einer organisatorischen Teilverselbständigung eines eigenbetriebsähnlichen Regiebetriebs

Nach *Burgard* führe diese für Eigenbetriebe auch von ihm geteilte Auffassung bei Regiebetrieben aber zu Problemen; aufgrund der nicht nur rechtlichen, sondern auch organisatorischen Unselbständigkeit eines Regiebetriebs fehle es hier letztlich insgesamt an einer Grundlage für eine analoge Anwendbarkeit des § 33 HGB, so dass ein Regiebetrieb gar nicht einzutragen sei.²⁴ Geht man nach obigen Ausführungen mit

der herrschenden Meinung indes davon aus, dass der Gesetzgeber Regiebetriebe, die ein Handelsgewerbe betreiben, einzutragen sehen wollte, stellt sich die Frage, wer einzutragender Leiter des der Idee nach organisatorisch unselbständigen Betriebes ist.

Dies dürfte sich danach bestimmen, wem die Leitungsaufgaben (unter anderem Aufgabenverteilung und Arbeitskontrolle)²⁵ sowie die Vertretung und Repräsentation des Regiebetriebs nach außen kraft der innergemeindlichen Organisation tatsächlich zugewiesen sind. Soll der Regiebetrieb im Sinne des Art. 88 Abs. 6 Satz 1 BayGO ganz oder teilweise nach den Vorschriften über die „Wirtschaftsführung“ der Eigenbetriebe womöglich partiell verselbständigt geführt werden, könnte als Betriebsleiter im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB analog unter Umständen etwa ein Verwaltungsdirektor oder dergleichen einzutragen sein.²⁶ Noch naheliegender wäre, wenn etwa ein an sich unmittelbar eingegliedert Referats- oder Abteilungsleiter als prinzipiell eigenverantwortlicher Leiter und Vertreter im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB fungiert, insbesondere wenn der Bürgermeister auf seine sich aus Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO für die laufende Verwaltung ergebenden Einwirkungs- bzw. Letztentscheidungsbefugnisse²⁷ durch entsprechende Neuverteilung der Zuständigkeiten für den Regelfall verzichtet. Beispielsweise könnte die politische Steuerung auf die Festlegung strategischer Zielsetzungen im Rahmen eines jährlich vom Abteilungsleiter zu erstellenden, zur politischen Beschlussfassung vorzulegenden Wirtschaftsplans beschränkt werden.²⁸

Dabei handelt es sich jedoch um eine gewisse organisatorische Annäherung an einen Eigenbetrieb, deren Zulässigkeit nicht abschließend geklärt ist. Möchte man entsprechende Gestaltungsvarianten eröffnen, setzt dies voraus, dass man die strenge organisatorische Eingliederung in die Gemeindeverwaltung nicht als konstitutive Voraussetzung für den Typus eines an einen Eigenbetrieb im Sinne des Art. 88 Abs. 6 BayGO angenäherten Regiebetriebs sieht, sondern in Abgrenzung zum klassischen Eigenbetrieb beispielsweise genügen lässt, dass eine personelle Verflechtung vorliegt und insbesondere das Rechnungswesen nicht isoliert geführt wird.

Die wohl (noch) überwiegende Auffassung in der Kommentarliteratur scheint dies (ohne nähere Begründung) abzulehnen.²⁹ Ein an den Typus eines Eigenbetriebs angenäherter

²¹ BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 361.

²² BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 361; vgl. auch *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 33 Rdnr. 3 m. w. N.

²³ Vgl. stellvertretend: BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.12.2009, 20 W 150/09, Rpfleger 2002, 270 f.; *Ensthaler/Streitz*, HGB, § 33 Rdnr. 2; *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, 10.88 Erl. 1; *Röhricht/v. Westphalen/Haas/Ries*, HGB, § 33 Rdnr. 15; *Haag/Löffler*, Praxiskommentar zum Handelsrecht, 2010, § 33 Rdnr. 4; *Boos*, DB 2000, 1064, 1065; *Holland*, ZNotP 1999, 466, 469; weitere Nachweise bei *Staub/Burgard*, HGB, § 33 Rdnr. 43; vgl. auch *Schulz/Wachsmuth et al.*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, EL Juni 2014, Art. 88 GO Rdnr. 1.3.2 sowie *Deike*, NotBZ 1998, 175, 176: diejenige Person, die für den Betrieb üblicherweise handelt; allgemein zur Werkleitung näher: *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, 92. EL 2009, Art. 88 GO Rdnr. 15 ff.; *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, Hdb. Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 7 Rdnr. 51 ff.; *Hölzl/Hien/Huber*, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 49. AL August 2012, Art. 88 GO Erl. 4.3; *Schulz/Wachsmuth et al.*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, EL Juni 2014, Art. 88 GO Rdnr. 2.1.

²⁴ *Staub/Burgard*, HGB, § 33 Rdnr. 45 f.

²⁵ Vgl. hierzu allgemein am Rande etwa VG Bayreuth, Beschluss vom 25.3.2009, B 3 E 09.88, BeckRS 2009, 46136.

²⁶ Vgl. allgemein *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, Hdb. Kommunale Unternehmen, § 7 Rdnr. 44 m. w. N. – Werks- oder Betriebsleitung möglich; vgl. am Rande auch BGH, Urteil vom 3.2.2005, 5 StR 84/04, NStZ-RR 2005, 343 – Fall betraf einen leitenden Verwaltungsdirektor als Betriebsleiter eines wie ein Eigenbetrieb geführten Regiebetriebs.

²⁷ Vgl. hierzu allgemein *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rdnr. 34.

²⁸ Allgemein zu dieser Möglichkeit etwa *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, Hdb. Kommunale Unternehmen, § 7 Rdnr. 29 f.

²⁹ Ablehnend: *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, 10.88 Erl. 18: Regiebetrieb könne ausschließlich wirtschaftlich, nicht aber organisatorisch wie Eigenbetrieb geführt werden, da es sich sonst um einen echten Eigenbetrieb handle; ebenso: *Schulz/Wachsmuth et al.*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, EL Juni 2013 Art. 88 GO Rdnr. 4.; *Schulz/Wagner*, Recht der Eigenbetriebe und der Kommunalunternehmen in Bayern, 2009, Teil III 1.5; tendenziell wohl auch *Hölzl/Hien/Huber*, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 49. AL August 2012, Art. 88 GO Erl. 8 sowie *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, 2003, S. 56 f.: Annäherung eines Regiebetriebs an einen Eigenbetrieb im Sinne des Art. 88 Abs. 6 BayGO setze Sondervermögen voraus.

Regiebetrieb müsse ein Sondervermögen aufweisen, während gleichzeitig eine strenge Eingliederung in die Gemeindeverwaltung nötig sei. Dieser Auffassung dürften die – weil ausschließlich auf nichtwirtschaftliche Unternehmen eingehend – zu kurz greifenden und mittlerweile jedenfalls überholten Ausführungen in den Gesetzesmaterialien aus dem Jahre 1998 zugrunde liegen. Darin hieß es, die umfassende Anwendbarkeit des Eigenbetriebsrechts auf die bisherigen nichtwirtschaftlichen Unternehmen müsse nicht geregelt werden, weil diese Unternehmen inzwischen allgemein als Eigenbetriebe geführt werden könnten, es daher genüge, die Anwendung der Vorschriften der Wirtschaftsführung auf angenäherte Regiebetriebe zuzulassen.³⁰

Betrachtet man sich den geltenden Gesetzeswortlaut des Art. 88 Abs. 6 BayGO („Die Gemeinde kann Einrichtungen innerhalb der allgemeinen Verwaltung [Regiebetriebe] ganz oder teilweise nach den Vorschriften über die Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe führen, wenn die Abweichung von den allgemeinen kommunalwirtschaftlichen Vorschriften nach Art und Umfang der Einrichtung zweckmäßig ist.“), so fällt zunächst auf, dass dieser nicht nur nichtwirtschaftliche Unternehmen erfasst. Darauf, dass aber gerade für kleinere wirtschaftliche kommunale Unternehmen die hier diskutierte Gestaltungsvariante einer teilweisen organisatorischen Verselbständigung interessant sein könnte, wird noch eingegangen werden.

Weiterhin ist zu sehen, dass der Wortlaut des Art. 88 Abs. 6 BayGO nicht dazu zwingt, bei einem an einen Eigenbetrieb angenäherten Regiebetrieb ein Sondervermögen zu konstituieren; vielmehr ist (ungeachtet dessen, ob ein Sondervermögen gebildet wird oder nicht) entscheidend, dass ein betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechendes Rechnungswesen existiert. Unbeachtlich ist wiederum, wer das betriebswirtschaftlichen Grundsätzen genügende Rechnungswesen führt.

Bei einem an einen Eigenbetrieb im oben genannten Sinne angenäherten Regiebetrieb liegt ein Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit vor, das auf personeller Ebene in die Gemeindeverwaltung eingegliedert ist, möglicherweise gerade auch hinsichtlich des Zuständigkeitsbereichs Rechnungswesen. Im Rahmen der laufenden Geschäfte kann bei diesem, ebenso wie bei einem Eigenbetrieb, prinzipiell aber Führungsautonomie der gegebenenfalls bewusst mit entsprechenden Befugnissen ausgestatteten Abteilungsleitung bestehen, die auch repräsentierend tätig wird. Eine organisatorische Teilverselbständigung in diesem Sinne sollte sich folglich mit dem Wortlaut des Art. 88 Abs. 6 BayGO („innerhalb der allgemeinen Verwaltung [...] ganz oder teilweise nach den Vorschriften über die Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe führen“) in Einklang bringen lassen.

Der Reiz dieser Gestaltungsvariante liegt darin, dass sie (weil je nach Betriebsgröße Doppelstrukturen vermeidend) gegebenenfalls kosteneffizient ist, gleichzeitig aber auch marktorientiert, da sie die Vorteile einer flexiblen Betriebsleitung, die spezifische Sachkunde aufweist und schnelle Entscheidungen fällen kann, mit sich bringt.³¹ Eine solche Gestaltung könnte daher gerade für kleinere, aber wirtschaftliche kommunale Unternehmen interessant sein. In teleologischer Hinsicht spricht nichts gegen ihre Zulassung, stattdessen, wie gezeigt, gerade einiges dafür. Die BayGO steht nach alledem einer or-

ganisatorischen Teilverselbständigung eines eigenbetriebsähnlichen Regiebetriebs meines Erachtens bereits *de lege lata* nicht entgegen.³²

bb) Für den Fall der zwingenden strengen organisatorischen Eingliederung

Lässt man eine organisatorische Annäherung an einen Eigenbetrieb entgegen hier vertretener Auffassung hingegen *de lege lata* nicht zu, dürfte es naheliegen, dass der erste Bürgermeister als solcher als gesetzlicher Vertreter des Regiebetriebs einzutragen ist (vgl. Art. 38 Abs. 1 BayGO). Bei den weiteren Bürgermeistern handelt es sich grundsätzlich lediglich um gesetzliche Vertreter des ersten Bürgermeisters, wobei deren Vertretungsmacht in ihrer Reihenfolge nur im Falle der gegebenenfalls nachweisbaren³³ Verhinderung besteht (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 BayGO). Die dementsprechende Vertretungsregel dürfte eintragungsfähig sein. Hingegen entspricht die womöglich gewünschte Einzelvertretungsmacht der jeweiligen Bürgermeister (zum Beispiel 1., 2., 3.) nicht der gesetzlichen Regel und darf daher grundsätzlich nicht eingetragen werden.

Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn man es für möglich erachtete, über eine Delegation im Sinne des Art. 39 Abs. 2 Hs. 1 BayGO parallele Einzelvertreter zu schaffen und man dies zudem für eintragungsfähig hielte. Bereits der Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 Hs. 1 BayGO („Befugnisse [...] übertragen“) spricht aber gegen eine Möglichkeit, parallele Einzelvertreter auf dieser Grundlage zu schaffen. Vielmehr geht es darum, „im Rahmen der Geschäftsverteilung (Art. 46)“ Kompetenzen umzuverteilen, um den ersten Bürgermeister im Hinblick auf bestimmte Geschäfte generell zu entlasten, nicht aber die Verwaltungshierarchie und klare Verantwortungszuweisung im Sinne des Art. 39 Abs. 1 BayGO zu untergraben, indem parallele Kompetenzen geschaffen werden. In diesem Sinne sprechen auch *Hölzl/Hien/Huber* von der dauerhaften Übertragung abgegrenzter Befugnisse, die der Entlastung des Leiters diene.³⁴ In die gleiche Richtung deutet ferner, wenn *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke* ausführen, der erste Bürgermeister dürfe seine Befugnisse nur insoweit übertragen, als die weiteren Bürgermeister entsprechend der Geschäftsverteilung für die Erledigung der betreffenden Aufgaben innerorganisatorisch auch zuständig seien.³⁵

Bei großzügigerem Verständnis läge im Übrigen nahe, dass es sich dann zumindest nicht um eine unter Umständen eintragungsfähige organschaftliche Umverteilung der Vertretungsmacht handelte, sondern lediglich um eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung.³⁶ Dies wird auch bei *Widtmann/*

³² Zulassend auch: *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, Hdb. Kommunale Unternehmen, § 7 Rdnr. 30 und 44 m. w. N.; *Widtmann/Grasser/Glaser*, BayGO, EL 27 Dezember 2014, Art. 88 Rdnr. 14 – meint jedoch, der Typus sei unnötig, weil dann sogleich auf einen Eigenbetrieb zurückgegriffen werden könne; vgl. auch *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, 96. EL 2011, Art. 88 GO Rdnr. 44: es entscheide der Gemeinderat, in welchem Umfang Eigenbetriebsrecht Anwendung finde; *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Aufl. 2007, Rdnr. 345 – spricht von flexibler Ausgestaltung.

³³ Vgl. hierzu BayObLG, Beschluss vom 8.7.1971, BReg. 2 Z 54/71, BayObLGZ 1971, 252.

³⁴ *Hölzl/Hien/Huber*, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 49. AL August 2012, Art. 39 GO Erl. II 1.

³⁵ *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 1.3.2014, 10.39 Erl. 9.

³⁶ Noch strenger augenscheinlich *Hölzl/Hien/Huber*, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 49. AL August 2012, Art. 39 GO Erl. II 1: Unterzeichnung mit „i. A.“; Bürgermeister bleibe verantwortlich.

³⁰ LT-Drucks. 13/10828, S. 20.

³¹ Vgl. allgemein zu diesen Vorteilen auch *Hoppe/Uechtritz/Reck*, Hdb. Kommunale Unternehmen, § 16 Rdnr. 36 und 46.

Grasser/Glaser deutlich: Eine Umverteilung im Sinne des Art. 39 Abs. 2 BayGO könne nicht dergestalt erfolgen, dass zwar ein Vertretungsrecht erteilt, aber nicht gleichzeitig die Befugnis zur eigenständigen Erledigung der Angelegenheiten übertragen werde; in einem solchen Fall könne es sich lediglich um eine rechtsgeschäftliche Vollmachterteilung handeln.³⁷ Eine solche wäre nach allgemeinen Grundsätzen aber nicht eintragungsfähig.

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend kommt es, lässt man mit hier vertretener Auffassung eine organisatorische Annäherung eines Regiebetriebs an einen Eigenbetrieb zu, darauf an, wie die innergemeindliche Organisation tatsächlich gestrickt ist. Der tatsächlich verantwortliche Leiter und Repräsentant des Regiebetriebs dürfte in das Handelsregister einzutragen sein. Lässt man eine organisatorische Annäherung an einen Eigenbetrieb hingegen mit der in der Kommentarliteratur zur BayGO wohl (noch) überwiegenden Meinung nicht zu und verlangt demnach eine strenge organisatorische Eingliederung in die Hierarchie der Gemeindeverwaltung, wäre der erste Bürgermeister einzutragen. Indes kann auch diese Konsequenz zumindest nicht als gesichert gelten, da spezifische Stimmen zur Eintragung des Vertreters von Regiebetrieben in der handelsrechtlichen, registerrechtlichen und (bayerisch-)kommunalrechtlichen Literatur, soweit ersichtlich, nicht auszumachen sind. Eine Abstimmung mit dem zuständigen Registergericht erscheint nach alledem auch an dieser Stelle grundsätzlich angebracht.

2. Eintragungszusatz zur gesetzlichen Beschränkung auf laufende Geschäfte

Unterstellt man, dass es sich bei dem Vertreter des Regiebetriebs im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB nicht zwingend um den ersten Bürgermeister handeln muss, und geht man weiter davon aus, dass der Regiebetrieb von seinem Leiter/seinen Leitern nach den allgemeinen Regeln vertreten wird, bestünde hier grundsätzlich eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf „laufende Geschäfte“ gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BayGO gegebenenfalls i. V. m. Abs. 6 Satz 1 BayGO.

Selbst aber dann, wenn man eine organisatorische Annäherung eines Regiebetriebs an einen Eigenbetrieb mit der herrschenden Meinung ablehnte und daher wohl den ersten Bürgermeister für die als Vertreter im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB einzutragende Person hielte, dürfte in Bayern (im Gegensatz zu anderen Bundesländern) eine gesetzliche Beschränkung dessen Vertretungsmacht auf den Bereich laufender Geschäfte anzunehmen sein. Jedenfalls die bayerische Rechtsprechung geht denn entgegen einer im Vordringen befindlichen Literaturauffassung immer noch davon aus, dass Art. 38 Abs. 1 BayGO nur ein Vertretungsrecht (Zuständigkeit) begründe, nicht aber eine umfassende Vertretungsmacht. Nur soweit die Befugnisse des Art. 37 BayGO reichen, könne der Bürgermeister die Gemeinde ohne einen gegebenenfalls auch im Außenverhältnis nötigen Gemeinderatsbeschluss wirksam vertreten.³⁸

Nach Auffassung des BayObLG (zum Eigenbetrieb) soll nun der Zusatz „im Rahmen der laufenden Geschäfte“ eintragungsfähig sein, da ein Bedürfnis nach möglichst umfassender Information des Rechtsverkehrs durch das Handelsregister bestehe und die Eintragung vom Gesetz nicht bestimmter oder zugelassener Tatsachen von der Rechtsprechung allgemein gerade insoweit für zulässig erachtet werde, als der Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordere und ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe.³⁹ Daher sei es sachgerecht, in Spalte 5 des Handelsregisters unter Bezugnahme auf Art. 88 Abs. 3 Satz 2 BayGO und in enger Anlehnung an den Gesetzeswortlaut zu vermerken, dass sich die Vertretungsbefugnis der Betriebsleitung auf die laufenden Geschäfte beschränkt.

Krafka/Kühn tendieren allerdings augenscheinlich dazu, dies mit dem Argument abzulehnen, es sollten gerade keine Registerprivilegien für Unternehmen der öffentlichen Hand mehr bestehen, so dass das allgemeine Verbot der sachlichen Beschränkung der Vertretungsbefugnis bei Vertretungsorganen von Handelsgesellschaften gelten müsse und sich in der Folge jedermann über die Rechts- und Vertretungsverhältnisse von Unternehmen der öffentlichen Hand schnell und einfach auch ohne öffentlichrechtliche Vorkenntnisse informieren könne.⁴⁰ Dies soll wohl dazu führen, dass selbst bei Eigenbetrieben der erste Bürgermeister als Vertreter eingetragen werden muss. Auf den zweiten Blick würde sich jedoch auch hiermit kein konsistentes Ergebnis erzielen lassen, da nach bayerischer Rechtsprechung auch die Vertretungsmacht des Bürgermeisters auf den Bereich laufender Geschäfte beschränkt ist (siehe oben). An der Eintragung der Werk- bzw. Betriebsleitung (jedenfalls bei Eigenbetrieben) kann somit grundsätzlich festgehalten werden.

Sieht man nun weiterhin, dass sowohl die Vertretungsmacht der Werkleiter als auch die des ersten Bürgermeisters bereits kraft Gesetzes (Art. 88 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 BayGO gegebenenfalls i. V. m. Abs. 6 Satz 1 BayGO) bzw. kraft Auslegung des Gesetzes (vgl. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Art. 38 Abs. 1 BayGO) beschränkt sind, dürfte es in beiden Fällen naheliegen, einen entsprechenden Zusatz im Handelsregister für eintragungsfähig zu erachten. Dies würde gerade der schnellen und einfachen Information des Verkehrs, die vom Reformgesetzgeber beabsichtigt war, dienen. Im Hinblick auf etwaige gesetzliche oder statutarische feinere Ausdifferenzierungen der Vertretungsmacht, die kaum vollständig eintragungsfähig sein dürften, würde die eingetragene Einschränkung zumindest als Warnung taugen, weitere Erkundigungen einzuholen.⁴¹ Im Münchener Kommentar zum HGB weicht *Krafka* von seiner oben genannten Auffassung sodann auch ab und erkennt (im Zusammenhang mit Eigenbetrieben) speziell für den Zusatz „im Rahmen der laufenden Geschäfte“ eine Ausnahme von den ansonsten seines Erachtens unzulässigen Eintragungen von Vertretungsbeschränkungen an.⁴²

Weil § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB von der Angabe der Vertretungsmacht spricht und damit mit *Hopt*⁴³ von einer Eintragungspflicht der normalen gesetzlichen Vertretungsmacht, nicht nur etwaiger Abweichungen hiervon, auszugehen ist, dürfte die

³⁷ *Widtmann/Grasser/Glaser*, BayGO, EL 27 Dezember 2014, Art. 39 Rdnr. 18.

³⁸ Stellvertretend BayObLG, Beschluss vom 15.1.1997, 3Z BR 153/96 – juris Rdnr. 14 f.; OLG München, Beschluss vom 18.6.2010, 34 Wx 065/10 – juris Rdnr. 7; zum Streitstand vgl. weiterhin etwa DNotI-Abfragegutachten Nr. 11304.

³⁹ BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 363; vgl. auch *Staub/Burgard*, HGB, § 33 Rdnr. 48.

⁴⁰ *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 841 a. E.

⁴¹ Vgl. *Staub/Burgard*, HGB, § 33 Rdnr. 44.

⁴² MünchKommHGB/*Krafka*, § 33 Rdnr. 11.

⁴³ Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 33 Rdnr. 2; ebenso *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 33 Rdnr. 3.

genannte Einschränkung der Vertretungsmacht letztlich sogar verpflichtend einzutragen sein.⁴⁴ Nimmt man eine solche Eintragungspflicht an, bestünden bei Missachtung der Pflicht Risiken aufgrund des § 15 Abs. 1 HGB (negative Publizität des Handelsregisters wegen nicht eingetragener Beschränkung der Vertretungsmacht) respektive aufgrund des § 15 Abs. 3 HGB (positive Publizität wegen Eintragung scheinbar unbeschränkter Vertretungsmacht), die das Handelsrecht (Bundesrecht) zum Schutz des Handelsverkehrs anordnet, weshalb sie auch im Falle von eingetragenen Eigen-/Regiebetrieben greifen müssen. Es sollte folglich versucht werden, das Registergericht von der Eintragung eines entsprechenden Beschränkungsatzes zu überzeugen.

3. Erweiterung der Befugnisse

Soll die Vertretungsmacht des Leiters des gegebenenfalls einem Eigenbetrieb organisatorisch angenäherten Regiebetriebs (zur Diskussion siehe oben) erweitert werden, so dürfte dies gemäß Art. 88 Abs. 6 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BayGO möglich sein, indem der Gemeinderat mit Zustimmung des ersten Bürgermeisters der Betriebsleitung entsprechende Befugnisse (soweit nach BayGO zulässig) überträgt. Dies kann bei Eigenbetrieben durch eine Betriebsatzung geschehen.⁴⁵

Fehlt es bei einem Regiebetrieb an einer Satzung, ist hingegen fraglich, ob die Übertragung weiterer Befugnisse, wenn sie nicht in einer Satzung manifestiert wird, durch schlichten Gemeinderatsbeschluss mit Zustimmung des ersten Bürgermeisters erfolgen kann. Teleologisch betrachtet, könnte aus Publizitätsgründen eine besondere Perpetuierung der Regelung erforderlich sein, so dass eine Erweiterung der gegebenenfalls quasi-organschaftlichen Befugnisse des Leiters eines Regiebetriebs ausscheiden könnte. Hierauf deutet unter Umständen eine Parallele zur Möglichkeit der Übertragung von Befugnissen des Gemeinderats auf den Bürgermeister (vgl. Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO), für die eine Manifestation in der Geschäftsordnung im Sinne des Art. 45 BayGO vorausgesetzt wird (noch strenger zum Beispiel § 44 Abs. 2 Satz 2 GemO-BW: in der Hauptsatzung). Gleichwohl verlangt der klare Wortlaut des Art. 88 Abs. 6 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BayGO lediglich einen Gemeinderatsbeschluss mit Zustimmung des ersten Bürgermeisters. Dieser ist gemäß Art. 54 BayGO niederzuschreiben, was als Manifestation augenscheinlich genügen soll. Schließlich wird auch in der Literatur zum Eigenbetrieb lediglich konstatiert, die Regelung in einer Betriebsatzung sei zweckmäßig, also nicht zwingend nötig.⁴⁶

Bei einem Regiebetrieb ohne eigene Satzung erscheint mithin zumindest nicht ausgeschlossen, die Vertretungsbefugnisse des Betriebsleiters, falls dieser nicht zwingend der erste

Bürgermeister als solcher sein muss, ohne eine besondere korporationsrechtliche Manifestation der Regelung zu erweitern. Bejahete man die Möglichkeit, so dürfte (ebenso wie bei einer satzungsmäßigen Erweiterung im Falle eines ein Handelsgewerbe betreibenden Eigenbetriebs⁴⁷) grundsätzlich nicht nur eine Eintragungsfähigkeit vorliegen, sondern sogar eine Eintragungspflicht im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 Alt. 5 HGB naheliegen. Gleiches dürfte gelten, wenn man eine organisatorische Annäherung eines Regiebetriebs an einen Eigenbetrieb ablehnte und daher den ersten Bürgermeister als solchen als Vertreter erachtete, dessen organschaftliche Vertretungsbefugnis aber gegebenenfalls im Sinne des Art. 38 Abs. 1 BayGO i. V. m. Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BayGO ordnungsgemäß, d. h. unter anderem in der Geschäftsordnung manifestiert, erweitert werden könnte. Je ausdifferenzierter die Erweiterungen der jeweiligen Vertretungsmacht jedoch werden, desto eher dürfte eine Eintragung aus Gründen der Übersichtlichkeit des Handelsregisters ausscheiden.

V. Fazit

Im Bereich des Zusammenspiels von kommunalem Wirtschaftsrecht und allgemeinem Handels- und Gesellschaftsrecht treten zahlreiche Spannungen auf. Die rechtswissenschaftliche Diskussion blickt hier immer noch auf ein weitgehend dunkles Feld. Der vorliegende Beitrag hielt den kommunalwirtschaftlichen Erscheinungsformen von Eigen- und Regiebetrieb den Spiegel des Handelsregisterrechts vor und leuchtete in diesem Zuge bislang teils völlig offene Fragen näher aus.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Eigen- und Regiebetriebe in der Regel im Handelsregister eingetragen werden müssen. Der jeweiligen Firma ist richtigerweise als Rechtsformzusatz zum Beispiel „eingetragener Regiebetrieb der Stadt Y“ anzufügen. Lässt man mit der hier vertretenen Auffassung eine organisatorische Teilverselbständigung eines eigenbetriebsähnlichen Regiebetriebs bereits *de lege lata* zu, ist als Vertreter (ebenso wie bei Eigenbetrieben) der jeweilige faktische Betriebsleiter einzutragen, etwa ein mit weitreichenden Kompetenzen und entsprechender prinzipieller Eigenverantwortung sowie Repräsentationsaufgaben ausgestatteter Abteilungsleiter. In jedem Fall sollte aufgrund der Publizitätswirkungen des § 15 HGB die Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Bereich laufender Geschäfte eingetragen werden, soweit die Vertretungsmacht des Betriebsleiters respektive des Bürgermeisters nicht durch die Betriebsatzung oder möglicherweise auch schlichten Gemeinderatsbeschluss erweitert worden ist.

Zu konstatieren bleibt für die Praxis letztlich allerdings, dass eine Abstimmung mit dem jeweiligen Registergericht bis auf Weiteres oft unumgänglich bleiben wird. Die rechtswissenschaftliche Diskussion hat im Hinblick auf die behandelten Fragen erst begonnen. Dies dürfte daran liegen, dass die Eintragungspflicht von Eigen- und Regiebetrieben in der Praxis bislang zu lasch gehandhabt wurde.

⁴⁴ So im Ergebnis jedenfalls für die Werkleitung eines Eigenbetriebs: *Holland*, ZNotP 1999, 466, 469; vgl. auch *Heidell/Schall/Lamsal/Ammon*, HGB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rdnr. 7.

⁴⁵ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 361.

⁴⁶ Vgl. *Hölzl/Hien/Huber*, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, 49. AL August 2012, Art. 88 GO Erl. 4.3; vgl. auch *Schulz/Wachsmuth et al.*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, EL Juni 2013, Art. 88 GO Rdnr. 2.1.5.

⁴⁷ Vgl. hierzu BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, 3Z BR 174/01, BayObLGZ 2001, 357, 361.

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung in der notariellen Praxis

Von Notar Dr. Marc Hermanns, Köln

Waren grenzüberschreitende Sachverhalte im Gesellschaftsrecht noch vor wenigen Jahren eher die Ausnahme, häufen sich in der jüngeren Vergangenheit die Fälle, in denen auch der Notar mit internationalen Sachverhalten befasst wird. Ein Teilbereich dieser Sachverhalte ist die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer Gesellschaft von Deutschland in das Ausland, sei es in einen EU-Staat oder in einen Drittstaat. Da es eindeutige gesetzliche Vorgaben nicht gibt, sucht der Praktiker nach Hilfestellung bei der Anwendung der normativen Vorgaben des EuGH. Der Beitrag versucht, diese Vorgaben des EuGH in handhabbare Praxisvorschläge umzusetzen.

I. Einleitung

Die zunehmende Internationalisierung des Wirtschaftslebens führt auch in der notariellen Praxis zu stetig neuen Anforderungen: Zahlreiche Transaktionen werden unter Beteiligung ausländischer Privatpersonen oder Gesellschaften durchgeführt, und der Notar hat die sich hieraus ergebenden Besonderheiten bei der Gestaltung und Durchführung seiner Urkunden zu beachten. Vor allem im Wirtschaftsrecht, insbesondere im Gesellschaftsrecht, ist der Notar nicht selten vor die Herausforderung gestellt, sich mit den durch die Beteiligung ausländischer Gesellschaften gestellten Rechtsfragen auseinanderzusetzen: Ausländische Gesellschaften müssen zum Beispiel ordnungsgemäß vertreten sein oder das Zielobjekt der Unternehmenstransaktion kann jedenfalls auch in einem mehr oder weniger großen Umfang in Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften bestehen.

Auch der Gesetzgeber geht in zunehmendem Maße dazu über, den nationalen Rahmen überschreitende Rechtsvorgänge gesetzgeberischen Regelungen zu unterwerfen. So wurde im ersten Schritt die grenzüberschreitende Verschmelzung in §§ 122a ff. UmwG geregelt. Bei der Verschmelzung wird bekanntlich das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergeleitet, so dass es insoweit zu einem Vermögenstransfer mit allen sich hieran anknüpfenden Konsequenzen, insbesondere in steuerlicher Hinsicht, kommt. Jedenfalls im deutschen Recht nicht geregelt wurde bislang die Möglichkeit, den Satzungssitz einer Gesellschaft mit Satzungssitz in Deutschland in das Ausland zu verlegen. Auch an derartigen grenzüberschreitenden Sitzverlegungen kann indes ein Interesse bestehen, wenn sich eine Gesellschaft – aus welchen Gründen auch immer – nunmehr dem materiellen Recht eines anderen Staates unterstellen möchte.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich auch der EuGH verschiedentlich mit den Fragen und Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union zu befassen hatte. Ohne die Entwicklung im Einzelnen nachzeichnen zu wollen, kann als Stand der Erkenntnis nunmehr festgehalten werden, dass sowohl die Verlegung des Verwaltungssitzes als auch die Verlegung des Satzungssitzes innerhalb der Europäischen Union grundsätzlich zulässig ist.

Die in Deutschland ansässigen Notare haben mit den beschriebenen Vorgängen in der Regel in der Weise zu tun, dass sie die Verlegung des Verwaltungssitzes und/oder des Satzungssitzes einer bislang in Deutschland ansässigen Gesellschaft in das Ausland notariell und registerrechtlich zu begleiten haben. Die Tätigkeit des Notars in derartigen Wegzugsfällen und die hierbei in den verschiedenen Fallkonstellationen zu beachtenden Vorgaben sind Gegenstand dieses Beitrags; der Schwerpunkt wird hierbei darauf liegen, den

Wegzug in das EU-Ausland zu untersuchen, da dies in der Praxis die weitaus häufigsten Fälle sein dürften.¹ Systematisch zu unterscheiden sind die Fälle des Wegzugs durch Verlegung des Satzungssitzes

1. einer deutschen Kapitalgesellschaft ins EU-Ausland,
2. einer deutschen Kapitalgesellschaft in einen Drittstaat,²
3. einer deutschen Personengesellschaft ins EU-Ausland,
4. einer deutschen Personengesellschaft in einen Drittstaat.

Von den vorstehend beschriebenen Wegzugsfällen durch Verlegung des Satzungssitzes der Gesellschaft sind die Fälle zu unterscheiden, in denen die Gesellschaft – unter Beibehaltung des Satzungssitzes – lediglich ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt. Eine solche Sitzverlegung des Verwaltungssitzes ist bei einer Kapitalgesellschaft nach ganz überwiegender Meinung nach Inkrafttreten des MoMiG ohne Weiteres möglich.³ Vor Inkrafttreten des MoMiG sahen § 4a Abs. 2 GmbHG bzw. § 5 Abs. 2 AktG nämlich vor, dass der Satzungssitz derjenige Ort zu sein hatte, an dem sich die Geschäftsleitung, die Verwaltung oder wenigstens ein Betrieb der Gesellschaft befand. Hieraus wurde geschlossen, dass beispielsweise eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland notwendigerweise auch eine Verlegung des Satzungssitzes zur Folge habe, was wiederum zur Auflösung der Gesellschaft führe.⁴ Nunmehr bestimmen § 4 GmbHG bzw. § 5 AktG demgegenüber als Sitz der Gesellschaft den Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt. Damit hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, unter Beibehaltung des inländischen Satzungssitzes den tatsächlichen Verwaltungssitz deutscher Kapitalgesellschaften ins Ausland zu verlegen.⁵ In derartigen Fällen der bloßen Verlegung des Verwaltungssitzes bleibt die Gesellschaft registerrechtlich in Deutschland verortet und unterliegt nach wie vor deutschem Gesellschaftsrecht. Hiervon

¹ Der Zuzug einer bislang im EU-Ausland ansässigen Gesellschaft nach Deutschland soll daher nicht behandelt werden, da dieser im Schwerpunkt von den im Ausland tätigen Notarkollegen begleitet und vorbereitet wird.

² Als Drittstaat werden im Folgenden Staaten bezeichnet, die nicht der Europäischen Union und nicht dem EWR (Europäischer Wirtschaftsraum) angehören.

³ MünchKommGmbHG/Mayer, 2. Aufl. 2015, § 4a Rdnr. 69; ebenso Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 4a Rdnr. 11.

⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 30.4.1997, 15 W 91/97, MittRhNotK 1997, 365; BayObLG, Beschluss vom 7.5.1992, 3 Z BR 14/92, MittRhNotK 1992, 195; vgl. dazu auch Bischoff in Büchell/von Rechenberg, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2011, Kapitel 7, Rdnr. 16.

⁵ Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 4a Rdnr. 11; ebenso C. Jaeger in BeckOK-GmbHG, Stand 15.1.2016, § 4a Rdnr. 10.

unabhängig bleibt die Verpflichtung erhalten, eine inländische Geschäftsanschrift in der Bundesrepublik Deutschland zu unterhalten.⁶ Diese Möglichkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland besteht unabhängig davon, ob die Verlegung in einen EU-Mitgliedsstaat oder einen Drittstaat erfolgt.⁷

II. Wegzug einer deutschen Kapitalgesellschaft ins EU-Ausland durch Verlegung des Sitzungssitzes

Seit der Entscheidung des EuGH in Sachen VALE steht fest, dass die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV auch den grenzüberschreitenden Formwechsel von einem Mitgliedsstaat in einen anderen durch Verlegung des Sitzungssitzes der Gesellschaft schützt.⁸ Dies bedeutet zum einen, dass der Staat, den die Gesellschaft verlässt, diesen Wegzug nicht mit der Folge der Auflösung und Liquidation behindern darf und dass zum anderen der Aufnahmestaat den Zuzug insoweit gestatten muss, als er auch den im Inland ansässigen Gesellschaften einen Formwechsel erlaubt.⁹

Der grenzüberschreitende Formwechsel muss von den Mitgliedsstaaten auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung erlaubt werden, da die Niederlassungsfreiheit unmittelbar wirkt, d. h. auch ohne sekundäres Unionsrecht oder nationale Ausführungsgesetze zu beachten ist.¹⁰

1. Das auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung anwendbare Recht

Obwohl – wie gesagt – die Grundfreiheiten unmittelbar wirken und nicht auf die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber angewiesen sind, ist die Praxis darauf angewiesen, einen verlässlichen Rechtsrahmen und verlässliche Vorgaben zu haben, an denen sie sich bei der Gestaltung und Durchführung orientieren kann. Dies sieht auch der EuGH, wenn er die „sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen“ auf den beschriebenen Vorgang fordert.¹¹

Hiermit meint der EuGH konkret, dass sowohl die Regelungen des Wegzugsstaates als auch die Regelung des Aufnahmestaates in europarechtskonformer Auslegung zu beachten sind. Zwar sei es grundsätzlich, so der EuGH, jedem Mitgliedsstaat überlassen, die Modalitäten einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu definieren. Diese dürfen jedoch nicht

schwieriger einzuhalten sein als die Voraussetzungen für einen rein innerstaatlichen Formwechsel.¹² Diese allgemeinen Vorgaben helfen dem Rechtsanwender natürlich noch nicht genügend, da er prüfen muss, welche konkreten Regelungen er zu beachten hat, damit die beabsichtigte Sitzverlegung wirksam registerlich vollzogen werden kann. Hierzu werden im deutschen Recht im Wesentlichen zwei Ansätze vertreten:

a) Zum einen wird vorgeschlagen, im Ausgangspunkt die Bestimmungen der §§ 190 ff. UmwG, also die Bestimmungen über den rein nationalen Formwechsel, in europarechtskonformer Auslegung und Anpassung anzuwenden.¹³ Hierfür kann angeführt werden, dass auch die grenzüberschreitende Sitzverlegung eine Art Formwechsel im Sinne der §§ 190 ff. UmwG darstellt, da Ausgangsrechtsträger und Zielrechtsträger rechtsidentisch sind und lediglich – wie beim nationalen Formwechsel ebenfalls – einem anderen Rechtsregime, also anderen gesetzlichen Normen, unterworfen werden. Diese übereinstimmende Folge beider Strukturmaßnahmen könnte eine analoge Anwendung der §§ 190 ff. UmwG nahelegen.

b) Auf der anderen Seite wird vorgeschlagen, eine Anleihe bei Art. 8 SE-VO zu suchen: In dieser Bestimmung ist die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer europäischen Aktiengesellschaft (im Folgenden: SE) geregelt. Sie bestimmt im Einzelnen, welche Vorgaben zu beachten sind, wenn eine SE ihren Sitzungssitz von einem Mitgliedsstaat in einen anderen Mitgliedsstaat verlegt. Der Gesetzgeber hat also hier – in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben – für eine konkrete Rechtsform, nämlich die SE, bestimmt, welche Vorgaben er in diesem Fall eingehalten sehen möchte. Der Regelungskomplex des Art. 8 SE-VO erweist sich damit als viel genauer und passender auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung, da exakt diese in Art. 8 SE-VO für eine bestimmte Rechtsform normiert ist. Da die rechtsformspezifischen Unterschiede der SE gegenüber einer GmbH oder einer AG im Hinblick auf die in Rede stehende Frage der grenzüberschreitenden Sitzverlegung keine normative Andersbehandlung rechtfertigen oder gar gebieten, sprechen die besseren Argumente dafür, die Voraussetzungen und Anforderungen an eine grenzüberschreitende Sitzverlegung Art. 8 SE-VO zu entnehmen und gegebenenfalls um zwingende Erfordernisse der §§ 190 ff. UmwG zu ergänzen.¹⁴

2. Die Gestaltung der notariellen Urkunde nach Maßgabe von Art. 8 SE-VO

Art. 8 Abs. 1 SE-VO bestimmt, dass eine SE ihren Sitz in einen anderen Mitgliedsstaat nach Maßgabe der Art. 8 Abs. 2 bis 13 SE-VO verlegen kann und diese Sitzverlegung weder zur Auflösung der SE noch zur Gründung einer neuen juristischen Person führt. Art. 8 Abs. 1 SE-VO bestätigt damit den aus dem nationalen Recht bekannten Befund der Rechtsidentität bei einer bloßen Verlegung des Sitzungssitzes der Gesellschaft. Die Bestimmung trägt somit dem Gestaltungsziel der Beteiligten, denen es häufig gerade um diese zweifelsfreie Rechtsidentität geht, Rechnung und berücksichtigt die Vorgabe des EuGH, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung nicht anders – jedenfalls nicht mit ungünstigeren Rechtsfolgen – behandelt werden darf als rein nationale Sachverhalte. Die Bestimmungen von Art. 8 Abs. 2 bis 13 SE-VO

⁶ *Bischoff* in *Büchell/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 7, Rdnr. 16.

⁷ Zu möglichen kollisionsrechtlichen Aspekten vgl. *Wicke*, GmbHG, § 4a Rdnr. 10, mit dem Hinweis, dass eine Anwendung zu § 4a GmbHG daran scheitern kann, dass der Zuzugsstaat der Sitztheorie folgt und damit das ausländische Sachrecht auf die zugezogene GmbH anzuwenden ist.

⁸ *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 138; ebenso *Piehler* in *Büchell/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 5, Rdnr. 479.

⁹ EuGH, Urteil vom 12.7.2012, C-378/10 (Vale Epitesi kft), NZG 2012, 871, 875; ebenso *Behme*, NZG 2012, 936, 938; *Egel/Klett*, DStR 2012, 2442, 2442 f.; *Frenzel*, NotBZ 2012, 249, 255; *Piehler* in *Büchell/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 5, Rdnr. 479.

¹⁰ OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, DNotZ 2014, 150; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 138; *Piehler* in *Büchell/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 5, Rdnr. 479 f.

¹¹ EuGH, NZG 2012, 937, 939, Rdnr. 37; dazu auch *Piehler* in *Büchell/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 5, Rdnr. 480.

¹² Vgl. dazu eingehend *Piehler* in *Büchell/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 5, Rdnr. 480.

¹³ In diesem Sinne etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, DNotZ 2014, 150.

¹⁴ Wie hier *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 140.

verlangen für eine derartige grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE im Einzelnen das Folgende:

a) Erstellung eines Verlegungsplans

Art. 8 Abs. 2 SE-VO verlangt die Erstellung eines Verlegungsplans, der gemäß Art. 13 SE-VO offenzulegen ist. Der Verlegungsplan muss inhaltlich die in Art. 8 Abs. 2 Satz 2 SE-VO genannten Angaben enthalten, nämlich

- die Firma, den bisherigen Sitz und die bisherige Registernummer der Gesellschaft,
- den vorgesehenen neuen Sitz der Gesellschaft,
- die für die neue Gesellschaft vorgesehene Satzung und gegebenenfalls die neue Firma,
- die etwaigen Folgen der Verlegung für die Beteiligung der Arbeitnehmer,
- den vorgesehenen Zeitplan für die Verlegung,
- etwaige zum Schutz der Gesellschafter und/oder Gläubiger vorgesehene Rechte.

Da die Gesellschaft durch die Sitzverlegung ins Ausland in eine neue Rechtsform ausländischen Rechts „umgewandelt“ wird, muss der Umwandlungsplan in Anlehnung an § 194 Abs. 1 UmwG folgende ergänzende Angaben enthalten:

- die neue Rechtsform der Gesellschaft,
- die Beteiligung der bisherigen Anteilsinhaber an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften.

Die Aufnahme dieser Angaben in den Verlegungsplan dürfte inhaltlich keine besondere Schwierigkeit darstellen, entsprechen sie doch den Angaben, die regelmäßig auch bei anderen Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz mitgeteilt werden müssen. Wenn Gesellschafter gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklären, muss der Umwandlungsplan entsprechend Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 SEAG ein Abfindungsangebot für diese Gesellschafter enthalten.¹⁵

Der Umwandlungsplan ist entsprechend § 122c Abs. 4 UmwG notariell zu beurkunden. Dies folgt für das deutsche Recht daraus, dass die Verlegung des Sitzungssitzes (und der hiermit verbundene Formwechsel) zugleich eine Satzungsänderung und eine Umwandlungsmaßnahme darstellen, die auch für rein nationale Vorgänge dieser Art notariell beurkundet werden müssen.¹⁶ Das gegen eine notarielle Beurkundung angeführte Argument, die grenzüberschreitende Sitzverlegung weise wesentliche Unterschiede zur Verschmelzung auf und stehe systematisch dem Rechtsformwechsel näher¹⁷, überzeugt nicht, da ja gerade auch bei einem nationalen Rechtsformwechsel eine notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist. Alle die Gesellschaftsstruktur ändernden Maßnahmen, wie etwa Satzungsänderungen oder Umwandlungsmaßnahmen, setzen nach deutschem Rechtsverständnis eine notarielle Beurkundung voraus, so dass es nicht überzeugend ist, eine

gesellschaftsrechtliche Maßnahme, die sowohl Satzungsänderung als auch Strukturmaßnahme ist, beurkundungsfrei zu stellen.

Die Einhaltung der Vorgaben des ausländischen Rechts sollte der deutsche Notar mit dem im ausländischen Recht kundigen Kollegen abstimmen und von diesem überprüfen lassen und zur Vermeidung einer eigenen Haftung in der Urkunde darauf hinweisen, dass er über die maßgeblichen Fragen des ausländischen Rechts nicht belehren kann und insoweit die Hinzuziehung eines im ausländischen Recht kundigen Juristen empfohlen hat.¹⁸

Aus dem deutschen Recht nicht in dieser Form bekannt ist die in Art. 8 Abs. 2 lit. d SE-VO vorgeschriebene Angabe des vorgesehenen Zeitplans für die Verlegung. Hiermit wird bezweckt, dass sich die Aktionäre und Gläubiger über den zeitlichen Ablauf der Verlegungsmaßnahme orientieren können.¹⁹ Der vorgesehene Zeitplan ist eine Prognose über den zeitlichen Verlauf der Verfahrensschritte des Sitzverlegungsverfahrens und als solche dann rechtmäßig, wenn sie aufgrund vernünftiger kaufmännischer Einschätzung vertretbar ist.²⁰ Wird vom Zeitplan abgewichen, ist der Verlegungsbeschluss jedenfalls nicht nichtig, sondern allenfalls im Rahmen der Frist des § 246 Abs. 1 AktG anfechtbar.²¹ Das Anfechtungsrisiko dürfte deutlich minimiert werden, wenn im Zeitplan bereits auf die Möglichkeit der Verzögerung im Verfahren zur Erlangung einer Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO durch die Erhebung von Anfechtungsklagen eingegangen wird.²²

Das Muster eines Verlegungsplans für eine deutsche GmbH im Sinne von § 8 Abs. 2 SE-VO könnte etwa wie folgt aussehen:

¹⁵ Hushahn, RNotZ 2014, 137, 143; Kölner Kommentar-AktG/Veil, 3. Aufl. 2012, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 107 ff.

¹⁶ Im Ergebnis genauso Hushahn, RNotZ 2014, 137, 144; ebenso Heckschen, DNotZ 2003, 251, 265 (für den Verlegungsplan nach Art. 8 SE-VO; a. A. MünchKommAktG/Oechsler, 3. Aufl. 2012, Art. 8 SE-VO Rdnr. 10; Zimmer/Ringe in Luther/Hommelhoff, 2. Aufl. 2015, Art. 8 SE-VO Rdnr. 18 f.; Kölner Kommentar-AktG/Veil, Art. 8 SE-VO Rdnr. 38.

¹⁷ So MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 10; im Ergebnis ebenso Luther/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 18.

¹⁸ Hushahn, RNotZ 2014, 137, 144.

¹⁹ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 16.

²⁰ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 16.

²¹ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 16.

²² MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 16.

I. Vorbemerkungen

1. Ausweislich der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom ... sind die Beteiligten die alleinigen Gesellschafter der im Handelsregister des AG ... unter HRB ... eingetragenen

... GmbH

mit dem Sitz in ... (Geschäftsanschrift: ...), deren voll eingezahltes Stammkapital Euro ... beträgt.

2. Die Beteiligten sind ausweislich der vorbezeichneten Gesellschafterliste Inhaber folgender Geschäftsanteile:
 - a) ... ist Inhaber von ... Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je Euro 1,--,
 - b) ... ist Inhaber von ... Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je Euro 1,--,
 - c) ... ist Inhaber von ... Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je Euro 1,--.
3. Die Gesellschaft wird bei dem Finanzamt ... unter der Steuernummer ... steuerlich geführt und verfügt nicht über Grundbesitz.

II. Verlegungsplan

Für die oben genannte Gesellschaft wird folgender Verlegungsplan erstellt:

1. Der Sitz der Gesellschaft wird von ... nach Luxemburg verlegt.
2. Zur Durchführung der Sitzverlegung nach Luxemburg wird der Gesellschaftsvertrag insgesamt neu gefasst und erhält den in der Anlage ersichtlichen Wortlaut.

Die neue Firma der Gesellschaft lautet ... S. à r. l., im Folgenden auch „Zielgesellschaft“ genannt.

3. Am Kapital der Zielgesellschaft in Höhe von Euro ... sind die bisherigen Gesellschafter mit Geschäftsanteilen im Nennbetrag von jeweils Euro 1,-- beteiligt, deren Anzahl ihrer derzeitigen Beteiligung an der Gesellschaft entspricht. Demzufolge halten
 - a) Geschäftsanteile im Nennbetrag von je Euro 1,-- mit lfd. Nummern ...,
 - b) Geschäftsanteile im Nennbetrag von je Euro 1,-- mit lfd. Nummern ...,
 - c) Geschäftsanteile im Nennbetrag von je Euro 1,-- mit lfd. Nummern ...
4. Art und Umfang der Beteiligung an der Zielgesellschaft sowie die Rechte der Gesellschafter im Einzelnen ergeben sich aus der in der Anlage zu dieser Niederschrift festgestellten Satzung der Zielgesellschaft.
5. Auf die Arbeitnehmer, die sämtlich nicht in einem Betriebsrat oder einem anderen Gremium organisiert sind, wirkt sich der Formwechsel wie folgt aus:
 - a) Die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer aus den bestehenden Anstellungs- und Arbeitsverträgen bleiben unberührt. Die Direktionsbefugnisse des Arbeitgebers werden nach der Sitzverlegung von der Geschäftsleitung der Zielgesellschaft ausgeübt.
 - b) Etwa bestehende Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge bleiben nach Maßgabe der jeweiligen Vereinbarungen bestehen.²³
6. Es ist beabsichtigt,
 - a) diesen Verlegungsplan am ... zum Zwecke der Offenlegung bei dem zuständigen Registergericht einzureichen,
 - b) ab dem in vorstehender lit. a bezeichneten Datum am Sitz der Gesellschaft den Verlegungsplan und den Verlegungsbericht auszulegen und auf Verlangen unentgeltlich Abschriften dieser Unterlagen auszuhändigen,
 - c) am ... den Verlegungsbeschluss zu fassen,
 - d) am ... bei dem zuständigen Handelsregister eine Bescheinigung zu beantragen, aus der zweifelsfrei hervorgeht, dass die der Verlegung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden (Art. 8 Abs. 8 SE-VO),
 - e) nach Vorlage der in vorstehender lit. d bezeichneten Bescheinigung die Eintragung beim zuständigen Gesellschaftsregister in Luxemburg zu beantragen.

III. Vollmachten, Hinweise, Schlussbestimmungen

1. Die Notariatsmitarbeiter ..., ... und ..., alle dienstansässig bei dem amtierenden Notar, sind je einzeln und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt, alle Erklärungen abzugeben, die ihnen zum registerrechtlichen Vollzug dieses Verlegungsplans erforderlich oder zweckmäßig erscheinen.
2. Der Notar hat die Beteiligten über den weiteren Vollzug dieses Verlegungsplans informiert und insbesondere darauf hingewiesen, dass die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft erst wirksam ist mit Eintragung der Zielgesellschaft in dem für sie zuständigen Handelsregister.
3. Die mit dieser Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Kosten trägt die Gesellschaft.

Diese Niederschrift wurde den Erschienenen von dem Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar wie folgt eigenhändig unterschrieben:

²³ Im Einzelfall sind hier deutlich konkretere und detailliertere Angaben zu den Auswirkungen auf die Arbeitnehmer zu machen. Vgl. hierzu im Einzelnen z. B. MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 12 ff.

b) Erstellung eines Verlegungsberichts

Gemäß Art. 8 Abs. 3 SE-VO hat das Leitungs- oder das Verwaltungsorgan einen Bericht zu erstellen, in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der Verlegung erläutert und begründet und die Auswirkungen der Verlegung für die Aktionäre, für die Gläubiger sowie die Arbeitnehmer im Einzelnen dargelegt werden.

Der Verlegungsbericht gemäß Art. 8 Abs. 3 SE-VO korrespondiert inhaltlich mit dem Umwandlungsbericht nach § 192 UmwG, ist von der Geschäftsführung bzw. vom Vorstand der den Sitz verlegenden Kapitalgesellschaft höchstpersönlich zu erstellen und soll die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte des grenzüberschreitenden Formwechsels erläutern und begründen sowie die Auswirkungen für die Gesellschafter, die Gläubiger sowie Arbeitnehmer im Einzelnen darlegen.²⁴ Da der Verlegungsbericht, wie oben bereits beschrieben, inhaltlich mit dem Umwandlungsbericht nach § 192 UmwG korrespondiert, besteht auch insoweit keine Einigkeit darüber, ob eine Unterzeichnung des Verlegungsberichts durch sämtliche Mitglieder der Geschäftsführung bzw. des Vorstands der Gesellschaft erforderlich ist oder ob eine Unterzeichnung in vertretungsberechtigter Zahl ausreichend ist.²⁵ Um hier den sichersten Weg zu gehen, und um spätere Schwierigkeiten mit dem Handelsregister zu vermeiden, sollte der Notar auf eine Unterzeichnung des Verlegungsberichts durch sämtliche Mitglieder der Geschäftsführung bzw. des Vorstands der Gesellschaft bitten. Da Art. 8 SE-VO (anders als § 8 Abs. 3 UmwG oder als § 293a AktG) einen Verzicht auf die Erstellung eines Verlegungsberichts nicht vorsieht, geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass die Notwendigkeit eines solchen Berichtes auch dann nicht entfällt, wenn alle Beteiligten ihn für entbehrlich halten und auf diesen Bericht verzichten.²⁶

Der Verlegungsbericht wird im Regelfall nicht vom Notar erstellt, sondern ihm von der Gesellschaft oder deren steuerlichen oder wirtschaftlichen Beratern zur Verfügung gestellt. Auf deren Zuarbeit wird sich der Notar im Regelfall verlassen können, wobei er möglicherweise bei der Erläuterung der rechtlichen Aspekte der Verlegung sowie der rechtlichen Auswirkungen seinerseits um Rat gefragt werden wird. Allgemein gilt, dass an den Bericht die Anforderungen gestellt werden, die generell für Strukturänderungen vorbereitende Berichte gelten: Es müssen alle Umstände mitgeteilt werden, die für die Entscheidung über die Sitzverlegung und deren Vollzug erheblich sind, und zwar sowohl für Entscheidungen der Aktionäre im Hinblick auf den Verlegungsbeschluss als auch für mögliche Entscheidungen von Gläubigern und Arbeitnehmern.²⁷ In der Literatur wird ausgeführt, dass in erster Linie die Festsetzungen im Verschmelzungsplan vor dem Horizont eines Durchschnittsaktionärs, -gläubigers bzw. -arbeitnehmers in ihrer Zielsetzung und Wirkungsweise erklärt werden müssen und dass zusätzlich über rechtliche und ökonomische Motive und Beweggründe für diese Festsetzung Auskunft gegeben werden muss.²⁸

²⁴ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 19 ff.

²⁵ Vgl. zu dieser Frage beim Umwandlungsbericht nach § 192 UmwG: *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 5. Aufl. 2016, Teil 6 Rdnr. 13; *Piehler* in *Büchel/von Rechenberg*, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Kapitel 5, Rdnr. 505.

²⁶ Vgl. hierzu MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 19, auch mit Nachweisen zur Gegenansicht.

²⁷ Vgl. hierzu MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 23.

²⁸ Vgl. hierzu MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 23.

c) Zugänglichmachung und Offenlegung des Verlegungsplans und des Verlegungsberichtes

Verlegungsplan und -bericht sind nach Art. 8 Abs. 4 SE-VO Gesellschaftern und Gläubigern einen Monat vor der Gesellschafterversammlung, die den Verlegungsbeschluss fassen soll, zugänglich zu machen. Dies bedeutet, dass die genannten Unterlagen mindestens einen Monat lang vor der Beschlussfassung über den Verlegungsplan in den Räumen der Gesellschaft am bisherigen Sitz der Gesellschaft ausgelegt und den Aktionären und Gläubigern unentgeltlich auf Verlangen als Kopie ausgehändigt werden müssen.²⁹ Die Einsichtnahmemöglichkeit muss in allgemein zugänglichen Räumen und während der üblichen Geschäftszeiten bestehen.³⁰ Die Möglichkeit, eine Kopie dieser Unterlagen aus dem Internet herunterzuladen, reicht nicht aus, wenn ein Aktionär ausdrücklich die Aushängung einer Abschrift der Unterlagen verlangt. Werden die in Art. 8 Abs. 4 SE-VO begründeten Verpflichtungen nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt, führt dies zur Anfechtbarkeit des Verlegungsbeschlusses nach § 243 AktG.³¹

Ferner ist der Verlegungsplan nach § 8 Abs. 2 SE-VO offenzulegen. Die Offenlegung hat nach Maßgabe des Art. 13 SE-VO zu erfolgen, was für in Deutschland ansässige Gesellschaften bedeutet, dass eine Abschrift des Verlegungsplans und des Verlegungsberichtes dem Handelsregister einzureichen ist. Dieses veröffentlicht den Umstand, dass ein Verlegungsplan und ein Verlegungsbericht eingereicht worden sind, im Bundesanzeiger nach Maßgabe von § 11 HGB. Mit der Veröffentlichung ist die Frist des Art. 8 Abs. 6 SE-VO in Gang gesetzt.

d) Fassung des Verlegungsbeschlusses

Frühestens zwei Monate nach Offenlegung des Verlegungsplans kann die Gesellschafterversammlung der den Sitz verlegenden Gesellschaft den Verlegungsbeschluss fassen (Art. 8 Abs. 6 SE-VO). Dieser Beschluss bedarf gemäß Art. 8 Abs. 6 Satz 2, Art. 59 Abs. 1 Hs. 2 SE-VO einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen und muss notariell beurkundet werden.³² Als Beschlussprotokoll kann die Beurkundung sowohl im Verfahren der Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG als auch im Verfahren der Tatsachenbeurkundung nach §§ 36 ff. BeurkG erfolgen. Wird das Verfahren der Tatsachenbeurkundung gewählt, muss allerdings darauf geachtet werden, dass die Urkunde keine beurkundungspflichtigen Willenserklärungen enthält, da diese im Verfahren nach §§ 36 ff. BeurkG nicht ordnungsgemäß beurkundet und damit formunwirksam wären. Eine Beurkundung des Sitzverlegungsbeschlusses im Ausland ist nicht wirksam, da es sich bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung um eine Strukturmaßnahme handelt, die Drittwirkung hat. Für derartige Maßnahmen wird die Gleichwertigkeit einer Beurkundung im Ausland allgemein abgelehnt.³³

²⁹ *Casper* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, Art. 8 SE-VO Rdnr. 10.

³⁰ Vgl. hierzu MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 25.

³¹ *Casper* in *Spindler/Stilz*, AktG, Art. 8 SE-VO Rdnr. 10; einschränkend MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 25, hinsichtlich des Rechts, eine Abschrift der Unterlagen zu erhalten nur, wenn es dem Betroffenen nicht zumutbar war, vor Ort Einsicht in die Unterlagen zu nehmen.

³² OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, DNotZ 2014, 150; ebenso *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 146; zur Frage, ob eine Dreiviertelstimmenmehrheit und eine Dreiviertelpitalmehrheit erforderlich ist, vgl. hierzu MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 26.

³³ Ebenso MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 27; ähnlich *Priester*, ZGR 1999, 36, 47; *Casper* in *Spindler/Stilz*, AktG, Art. 8 SE-VO Rdnr. 12.

Etwa abzugebende Verzichtserklärungen oder Zustimmungserklärungen können nicht im Verfahren nach §§ 36 ff. BeurkG beurkundet werden, sondern müssen gegebenenfalls in eine gesonderte, nach §§ 8 ff. BeurkG zu errichtende Niederschrift aufgenommen werden. Derartige Zustimmungserfordernisse können sich zum Beispiel ergeben aus § 240 Abs. 2 Satz 1 UmwG, wenn die ausländische Zielrechtsform die persönliche Haftung von Gesellschaftern vorsieht oder wenn die Satzung der neuen Rechtsform eine Nachschusspflicht vorsieht (entsprechend § 252 Abs. 1 UmwG).³⁴ Zustimmungserforder-

³⁴ Hushahn, RNotZ 2014, 137, 145.

nisse können sich darüber hinaus bei vinkulierten Anteilen (§ 193 Abs. 2 UmwG) oder bei einem nicht verhältnismäßigen Formwechsel (§§ 241, 50 Abs. 2 UmwG) ergeben. Diese Zustimmungserklärungen bedürfen gemäß § 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG der notariellen Beurkundung.³⁵

Inhaltlich bedarf der Beschluss keiner materiellen Rechtfertigung, da die Ausübung der Niederlassungsfreiheit die sachliche Rechtfertigung grundsätzlich in sich trägt.³⁶

³⁵ Piehler in Büchel/von Rechenberg, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Rdnr. 634 f.

³⁶ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 28.

Die Beteiligten erklärten folgenden

Gesellschafterbeschluss über eine grenzüberschreitende Sitzverlegung

I. Vorbemerkungen

1. Ausweislich der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom ... sind die Beteiligten die alleinigen Gesellschafter der im Handelsregister des AG ... unter HRB ... eingetragenen

... GmbH

mit dem Sitz in ... (Geschäftsanschrift: ...), deren voll eingezahltes Stammkapital Euro ... beträgt.

2. Die Beteiligten sind ausweislich der vorbezeichneten Gesellschafterliste Inhaber folgender Geschäftsanteile:
 - a) ... ist Inhaber von ... Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je Euro 1,--,
 - b) ... ist Inhaber von ... Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je Euro 1,--,
 - c) ... ist Inhaber von ... Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je Euro 1,--.
3. Die Gesellschaft wird bei dem Finanzamt ... unter der Steuernummer ... steuerlich geführt und verfügt nicht über Grundbesitz.
4. Die Gesellschaft hat am ... einen Verlegungsplan gestellt (URNr. ... des amtierenden Notars ...), der allen Gesellschaftern bekannt ist. Der Verlegungsplan wurde am ... zum Zwecke der Offenlegung bei dem zuständigen Registergericht eingereicht. Ab diesem Datum lagen am Sitz der Gesellschaft der Verlegungsplan und der Verlegungsbericht aus. Auf ihr Verlangen wurden den Gesellschaftern Abschriften dieser Unterlagen unentgeltlich zur Verfügung gestellt.

II. Verlegungsbeschluss

Als die alleinigen Gesellschafter der vorgenannten GmbH treten die Beteiligten zu einer Gesellschafterversammlung dieser Gesellschaft zusammen und beschließen einstimmig, was folgt:

1. Der Sitz der Gesellschaft wird von ... nach Luxemburg verlegt.
2. Zur Durchführung der Sitzverlegung nach Luxemburg wird der Gesellschaftsvertrag insgesamt neu gefasst und erhält den in der Anlage ersichtlichen Wortlaut. Die neue Firma der Gesellschaft lautet ... S. à r. l., im Folgenden auch „Zielgesellschaft“ genannt.
3. Am Kapital der Zielgesellschaft in Höhe von Euro ... sind die bisherigen Gesellschafter mit Geschäftsanteilen im Nennbetrag von jeweils Euro 1,-- beteiligt, deren Anzahl und Nummerierung ihrer derzeitigen Beteiligung an der Gesellschaft entspricht. Demzufolge halten
 - a) Geschäftsanteile im Nennbetrag von je Euro 1,-- mit lfd. Nummern ...,
 - b) Geschäftsanteile im Nennbetrag von je Euro 1,-- mit lfd. Nummern ...,
 - c) Geschäftsanteile im Nennbetrag von je Euro 1,-- mit lfd. Nummern ...
4. Art und Umfang der Beteiligung an der Zielgesellschaft sowie die Rechte der Gesellschafter im Einzelnen ergeben sich aus der in der Anlage zu dieser Niederschrift festgestellten Satzung der Zielgesellschaft.
5. Auf die Arbeitnehmer, die sämtlich nicht in einem Betriebsrat oder einem anderen Gremium organisiert sind, wirkt sich der Formwechsel wie folgt aus:
 - a) Die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer aus den bestehenden Anstellungs- und Arbeitsverträgen bleiben unberührt. Die Direktionsbefugnisse des Arbeitgebers werden nach der Sitzverlegung von der Geschäftsleitung der Zielgesellschaft ausgeübt.
 - b) Etwa bestehende Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge bleiben nach Maßgabe der jeweiligen Vereinbarungen bestehen.
6. Dem Verlegungsplan vom ... wird in allen Teilen zugestimmt.

III. Vollmachten, Hinweise, Schlussbestimmungen

1. Die Notariatsmitarbeiter ..., ... und ..., alle dienstansässig bei dem amtierenden Notar, sind je einzeln und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt, alle Erklärungen abzugeben, die ihnen zum registerrechtlichen Vollzug dieses Verlegungsplans erforderlich oder zweckmäßig erscheinen.
2. Der Notar hat die Beteiligten über den weiteren Vollzug dieser Verlegungsmaßnahme informiert und insbesondere darauf hingewiesen, dass die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft erst wirksam ist mit Eintragung der Zielgesellschaft in dem für sie zuständigen Handelsregister.
3. Die mit dieser Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Kosten trägt die Gesellschaft.

Diese Niederschrift wurde den Erschienenen von dem Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar wie folgt eigenhändig unterschrieben:

Besondere rechtfertigende Gründe sind auch nicht vor dem Hintergrund etwaiger Arbeitnehmerinteressen oder Gläubigerinteressen erforderlich, da sich das Gesetz im Hinblick auf diese Interessengruppen auf die Erfordernisse, Erläuterung und eines Verlegungsberichts beschränkt.³⁷ Nicht gefasst werden darf ein Beschluss nach Art. 8 Abs. 15 SE-VO, wenn gegen die Gesellschaft ein Verfahren wegen Auflösung, Liquidation oder Zahlungsunfähigkeit eröffnet worden ist, da die Gläubiger in diesen Fällen vor dem Wegzug der Gesellschaft und der hiermit verbundenen Erschwerung der Durchsetzung eigener Ansprüche geschützt werden sollen.³⁸

Ein in der Form der Verhandlungsniederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG errichtetes Protokoll über einen derartigen Verlegungsbeschluss bei einer GmbH könnte beispielhaft den folgenden Inhalt haben:

e) Beantragung einer Verlegungsbescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO

Der in Art. 8 Abs. 8 SE-VO geregelte Antrag auf Ausstellung einer Verlegungsbescheinigung entspricht der bei rein nationalen Vorgängen bekannten Handelsregisteranmeldung. Der Antrag ist bei dem Register zu stellen, in dem die formwechselnde Gesellschaft eingetragen ist.³⁹ Die Anmeldung hat in vertretungsberechtigter Zahl zu erfolgen.⁴⁰ In der Anmeldung ist entsprechend § 13 Abs. 3 SEAG die Versicherung abzugeben, dass allen Gläubigern, die nach § 13 Abs. 1 und 2 SEAG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung haben, eine angemessene Sicherheit geleistet wurde. Ferner sollte auch eine Erklärung über die Einsichtnahmemöglichkeit von Gesellschaftern und Gläubigern entsprechend Art. 8 Abs. 4 SE-VO aufgenommen werden.⁴¹ Schließlich muss entsprechend § 14 SEAG durch die anmeldenden Personen erklärt werden, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses nicht oder nicht fristgemäß erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist oder eine solche Klage wegen eines erklärten Verzichts aller Anteilshaber das entsprechende Klagerecht nicht erhoben werden kann.⁴²

Inhaltlich ist zu beantragen, dass das registerführende Gericht eine Bescheinigung ausstellt, welche bestätigt, dass die der Verlegung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten

durchgeführt wurden.⁴³

Im Falle des Wegzugs aus Deutschland prüft das deutsche Registergericht selbstverständlich nur die nach deutschem Recht zu beachtenden Voraussetzungen und Formalitäten; Fragen des ausländischen Rechts hat das deutsche Handelsregister nicht zu prüfen.⁴⁴ Prüfungsgegenstand ist – wie das Gesetz es ausdrückt – dass die der Verlegung vorangegangenen Rechtshandlungen und Formqualitäten durchgeführt wurden. Das Registergericht hat also eine im Wesentlichen formelle Prüfungskompetenz; eine materielle Rechtmäßigkeitskontrolle bleibt einem etwaigen Anfechtungsprozess nach § 243 AktG vorbehalten.⁴⁵ Das Handelsregister prüft demnach die rechtmäßige Erstellung und Offenlegung des Verlegungsplans, die rechtmäßige Erstellung des Verlegungsberichts, die Versicherung der Gewährung von Einsichtsrechten an Aktionäre und Gläubiger sowie die formelle und materielle Wirksamkeit des Verlegungsbeschlusses.⁴⁶

Die Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO hat in Beschlussform zu ergehen; eine einfache Eintragungsmitteilung ist insoweit wohl nicht ausreichend und könnte insbesondere den Erfordernissen des ausländischen Rechts nicht genügen.⁴⁷

f) Erstellung einer Verlegungsbescheinigung nach Art. 8 Abs. 9 SE-VO

Das registerführende Gericht wird nunmehr auf den Antrag nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO eine Verlegungsbescheinigung nach Maßgabe von Art. 8 Abs. 9 SE-VO erstellen, mit der bestätigt wird, dass die der Verlegung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden.

Mit dieser Bescheinigung kann dann das weitere Verfahren im Register des neuen Sitzes betrieben werden.⁴⁸

³⁷ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 28.

³⁸ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 29.

³⁹ Hushahn, RNotZ 2014, 137, 146.

⁴⁰ Pihler in Büchell/von Rechenberg, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Rdnr. 643.

⁴¹ Hushahn, RNotZ 2014, 137, 146; Vossius in Widmann/Mayer, UmwG, Stand: September 2007, § 122k UmwG, Rdnr. 42.

⁴² Hushahn, RNotZ 2014, 137, 146.

⁴³ Hinsichtlich des Wortlauts einer entsprechenden Registeranmeldung wird verwiesen auf Hushahn, RNotZ 2014, 137, 147, der eine entsprechende Musteranmeldung entworfen und die beizufügenden Unterlagen aufgeführt hat.

⁴⁴ Hushahn, RNotZ 2014, 137, 148.

⁴⁵ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 46; Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rdnr. 19.

⁴⁶ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 46.

⁴⁷ Ebenso Vossius in Widmann/Mayer, UmwG, § 122k UmwG Rdnr. 52 ff.; ebenso Hushahn, RNotZ 2014, 137, 148, Kölner Kommentar-AktG/Veil, Art. 8 Abs. 8 SE-VO Rdnr. 88.

⁴⁸ Zum möglichen Wortlaut und als Muster für eine derartige Bescheinigung in Beschlussform wird verwiesen auf Hushahn, RNotZ 2014, 137, 148 f.

g) Löschung im Handelsregister des Wegzugsstaates

Nachdem die Gesellschaft im Zuzugsstaat in das Handelsregister (oder das entsprechende Register) eingetragen worden ist und damit dort ihren Sitz begründet hat, ist sie im Wegzugsstaat entsprechend Art. 8 Abs. 11 Satz 2 SE-VO im Handelsregister zu löschen. Der Nachweis der Eintragung im Zuzugsstaat kann gegenüber dem Wegzugsstaat durch Vorlage eines beglaubigten Handelsregisterauszugs geführt werden. Diese Löschung wird entsprechend Art. 8 Abs. 12 SE-VO i. V. m. Art. 13 SE-VO nach Maßgabe des § 10 HGB bekannt gemacht.⁴⁹

III. Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft in einen Drittstaat⁵⁰

Wenn eine deutsche Kapitalgesellschaft beabsichtigt, ihren Sitz in einen Drittstaat, also einem der EU oder dem EWR angehörenden Staat, zu verlegen, sind die Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH selbstverständlich nicht zu beachten.

Dies bedeutet, dass das auf die Gesellschaft anwendbare Recht nicht auf der Basis der europäischen Gründungstheorie zu ermitteln ist, sondern auf der Basis der sog. Sitztheorie.⁵¹ Für die Ermittlung des anwendbaren Rechts ist daher maßgeblich, wo der tatsächliche Hauptverwaltungssitz der Gesellschaft liegt. Wird dieser aus Deutschland verlegt, unterliegt die Gesellschaft ab dem Zeitpunkt der Sitzverlegung dem Recht des Staates, in den der Sitz verlegt wird (Statutenwechsel). Ab diesem Zeitpunkt wird sie automatisch nach den Regeln des Aufnahme Staates behandelt und entsprechend den dortigen Gesellschaftsformen klassifiziert. Das kann im Einzelfall dazu führen, dass die Gesellschaft jedenfalls vorübergehend eine nicht gewünschte Gesellschaftsform annimmt, wenn die tatsächliche Sitzverlegung und die erforderlichen Eintragungen im Handelsregister nicht im Einzelnen aufeinander abgestimmt sind.

⁴⁹ MünchKommAktG/Oechsler, Art. 8 SE-VO Rdnr. 53.

⁵⁰ Die im Folgenden angesprochenen Fälle der Sitzverlegung in einen Drittstaat bzw. der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Personengesellschaften werden – da sie in der Praxis eher selten vorkommen – nur kurz und überblicksartig dargestellt.

⁵¹ BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.

IV. Grenzüberschreitende Sitzverlegungen von Personengesellschaften

Auch bei Personengesellschaften bestimmt sich das auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse anwendbare Recht nach der Sitztheorie.⁵²

Maßgeblich ist danach das Recht des Staates, in dem sich der Hauptverwaltungssitz der Gesellschaft befindet. Verlegt eine Personengesellschaft also ihren Hauptverwaltungssitz aus Deutschland in einen anderen Staat, gleich ob es sich um ein EU-Mitglied oder einen Drittstaat handelt, findet automatisch ein Statutenwechsel statt. Ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Sitzverlegung ist das ausländische Recht auf die Gesellschaft anwendbar.

Da mit der Sitzverlegung ins Ausland die Zuständigkeit des inländischen Handelsregisters entfällt, wird vertreten, dass die Gesellschaft aus dem deutschen Handelsregister zu löschen und zu liquidieren ist.⁵³

V. Zusammenfassung

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Deutschland in einen Mitgliedsstaat der EU ist identitäts- und rechtsformwährend ohne Auflösung und Liquidation der den Sitz aus Deutschland verlegenden Gesellschaft möglich.

Die Verlegung des Verwaltungssitzes von Deutschland ins EU-Ausland ist ohne Satzungsänderung möglich und zulässig. Eine inländische Geschäftsanschrift muss gleichwohl erhalten bleiben.

Eine grenzüberschreitende Sitzverlegung von Deutschland in einen anderen EU-Staat hat die Vorgaben von Art. 8 SE-VO einzuhalten. Das dort für die Sitzverlegung einer europäischen Aktiengesellschaft geregelte Verfahren ist entsprechend auf die Sitzverlegung anderer Kapitalgesellschaften anzuwenden.

Sitzverlegungen von Kapitalgesellschaften in Drittstaaten oder von Personengesellschaften in EU-Mitgliedsstaaten oder Drittstaaten unterliegen nicht der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit. Es kann daher derzeit nicht sicher davon ausgegangen werden, dass derartige Sitzverlegungen gestaltet werden können, ohne dass es zu ungewollten Folgen, insbesondere zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, kommt.

⁵² Dazu Wicke, GmbHG, § 4e Rdnr. 11.

⁵³ Kieninger in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Bd. 6, Internationales Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2013, § 52, Rdnr. 26.

TAGUNGSBERICHT

Verhandeln über Vertragsinhalte

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 3.2.2016

Von *Florian Fußeder*, München

Am 3.2.2016 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2015/16 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Verhandeln über Vertragsinhalte“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und führte in das Tagungsthema ein. Auch wenn dieses Thema nicht zum traditionellen Bereich der Rechtswissenschaft gehöre, so *Hager*, stelle es einen wichtigen Teil der Arbeit für eine Vielzahl der Juristen dar. Gerade vertragsgestaltende Juristen müssten die Dynamik von Verhandlungen verstehen, um erfolgreich zu sein. Es gelte die verschiedenen Faktoren zu kennen, die eine Verhandlung beeinflussen könnten. Sodann stellte *Hager* die beiden Referenten, Notar Dr. *Robert Walz*, München, und Rechtsanwalt Dr. *Martin Fries*, München, vor.

Der Vortrag von *Walz* führte durch die verschiedenen Stadien einer Vertragsverhandlung. Üblicherweise, so *Walz*, werde zunächst auf Managementebene eine grobe Einigung erzielt und sodann ein Vertragstext entworfen. Ab diesem Zeitpunkt werde meist unter dem Beisein von Juristen an diesem Text verhandelt.

Damit leitete *Walz* zu der Frage des Verhandeln über den Vertragsinhalt über. Ein erstes Problem sei dabei die Regeldichte eines Vertragstextes. Typischerweise sei die Regeldichte deutscher Verträge geringer, da es ein dispositives Gesetz gebe, auf das sich Juristen verlassen könnten. Die angloamerikanische Vertragstradition sei dagegen eine andere. Dort werde versucht alles möglichst abschließend im Vertrag selbst zu regeln. In Deutschland trage auch die Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu einer niedrigeren Regeldichte bei, da so auch ohne schriftliche Fixierung gelte, was die Parteien gewollt haben. Dies sei für vertragsgestaltende Juristen teilweise auch als Sicherheitsnetz zu verstehen, denn Fehler im Vertragstext könnten auf diese Weise überwunden werden. Dagegen sei man im angloamerikanischen Recht an den Wortlaut gebunden. Doch auch in Deutschland seien immer ausführlichere Verträge zu finden, die oft von Großkanzleien vorgelegt werden. Es sei zu beobachten, dass heute auch in Deutschland davon ausgegangen werde, die Regeldichte müsse umso höher sein, umso höher die wirtschaftliche Relevanz sei. Dies könne jedoch nicht eine derart allgemeine Geltung haben. Beispielsweise könne das Verlangen nach einer hohen Regeldichte Misstrauenssignale senden. Man sei geneigt Verhandlungspartnern, die selbst misstrauisch sind und nach vielen Regelungen verlangen, ebenso zu misstrauen. Der Grund dafür liege wohl darin, dass man von sich selbst auch auf andere schließe. Umgekehrt könne es auch positive Signale senden, wenn auf ausführliche Regelungen in bestimmten Bereichen verzichtet werde.

Anschließend beschäftigte sich *Walz* mit der Frage, welche Auswirkungen es haben kann, von welcher Partei der erste Vertragsentwurf eingebracht wird. Statistisch sei belegt, dass derjenige einen Vorteil habe, der den ersten Entwurf vorlege. Dieser könne hoch anker, also ein hohes erstes Gebot auf den Tisch legen und habe damit mehr Verhandlungsmasse.

Dies gehe jedoch mit dem Risiko einher, dass keine Einigung zustande komme. Wer viel gewinnen wolle, riskiere damit oft auch den Abschluss als solchen. Durch einen neutralen Dritten könnten die Verhandlungen dagegen in der Mitte beginnen. Dieser Dritte verwalte dann den Vertrag, der langsam von den Parteien entwickelt werde. Die Wahrscheinlichkeit einer Einigung steige durch dieses Vorgehen erheblich. Üblicherweise werde der Vertrag dabei vielfach hin und her geschickt. Es gebe dabei Software, die es ermögliche Dokumente auf Änderungen miteinander zu vergleichen und somit auch bei ausführlichen Verträgen eine Transparenz der Änderungen garantiere.

Sodann wandte sich *Walz* den Verhandlungen über einzelne Begriffe im Vertragstext zu. Auch einzelne Wendungen seien Teil der Verhandlungsmasse, und könnten sinnvoll von den Verhandeln den eingesetzt werden. So könne beispielsweise der Zusatz „alles Zumutbare“ eine starre Regelung, nach der eine Vertragspartei jede Anstrengung zur Leistung unternehmen müsse, abschwächen und offen halten. Auch „im Wesentlichen“ sei eine Wendung, die eine solche Wirkung zeige. Gerade derart unbestimmte Rechtsbegriffe könnten an verschiedenen Stellen einen Spielraum eröffnen, wenn sich die Parteien nicht bis in jedes letzte Detail einigen könnten. Gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen wirkten sich die Auslegungsgrundsätze aus.

Abschließend betrachtete *Walz* den Leistungsaustausch. Die Rechtsprechung habe den Vertragsgestaltern eine Reihe von Pflichten auferlegt, darunter auch die Vermeidung einer ungesicherten Vorausleistung. Dies sei nicht nur wegen des drohenden Insolvenzrisikos wichtig, sondern auch weil man den Empfänger einer Vorausleistung in eine gute Nachverhandlungsposition bringe. In vielen Situationen sei das Einklagen einer Leistung nicht wirtschaftlich und eine Vorausleistung lasse damit diese Türe offen. Andererseits gebe es jedoch auch Situationen, in denen eine Abwägung für den Mandanten notwendig sei, weil es diesem auf den Abschluss ankäme und nicht auf das Erreichen voller Sicherheit. Wichtig sei in diesen Fällen der Hinweis auf das bestehende Risiko. In der Praxis sei auch zu beobachten, dass bei solchen Erwägungen der Zeitraum zwischen Vertragsschluss und geplantem Vollzug eine entscheidende Rolle spiele. Je kürzer dieser Zeitraum sei, desto eher sei man geneigt an das Fortbestehen der Vertragstreue zu glauben. Gestaltungsmöglichkeiten zur Erreichung eines Vollzugsautomatismus stünden zur Verfügung. Dabei seien zunächst Treuhandaufträge und vollzugsauflösende Handlungen neutraler Dritter zu nennen. Vorteil sei, dass in diesen Fällen der Notar den Vollzug selbst steuern könne. Daneben seien auch Konstruktionen mit unwiderruflichen Vollmachten möglich. Wichtige Instrumente seien auch aufschiebende und auflösende Bedingungen oder die Abwicklung der Leistungen über ein Anderkonto. Aus dem angloamerikanischen Recht komme dagegen die Aufteilung in ein Signing und ein Closing. Dort erhielten die Vertragsparteien mit dem Signing – und damit mit dem Verpflichtungsgeschäft – keine Leistungsansprüche, sondern beim Ausbleiben der Leistung lediglich Sekundäransprüche. Erst beim Closing

komme es dann zum gleichzeitigen Leistungsaustausch. Natürlich entstehe in Deutschland bereits mit dem Signing ein Leistungsanspruch. Trotzdem habe diese Aufteilung in zwei Termine auch hier Vorteile. So brauche die Vorbereitung des Leistungsaustausches bei komplexen Verträgen oft noch eine gewisse Zeit, die dadurch individuell gegeben werden könne.

Damit übergab er das Wort an *Fries*, der sich in seinem Vortrag mit der Auswirkung von verschiedenen Rechtskulturen in Verhandlungen beschäftigte. Die Berührung mit verschiedenen Rechtskulturen sei nicht lediglich dann gegeben, wenn die Vertragspartner aus unterschiedlichen Ländern kämen, sondern es komme auch vor, dass sich deutsche Vertragspartner auf die englische Sprache oder gar die Anwendung von ausländischem Recht einigten.

Eine erste Auswirkung des Einflusses verschiedener Rechtskulturen, so *Fries*, sei oft die Länge des Vertragstextes. Wie *Walz* schon ausgeführt habe, werde in Deutschland oft nur das geregelt, was vom typischen Vertrag abweiche. Die Regelung des „Typischen“ erfolge ohnehin durch das Gesetz. Damit galt lange Zeit, ein kurzer Vertrag sei ein guter Vertrag. Anders sei dies im angloamerikanischen Recht, wo ein Vertrag als gut gelte, wenn er die Beziehung zwischen den Vertragsparteien möglichst vollständig und abschließend regle. Deutschen Vertragspartnern müsse jedoch bewusst sein, dass die Wahl eines derartig ausführlichen Vertragstexts auch zu enormen Transaktionskosten führen könne. Auch sei zu beobachten, dass die Fortentwicklung des AGB-Rechts immer ausufernderen Vertragstexten entgegenzuwirken versucht.

Ein weiterer Trend, so *Fries*, sei die Verwendung der englischen Sprache. Bei internationalen Verträgen sei Englisch oft der kleinste gemeinsame Nenner. Teilweise liege der Grund auch darin, dass ein deutsches Tochterunternehmen an die Konzernmutter im Ausland berichten müsse und ein englischer Vertragstext dies erleichtere. Zu beobachten sei auch, dass Unternehmenskaufverträge mit Blick auf einen angestrebten Wiederverkauf ins Ausland auf Englisch geschlossen werden. Dies bedeute jedoch nicht zwingendermaßen, dass auch das Vertragsstatut im Ausland gelegen sei. So führe es zu ganz eigenen Problemen, wenn ein englischsprachiger Vertrag vor einem deutschen Gericht verhandelt werde. Ein Beispiel für ein solches Problem lasse sich an der Formulierung „best efforts“ zeigen. So sei nicht eindeutig, welche Anstrengungen im deutschen Recht durch diese Formulierung vom Vertragspartner erwartet werden. Denkbar sei, etwa bezogen

darauf welche Anstrengung er bei der Leistung unternehmen müsse, dass der Vertragspartner lediglich seinen guten Willen zeigen müsse. Vorstellbar sei aber auch das andere Extrem, dass er alles in Bewegung setzen müsse oder gar bis zur eigenen Insolvenz gehen müsse. Denkbar seien mehrere Vorgehensweisen der Gerichte. In der kontinentaleuropäischen Rechtskultur könne das Gericht bei einem unscharfen Wortlaut auch nach dem Telos auslegen, sich daher darauf konzentrieren was die Parteien gewollt haben. Eine andere Möglichkeit wäre aber auch, dass das Gericht im case law nach der Bedeutung der strittigen Formulierung suche. Während dies bei einem Vertragsentwurf durch deutsche Juristen möglich erscheinen möge, bestehe die Möglichkeit, dass ausländische Juristen ebendiese Bedeutung wollten. Entscheidungen seien bis heute kaum bekannt. Dies liege an den oft in derartigen Verträgen zu findenden Schiedsklauseln. Die Entscheidungen von Schiedsgerichten gelangen meist nicht an die Öffentlichkeit. Von der Verwendung derartiger Formulierungen sei daher, zumindest im Zusammenhang mit einem deutschen Vertragsstatut abzuraten, insbesondere wenn es sich um zentrale Vertragsbestandteile handle. Zur Not seien zumindest die Pflichten, auf die sich die efforts beziehen, möglichst klar zu nennen und gegebenenfalls zeitlich zu begrenzen.

Zum Ende seines Vortrags nahm *Fries* zusammenfassend zur Frage Stellung, was es zu bedenken gibt, wenn eine Verhandlung Berührungen zu verschiedenen Rechtskulturen hat. Der Versuch einer Imitierung des common law in Richtung eines vollständigen Vertrages berge die erhebliche Gefahr eines versteckten Dissenses. Bei der Frage nach dem optimalen Detailgrad von Begriffen, Wendungen und Maßstäben gehe es letztlich um eine Abwägung ihrer Kosten mit ihrem Nutzen. Die Kosten seien, dass unter Umständen Misstrauen geweckt werde, eine negative Verhandlungsdynamik entstehe und die Transaktionskosten erhöht werden. Der Nutzen sei, dass man einen vollständigen – oder zumindest vollständigeren Vertrag habe und bei künftigen Fällen bei den Transaktionskosten sparen könne. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sei insbesondere dort problematisch, wo es keine konkretisierende Rechtsprechung gebe. Die volle Regelungstiefe sollte nur dann angestrebt werden, wenn man auch genug wisse, um entsprechend zu konkretisieren. Im Zweifel sei es ratsam ein berechenbares Vertragsstatut zu wählen.

Nach anschließender lebhafter Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch.

BUCHBESPRECHUNGEN

Tschersich: Die Definition des vermögensrechtlichen Missbrauchs von General- und Vorsorgevollmachten (Schriften zum Betreuungsrecht, Band 3). Duncker & Humblot, 2015. 160 S., 59,90 €

Die Vorsorgevollmacht boomt nach wie vor und so ist es kein Wunder, dass neben den vielen „funktionierenden“ Vollmachtsverhältnissen zunehmend auch einzelne Missbrauchsfälle bekannt werden.

Aber wann liegt ein Missbrauchsfall vor? Diese Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung, vor allem für die Beteiligten und eine etwaige zivil- oder gar strafrechtliche Haftung des Bevollmächtigten. Gleichwohl ist die Frage nach dem Missbrauch der Vorsorgevollmacht bislang nicht monografisch behandelt worden. Auch die Rechtsprechung hat sich mit dem Missbrauch der Vorsorgevollmacht bis dato allenfalls mittelbar im Zusammenhang mit der Frage der Notwendigkeit der Bestellung eines (Kontroll-)Betreuers im Sinne von § 1896 Abs. 3 BGB bzw. mit der Einräumung der Befugnis zum Widerruf der Vollmacht befasst (vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 9.9.2015, XII ZB 125/15, NJW 2015, 3575 und Beschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, NJW 2015, 3657).

So waren nach Angaben des Autors auch einige aus der Praxis bekannte Streitfälle zusammen mit der weitgehend ungeklärten rechtlichen Situation Anlass für die Wahl dieses Dissertationsthemas. Der Autor beschränkt sich in seiner Arbeit dabei auf den vermögensrechtlichen Bereich der Vollmacht. Dies ist in der Sache gerechtfertigt, da die Behandlung auch der Personensorge im Hinblick auf die Vielzahl der in Betracht kommenden Angelegenheiten und Missbrauchsmöglichkeiten (u. a. im Bereich Gesundheitssorge oder Aufenthaltsbestimmung/Unterbringung) andernfalls den Rahmen einer Dissertation gesprengt hätte.

Inhaltlich setzt sich der Autor zunächst mit dem Wesen und dem Inhalt von Vorsorge- und Generalvollmachten auseinander. Anschließend erfolgt eine Erläuterung des Begriffs des Missbrauchs im Allgemeinen. Schließlich werden die einzelnen zeitlichen Phasen, in denen ein eventueller Missbrauch möglich ist, näher untersucht. Der Autor unterscheidet dabei (1) den Zeitabschnitt vor Eintritt der Unfähigkeit, einen freien Willen kundzutun, (2) die Phase vom objektiven Verdacht bis zur Feststellung der Geschäftsunfähigkeit, (3) den Zeitraum der Geschäftsunfähigkeit und (4) die Postmortalität. Schließlich geht der Autor noch auf Präventionsmodelle ein, mit denen sich Missbrauchsfälle eventuell vermeiden lassen können.

Der Darstellung des gängigen Inhalts von Vorsorge- und Generalvollmachten kann weitgehend gefolgt werden. Erfreulicherweise findet sich auch die sachlich zutreffende – aus anwaltlicher Feder keinesfalls selbstverständliche – Empfehlung, die an sich formfreien Vorsorgevollmachten notariell beurkunden zu lassen. Nicht überzeugen kann demgegenüber der als absolute Mindermeinung anzusehende Standpunkt des Autors, eine Vorsorgevollmacht beinhalte – anders als eine allgemeine Generalvollmacht, von der sofort ab Erteilung Gebrauch gemacht werden kann – in der Regel eine stillschweigende Abrede über das aufgeschobene Inkrafttreten der Vorsorgevollmacht, so dass eine Vorsorgevollmacht ohne weitere Regelung erst mit dem Verlust der Fähigkeit in Kraft trete, einen freien Willen kundzutun (Geschäftsunfähigkeit oder körperliche Unfähigkeit zur Willensäußerung). Denn eine (aufschiebend) bedingte Vollmacht ist bekanntermaßen nicht praxistauglich (vgl. zum Grundstücksverkehr nur OLG Köln, Beschluss vom 10. 4. 2007, 2 Wx 2007, ZEV 2007, 592 m. Anm. G. Müller sowie Renner, MittBayNot 2008, 53), macht die Betreuerbestellung deshalb auch nicht entbehrlich (vgl. KG, Beschluss vom 19.11.2009, 1 W 49/ 09, FamRZ 2010, 835 = Rpfleger 2010, 211) und verfehlt damit ihren eigentlichen Zweck (Betreuungsvermeidung).

Was die Ausführungen zum Missbrauch der Vollmacht angeht, so unterscheidet der Autor die Missachtung bzw. Überschreitung des temporären Beginns der Befugnisse und der qualitativen Reichweite der Befugnisse. Bei letzteren nimmt er zu Recht vor allem die eigen- und drittnützigen Geschäfte ins Visier, die aus seiner Sicht nur durch ein gesteigertes immaterielles Interesse des Vollmachtgebers gerechtfertigt sein könnten. Die dazu gebildeten vier Fallgruppen (u. a. angemessene Handschenkungen, Übertragung des Vermögens zum Schutz) sind aber sicherlich angreifbar, genauso wie der nicht gerade autonomiefreundliche Standpunkt des Autors, dass das Innenverhältnis durch die Auftragserteilung verbindlich konkretisiert wird, so dass ein entgegenstehender Wille des Vollmachtgebers ab Inkrafttreten der Befugnisse des Bevollmächtigten unbeachtlich sei.

Alles in allem ist es ein Verdienst des Autors, ein noch wenig behandeltes, aktuelles Thema aufgegriffen und damit die notwendige rechtliche Diskussion zum Missbrauch der Vorsorgevollmacht angestoßen zu haben. Erschöpft oder gar erledigt ist die Diskussion mit vorstehender Dissertation aus meiner Sicht jedoch leider nicht.

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Müller, Würzburg

Büchel/von Rechenberg (Hrsg.): Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 2519 S., 189 €

Das Kölner Handbuch für Handels- und Gesellschaftsrecht – nicht zu verwechseln mit dem Kölner Handbuch für Gesellschaftsrecht – ist 2015 in der 3. Auflage im Carl Heymanns Verlag erschienen. Die Voraufgaben trugen noch den Titel „Handbuch des Fachanwalts“, während die 3. Auflage nunmehr in den erlauchten Kreis der Kölner Handbücher aufgenommen wurde. Herausgegeben wird das Werk von *Helmut Büchel*, vormals Vorsitzender Richter am OLG Hamburg, und *Freiherr von Rechenberg*, Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle. Redaktionell bearbeitet wurde das Werk vornehmlich von Praktikern aus der Rechtsanwaltschaft, daneben haben auch einzelne Richter sowie der baden-württembergische Notarkollege *Rott* in Waldkirch Abschnitte beigesteuert. Zielsetzung des Buches ist es zum einen, Rechtsanwälten, welche den Fachanwaltstitel im Handels- und Gesellschaftsrecht anstreben, das nötige Rüstzeug in die Hand zu geben, zum anderen soll es umfassendes Nachschlagewerk für alle im Handels- und Gesellschaftsrecht tätigen Praktiker sein.

Der inhaltliche Zuschnitt des Buches ist breit. Neben einer querschnittartigen Darstellung der wichtigsten Gesellschaftsformen im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht umfasst das Werk auch Themen wie Compliance, Vertriebsrecht, UN-Kaufrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, Umwandlungsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht, Insolvenzrecht und Verfahrensrecht – einschließlich des Spruchverfahrens und des Verfahrens nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz. Verzichtet wurde vollständig auf den Abdruck von Vertragsmustern oder auch nur einzelnen Vertragsklauseln – entsprechend wird auch keine CD mitgeliefert. Auffallend ist auch das recht lehrbuchmäßige Layout, welches weitgehend auf grafische Hervorhebungen oder Fettdruck zur schnelleren Orientierung verzichtet, wodurch das schnelle Auffinden von Informationen etwas erschwert wird.

Die inhaltliche Breite des Buchs geht leider einher mit einer streckenweise geringeren Tiefe. Manche Gesellschaftsformen werden nur rudimentär abgehandelt. So werden zum Beispiel der GmbH & Co. KG ganze sechs Seiten gewidmet und ähn-

liche Erscheinungsformen der Kommanditgesellschaft – etwa die Limited & Co. KG oder die UG (haftungsbeschränkt) und Co. KG ganz ausgeblendet. Zum Vergleich: Im Konkurrenzwerk der von *Wachter* herausgegebenen Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts nimmt das Kapitel über die GmbH & Co. KG immerhin über 100 Seiten ein. Hinweise auf weiterführende Literatur sind eher spärlich eingestreut, meist begnügen sich die Autoren mit einem Verweis auf die gängigen Kommentare und vereinzelt Rechtsprechung. Als vertieftes Nachschlagewerk zu Einzelfragen, denen der Notar sich in seiner täglichen Praxis ausgesetzt sieht, taugt das Werk daher nur eingeschränkt. Beispielhaft sei hier das Thema „Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen“ hervorgehoben. Hier wird zunächst fälschlich statuiert, § 16 Abs. 3 GmbHG schütze den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des in der Gesellschafterliste eingetragenen Inhabers (Kapitel 12 Rdnr. 610), während gerade nur der gute Glaube an die Inhaberschaft des (existenten) Geschäftsanteils geschützt wird (statt aller: MünchKommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 319). Im Anschluss begnügt sich die Darstellung im Wesentlichen mit der etwas ausführlicheren Wiedergabe des Gesetzestextes, ohne auf einzelne Probleme wie zum Beispiel den gutgläubigen Erwerb bei zuvor erfolgter aufschiebend bedingter Abtretung oder den lastenfreien Erwerb einzugehen.

Seine Stärken gewinnt das Buch weniger aus der Genauigkeit im Detail als aus der überblicksartigen Darstellung verschiedener Rechtsgebiete, in welche sich der Leser zum ersten Mal einarbeiten möchte. Dies wird der ursprünglichen Zielsetzung der Erstauflage, den Rechtsanwalt zum Erwerb des Fachanwaltstitels zu befähigen, durchaus gerecht. Auch der erfahrene Praktiker wird oftmals mit Rechtsbereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts in Berührung kommen, in denen er keine oder nur spärliche Kenntnisse hat. Wer sich ein Buch anschaffen möchte, mit dem er sich in vertretbarem Zeitaufwand und hinreichender Tiefe einen Überblick anlesen kann, dem sei das Buch uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen. Wer hingegen Lösungsmöglichkeiten in schwierigen Detailfragen der notariellen Praxis sucht, dürfte mit anderen Werken auf dem nicht gerade kleinen Markt der gesellschaftsrechtlichen Handbücher besser bedient sein.

Notar *Michael Gutfried*, M. Jur. (Oxford), Dingolfing

Limmer (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung. 5. Aufl., Carl Heymanns, 2016. 1364 S., 179 €

Der Klassiker in Neuauflage. Bereits drei Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe liegt *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, in 5. Auflage vor; berücksichtigt sind unter anderem die Änderung durch das 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (GNotKG), die Einführung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (vgl. *Lieder*, NZG 2016, 287), die Unternehmergesellschaft bei der Umwandlung sowie die neuere EuGH-Rechtsprechung (insbesondere die „Vale“-Entscheidung des EuGH, Urteil vom 12.7.2012, C-378/10, NJW 2012, 2715) und die damit verbundenen Neuregelungen des grenzüberschreitenden Formwechsels mit Sitzverlegung.

Die Konzeption des Werkes bleibt dabei unverändert. Das Handbuch ist in acht Teile untergliedert: Teil 1 stellt die Grundlagen des Umwandlungsrechts dar. Teile 2 bis 4, die

immerhin zwei Drittel des über 1300 Seiten umfassenden Werks ausmachen, widmen sich der ausführlichen Darstellung von Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, wobei innerhalb der einzelnen Teile die bewährte Gliederung beibehalten wird: Einer monographischen Darstellung folgen Kapitel über die Einzelfälle der jeweiligen Umwandlungsvorgänge mit Checklisten und Vertragsmustern. Sonderfragen wie Firmenrecht und Umwandlung, Umwandlung vor und in der Insolvenz, Umwandlung und Euro-Umstellung sowie Kapitalmarktrecht und Umwandlungsrecht werden in Teil 5 erörtert. Teil 6 befasst sich mit grenzüberschreitenden Umwandlungen, gefolgt von der Darstellung steuerrechtlicher und bilanzrechtlicher Aspekte des Umwandlungsrechts in Teil 7. Abschließend werden – im Vergleich zur Voraufgabe nach Inkrafttreten des GNotKG wesentlich überarbeitet – in Teil 8 kostenrechtliche Aspekte von Umwandlungsvorgängen dargestellt.

Aus der Fülle des Dargestellten seien einige für die notarielle Praxis bedeutsame Aspekte herausgegriffen:

In Teil 6 Kapitel 2 gibt *Limmer* einen hervorragenden Überblick über die praktischen Probleme der grenzüberschreitenden Umwandlungen auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung. Während sich der EuGH in der Sache „Cartesio“ (EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, NZG 2009, 61 m. w. N.) mit Fragen des Wegzugs in einen anderen Mitgliedstaat der EU befasst hat (grenzüberschreitende Herausumwandlung), hat der EuGH in seiner „Vale“-Entscheidung (EuGH Urteil vom 12.7.2012, C-378/10, NJW 2012, 2715) den Boden für die grenzüberschreitende Hereinumwandlung geebnet. Aus Art. 49, 54 AEUV folgt, dass ein europäischer Mitgliedstaat als Aufnahmestaat den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht pauschal verbieten darf, sondern dann, wenn er für nationale Gesellschaften die Umwandlung zulässt, diese aus Gründen der Niederlassungsfreiheit auch ausländischen Mitgliedstaaten gewähren muss. Infolge der Vale-Entscheidung hat das OLG Nürnberg in seiner sog. Moor-Park-Entscheidung (Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, DNotZ 2014, 150 m. Anm. *Hushahn*) die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland unter Identitätswahrender Umwandlung in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht zugelassen (ablehnend noch OLG München, Beschluss vom 4.10.2007, 31 Wx 036/07, DNotZ 2008, 397) und dabei auch wichtige Verfahrensfragen geklärt (dazu bereits Checklisten des AG Charlottenburg, vgl. *Melchior*, GmbHR 2014, R305; im Übrigen *Hushahn*, RNotZ 2014, 137). *Limmer* referiert die Moor-Park-Entscheidung des OLG Nürnberg ausführlich und – für die Praxis äußerst hilfreich – stellt den Verfahrensablauf einer grenzüberschreitenden Hereinumwandlung im Detail dar (Teil 6 Kap. 2, S. 992 ff.).

Bei Spaltung von Gesellschaften ist besonderes Augenmerk auf die Zuordnung der verschiedenen Vermögensgegenstände auf die aufnehmenden Rechtsträger (bei Aufspaltung) bzw. auf aufnehmenden und übertragenden Rechtsträger (bei Aufspaltung und Ausgliederung) zu legen. Die Kautelarpraxis, insbesondere auch die Notare im Beurkundungsverfahren, sind dabei wesentlich auf die Angaben der beteiligten Unternehmen angewiesen. Werden im Spaltungsverfahren bei der Zuordnung bestimmte Aktiva oder Passiva vergessen oder fehlerhaft zugeordnet, stellt sich die Frage der nachträglichen Korrektur. Ist die Spaltung noch nicht im Handelsregister eingetragen, können Nachträge zum Spaltungsvertrag/-plan mit entsprechenden erneuten Zustimmungsbeschlüssen beurkundet werden. Ist die Spaltung wirksam, gilt: Soweit sich aus einer ergänzenden Auslegung des Ausgliederungsvertrages nicht ergibt, dass Gegenstände des Aktiv- bzw. Passivvermögens dem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet werden sollen, verbleiben diese (vergessenen) Gegenstände beim übertragenden Rechtsträger. Fehlerhaft zugeordnete Gegenstände verbleiben dem Rechtsträger, dem sie im Spaltungsvertrag (fehlerhaft) zugeordnet worden sind. Für die Aufspaltung enthält § 131 Abs. 3 UmwG eine Sondernorm. Nach Abschluss des Spaltungsverfahrens, d. h. nach Eintragung der Spaltung im Handelsregister der übertragenden Gesellschaft, ist eine Änderung der Vermögenszuordnung nach umwandlungsrechtlichen Vorschriften nicht mehr möglich (Schleswig-Holsteinisches FG, Urteil vom 24.4.2015, 3 K 106/11, DStRE 2015, 1425, n. rkr.). Eine Korrektur kann in derartigen

Fällen nur durch eine Einzelrechtsübertragung stattfinden, wofür die für die Übertragbarkeit des jeweiligen Gegenstandes maßgebenden Vorschriften zu beachten sind (hierzu *Limmer* im Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 127 ff.; im Übrigen *Blasche*, NZG 2016, 328).

Die Auswirkungen der Abspaltung auf den WEG-Verwalter werden kontrovers diskutiert. *Limmer* vertritt zu Recht die Auffassung, dass bei der Spaltung der Verwaltervertrag und die Organstellung des Verwalters unabhängig von der Rechtsform des Verwalters auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Diese Schlussfolgerung gebietet der Gedanke der Gesamtrechtsnachfolge im Umwandlungsrecht. Der Verwaltervertrag ist kein höchstpersönliches Rechtsverhältnis; spätestens mit der Streichung des § 132 Satz 1 UmwG a. F. existiert keine Norm mehr, aus der ein Argument gegen den Übergang des Verwalteramts herzuleiten wäre; auch § 26 WEG ist keine derartige Norm (*Limmer*, Teil 2 Kap. 1 Rdnr. 700 f. – Verschmelzung, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 126 – Spaltung). Jedenfalls dann, wenn der Verwalter eine juristische Person ist, gehen Verwaltervertrag und Organstellung des Verwalters auf den übernehmenden Rechtsträger über (so BGH, Urteil vom 21.4.2014, IX ZR 80/13, DNotZ 2014, 518 bei Verschmelzung; zur Unternehmungsgesellschaft [haftungsbeschränkt] als Verwalter BGH, Urteil vom 22.6.2012, V ZR 190/11, NJW 2012, 3175). Gleiches gilt in Fällen, in denen der Verwalter eine Personenhandelsgesellschaft ist (zu Recht *Limmer*, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 126 – Spaltung; Teil 2 Kap. 1 Rdnr. 700 f. – Verschmelzung); der BGH hat die Frage für Personenhandelsgesellschaften als Verwalter offen gelassen. Die gegenteilige Auffassung des OLG München (Beschluss vom 31.1.2014, 34 Wx 469/13, DNotZ 2014, 523 m. Anm. *Krampen-Lietzke*) überzeugt nicht.

Zusammenfassend kann der „Limmer“ mit Fug und Recht als unentbehrliches Standardwerk für den mit Umwandlungsfällen befassten Kautelarjuristen bezeichnet werden. Er stellt sämtliche nationalen und internationalen, steuerlichen, bilanziellen und kostenrechtlichen Aspekte des Umwandlungsrechts umfassend und in Detailtiefe dar.

Allerdings ist – um etwas Wasser in den Wein zu gießen – festzustellen, dass die hohe Aktualität gelegentlich mit einigen lässlichen Ungenauigkeiten erkaufte ist. So wird das neueste BGH-Urteil zum Übergang der Organstellung und des Verwaltervertrags bei der Verschmelzung in den oben näher genannten Randnummern 125 und 701 jeweils falsch zitiert und werden weitere Fundstellen angegeben, die sich mit der Thematik nicht befassen. Die Passage zur grenzüberschreitenden Umwandlung und ihre Neujustierung durch „Vale“ und das OLG Nürnberg in Teil 6 Kap. 2 ist ohne eigene Randnummern eingefügt; in der vorhergehenden Gliederungsübersicht sind an den entsprechenden Gliederungspunkten Nullstellen gesetzt. Im zugehörigen Text selbst findet sich eine Vielzahl von Rechtschreibfehlern, die auf eine fehlende Überarbeitung hinweisen. Hier wird die nächste Auflage Gelegenheit zur Korrektur bieten. Diese marginalen Einschränkungen trüben den hervorragenden Gesamteindruck nicht. Wegen der hohen Aktualität und der profunden Aufbereitung der Thematik bleibt das Fazit: Ein gelungener Wurf!

Notar Dr. *Bernhard Schaub*, München

Armbrüster/Preuß/Renner (Hrsg.): Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 7. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2015. 976 S., 169 €

Der von *Huhn/von Schuckmann* begründete Kommentar des Beurkundungsverfahrensrechts geht nunmehr herausgegeben von *Christian Armbrüster/Nicola Preuß/Thomas Renner* als Kommentar für das Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare in die 7. Auflage. Die Neuauflage berücksichtigt, ohne Veränderung im Autorenkreis, neben den durch die Rechtsentwicklung gebotenen Aktualisierungen maßgeblich die Neufassung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zum 1.10.2013. Der Kommentar ist mittlerweile ausgereift, kratzt an der Schwelle zu 1000 Seiten – dies ohne überflüssigen Ballast von Voraufgaben –, behandelt, soweit ersichtlich, sämtliche beurkundungsrechtliche Fragen und blickt, wenn nötig, über den verfahrensrechtlichen Tellerrand hinaus.

Die magna charta des Beurkundungsverfahrensrechts (§ 17) wird weiter von *Armbrüster* kommentiert: ihm gelingt eine kompakte Kommentierung der Vorschrift im Umfang von 62 Seiten. Diese enthält die Grundlagen der notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten (Rdnr. 14 ff.), die Bezüge zu den berufsrechtlichen Richtlinien (§ 17 Abs. 2a Satz 1, Rdnr. 163 ff.), die Besonderheiten der erweiterten Belehrungspflichten (Warnpflicht, Rdnr. 6 ff.) sowie der Belehrungspflichten bei ungesicherten Vorleistungen (Rdnr. 92 ff.), dies jeweils gegliedert nach Sachgebieten. Die Besonderheiten für Verbraucherverträge sind in den Rdnr. 192 ff. niedergelegt. Folgende Anmerkungen seien gestattet:

Mit der seit 1.10.2013 zwingenden Versendung des beabsichtigten Textes des Rechtsgeschäfts durch den Notar oder seinen Sozium geht eine qualitative Aufwertung der Funktion des Notars im Vorverfahren einher, die Folgewirkungen zeitigt, beispielsweise mit Blick auf die Qualität des zu versendenden Textes. Zutreffend formuliert *Armbrüster*, dass auch Verweisungsurkunden mit zu versenden sind (Rdnr. 219); insoweit stellt sich die Problematik der Versendung der (vorläufigen) Aufteilungspläne in Formaten A3 und größer. Die Praxis behilft sich regelmäßig mit der Möglichkeit der rechtzeitigen Einsichtnahme in die Pläne in den notariellen Geschäftsräumen oder der, soweit möglich, elektronischen Zurverfügungstellung der Pläne auf der (geschützten) Hardware des Notars. Kurz nimmt *Armbrüster* Bezug auf den Sachverhalt, dass der Text von einem anderen Notar als dem dann beurkundenden Notar versandt worden ist (Rdnr. 220). Zutreffend stellt er darauf ab, dass dieser Versand nur in begründeten Einzelfällen genügen kann, eine weitere Versendung durch den beurkundenden Notar entbehrlich zu machen. Etwas anderes gilt in planmäßigen Konstellationen, in denen beispielsweise Bauvorhaben, die bundesweit vertrieben werden, von einem (Zentral-)Notar rechtlich betreut und abgewickelt werden. Hier ist stets ein zusätzlicher Versand durch den beurkundenden Notar erforderlich. Mit dem BGH (Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 3/14, MittBayNot 2015, 514 = DNotZ 2015, 314) verlangt *Armbrüster* (Rdnr. 221) zu Recht die „Übersendung eines die individualisierenden Vertragsdaten enthaltenden Urkundenentwurfs“. Den Umgang mit nachträglichen Änderungen am Vertragstext beurteilt *Armbrüster* konsequent nach Maßgabe des Schutzzweckes der Vorschrift (Rdnr. 222). Nicht zuzustimmen ist ihm allerdings insoweit, als er bei Hinzutreten weiterer Personen auf Erwerberseite keine Ausnahme von der erneuten Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist zulässt, was bei hinzutretenden Vertrauenspersonen des bisher allein Erwerbenden aufgrund Interpolation mit § 17

Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG auch anders gesehen werden kann (vgl. *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 333). Das aktuelle Judikat des BGH (Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, MittBayNot 2016, 79 = NJW 2015, 2646) zu den sachlichen Voraussetzungen, im Einzelfall die Zwei-Wochen-Frist zu verkürzen, konnte wohl aufgrund des Redaktionsschlusses nicht mehr berücksichtigt werden. Insgesamt könnte die Bearbeitung an manchen Stellen des beurkundungsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Verfahren (§ 17 Abs. 2a Satz 2) etwas breiter sein. Hier wird der künftigen Rechtsentwicklung Raum gelassen; zudem sind die Judikate zur Neuregelung seit 1.10.2013 noch rar.

Von *Seeger* werden unter anderem die Vorschriften zu den Verfügungen von Todes wegen (§§ 27-35) bearbeitet. Er kritisiert das Judikat des OLG Bremen (Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14, DNotI-Report 2014, 151 = MittBayNot 2016, 350 [in diesem Heft]), sofern dieses ohne Rücksichtnahme auf die Belange und Wünsche des Erblassers das Mitwirkungsverbot des § 27 bei der Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker in einer gesonderten letztwilligen Verfügung des Erblasser vom selben Tage bejaht. Im konkreten Fall war allerdings der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass der Testamentsvollstrecker zwar privatschriftlich, jedoch in der Form des öffentlichen Testaments nach § 2232 Satz 2 BGB ernannt worden war. Die Kommentierung der Vollzugspflicht des Notars (§ 53) enthält in Rdnr. 18 die Neuregelung aufgrund des § 11 Satz 2 GNotKG und der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 16.10.2014, V ZB 223/12, MittBayNot 2015, 166), wonach dem Registervollzug kein notarielles Zurückbehaltungsrecht wegen der Notarkosten mehr entgegen gehalten werden kann, sondern der Notar – wenig dienstleistungsfreundlich – auf seine Möglichkeit der Erhebung von Kostenvorschüssen verwiesen wird. Dies betrifft den Notar, der (unmittelbar) mit dem Registervollzug der Erklärungen betraut ist, nicht aber den Notar, der im Auftrag aller oder einzelner Beteiligten deren Erklärungen beurkundet oder öffentlich beglaubigt und diese wiederum in deren Auftrag demjenigen Notar, der den Registervollzug betreut und diesen – zu gegebener Zeit – dem Registergericht vorlegt, zuleitet.

Renner bearbeitet in bewährter und strukturierter Form die notarielle Verwahrung (§§ 54a ff. BeurkG) einschließlich der zugehörigen Vorschriften der §§ 10-12, 25, 27 DNot. Von praktischer Relevanz sind insbesondere die in § 54a Rdnr. 12 ff. dargestellten Fallgruppen zur Erleichterung der Prüfung, ob in der jeweiligen Sachverhaltskonstellation die Voraussetzungen eines berechtigten Sicherungsinteresses vorliegen. Ohne mit einer eigenen Entscheidung vorzugreifen, kommentiert der Autor auch den Sachverhalt, bei dem ohne objektive Notwendigkeit für eine Anderkontenverwahrung dennoch beide Beteiligte diese wünschen bzw. fordern (§ 54a Rdnr. 27). Mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum kann in diesem Fall mangels eines berechtigten Sicherungsinteresses keine Verwahrung stattfinden. Nur ein solches Verständnis wird dem Zweck der Vorschrift gerecht. Ein (bloß) subjektives Moment – das Beharren der Beteiligten – kann ein objektives, vom Notar zu prüfendes Tatbestandsmerkmal nicht substituieren. Etwas anderes gilt freilich, wenn der Sachverhalt (objektive) Anhaltspunkte liefert, die ein berechtigtes Sicherungsinteresse für die Verwahrung begründen können, sei es nur den besonders vorsichtigen Verkäufer, der eine Beurkundung erst vornehmen möchte, wenn der nicht voll vertrauenswürdige Käufer den Kaufpreis – ganz oder teilweise, gegebenenfalls mit Notarkosten – vor Beurkundung auf Anderkonto des amtierenden Notars hinterlegt hat; zu diesen Fällen *Renner* § 54a Rdnr. 18. Die klassische Streitfrage der Nutzung der Verwahrung bei Bauträgerkaufver-

trägen behandelt *Renner* in § 54a Rdnr. 23 ff: Der Autor differenziert zwischen der Abwicklung sämtlicher Raten sowie der letzten bzw. der beiden letzten Raten je über Notaranderkonto. Die Ausführungen im Schrifttum zu dieser Thematik kranken letztlich allesamt an dem Ausgangspunkt, der auf das Judikat des BGH aus dem Jahr 1984 zurückgeht (BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, DNotZ 1985, 287). Hierbei wurde ein Verstoß gegen § 11 Nr. 2a AGBG a. F. (jetzt: § 309 Nr. 2a BGB) schon deshalb bejaht, da mit der Verpflichtung zur Hinterlegung für den Hinterleger eine Einschränkung von Zurückbehaltungsrechten verbunden sei. Dabei ist zu berücksichtigen: Mit der Verpflichtung zur Einzahlung und der Einzahlung selbst auf das Anderkonto ist noch keine Vorleistung an den Bauträger erbracht, da dieser auf den eingezahlten Betrag ersichtlich keinen Zugriff hat. Nachgewiesen mit der Einzahlung wird zunächst die Leistungsfähigkeit des Käufers. Aufgrund des zivilrechtlichen Vorleistungsverbot an den Bauträger darf eine Verwahrweisung nur in der Weise gestaltet sein, dass eine Auszahlung einer Rate nur nach Baufortschritt und nach gesonderter schriftlicher Freigabe durch den Käufer bzw. einvernehmlicher schriftlicher Anweisung der Beteiligten durchgeführt werden kann. Allein der Käufer muss es in der Hand haben, über die Auszahlung der betreffenden Rate zu entscheiden. Eine Einschränkung von Zurückbehaltungsrechten ist in diesem Fall nicht einfach zu begründen; sie wird jedenfalls in anderen Konstellationen des berechtigten Einsatzes eines Notaranderkontos in Verbraucherverträgen nicht formuliert. Damit soll nicht der Anderkontenverwahrung im Bauträgervertrag das Wort geredet werden. Vielmehr ist in den Fällen, in denen ein berechtigtes Sicherungsinteresse bejaht werden kann, auch im Bauträgervertrag die Verwendung des notariellen Anderkontos bei entsprechender Fassung der Verwahrweisung nicht generell unzulässig. Umfassend und für die Praxis ansprechend strukturiert bearbeitet *Renner* sämtliche Folgefragen der Verwahrung von Verwahrtrag (§ 54a), Durchführung der Verwahrung (§ 54b) bis zur Beachtlichkeit des Widerrufs von Verwahrweisungen (§ 54c).

Die Hemmschwelle des Notars, sich mit Detailfragen der DONot auseinanderzusetzen ist regelmäßig höher als bei den sonstigen berufs- und beurkundungsverfahrensrechtlichen

Vorschriften. Insofern gebührt *Eickelberg* als Hauptkommentator der Dienstordnung Lob, da er die Vorschriften detailliert und mit Rücksichtnahme auf die Belange der täglichen Notarpraxis bearbeitet: Dies gilt beispielsweise für die Ergänzung der §§ 10 und 40 BeurkG durch die Vorschrift des § 26 DONot über die Feststellung und Bezeichnung der Beteiligten. Der Autor erläutert die notariellen Sorgfaltspflichten im Kontext sicherer Identifizierung, GwG und möglicher bzw. im Einzelfall mangelnder oder mangelhafter Ausweispapiere. Dies gilt auch für seine in der Praxis bedeutsamen Ausführungen zu den Einsichtsrechten von Beteiligten in notarielle Urkunden und Akten, die sich bei § 23 DONot (Rdnr. 15 ff.) und bei § 6 DONot (Rdnr. 17 ff.) finden, nicht aber bei § 51 BeurkG als *lex specialis* zu § 18 BNotO. Lesenswert sind ferner die aktuellen Fragestellungen bei § 5 DONot zur Aufbewahrung von Nebenakten (Rdnr. 13 ff.), die hierzu seit Längerem diskutierte Frage einer „Aktenvernichtungspflicht“ (Rdnr. 26 ff.), die der Autor zu Recht kritisch beurteilt, sowie den Stand der Einrichtung eines elektronischen Urkundenarchivs (Rdnr. 32).

Und zum Abschluss ein Bereich, der bei einem Kommentar als Nachschlagewerk für Detailfragen regelmäßig in den Hintergrund tritt, die Einleitung: Den Herausgebern sowie *Kruse* für den elektronischen Rechtsverkehr gelingt jenseits des Beurkundungsverfahrensrechts eine Zusammenstellung der Grundlagen der notariellen Tätigkeit im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege mit allen aktuellen berufsrechtlichen und -politischen Themen und Reformvorhaben im Kontext von Formgebot und Formzweck, Funktion der öffentlichen Urkunde und europäischer Integration im Berufsrecht, Gebührenrecht und materiellem Recht.

Dank des Autorenkreises aus Wissenschaft und Praxis hat sich der Kommentar zu einem Nachschlagewerk entwickelt, das für beurkundungsverfahrensrechtliche Fragen in gleichsam prägnanter wie umfassender Weise Antworten und Hinweise für weitergehende Recherche bietet. Die kompakten Ausführungen ohne überflüssige Längen fördern die Handhabbarkeit des Werkes, das man in der Notarpraxis nicht missen möchte.

Notar Dr. Rainer Regler, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. WEG § 16 Abs. 2 (*Verbandsverbleib des werdenden Wohnungseigentümers bei Verkauf*)

Ein werdender Wohnungseigentümer bleibt auch dann Mitglied des Verbands, wenn er die Einheit unter Abtretung des vorgemerkten Übereignungsanspruchs und Besitzübertragung veräußert (insoweit Aufgabe von BGHZ 44, 43, 45 = NJW 1965, 1763); der Erwerber ist nicht als werdender Wohnungseigentümer anzusehen.

BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14

Die Tochter der Beklagten (im Folgenden: Streitverkündete) kaufte mit notariellem Vertrag vom 14.7.2004 von einer Bauträgerin eine Eigentumswohnung sowie zwei Tiefgaragenstellplätze, die durch Teilung des der Bauträgerin gehörenden Grundstücks entstanden waren. Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung erfolgte am 19.7.2004. Am 22.9.2004 wurde erstmals ein weiterer Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Spätestens im Jahr 2006 überließ die Bauträgerin der Streitverkündeten die Wohnung und die Stellplätze zur Nutzung. Mit notariellem Vertrag vom 2.10.2012 veräußerte die Streitverkündete die Wohnung nebst Stellplätzen an die Beklagte. Am 12.10.2012 wurde die Abtretung der Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Derzeit leben die Beklagte und die Streitverkündete in der Wohnung. Am 23.10.2013 wurden die Einheiten in der Zwangsversteigerung einem Dritten zugeschlagen.

Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft verlangt von der Beklagten die Zahlung der Abrechnungsspitzen für das Jahr 2012, rückständiges Hausgeld für den Zeitraum Januar bis einschließlich Oktober 2013 und anteilige Zahlung einer Sonderumlage. Das AG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision will die Klägerin die Zurückweisung der Berufung erreichen. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil in ZWE 2015, 121 f. veröffentlicht ist, schuldet die Beklagte die geforderten Beträge nicht. Werdende Wohnungseigentümerin sei die Streitverkündete. Diese Rechtsstellung sei nicht infolge der Abtretung der Auflassungsvormerkung auf die Beklagte übergegangen. Der Zweck der Anerkennung der Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers, nämlich die Loslösung der Meinungsbildung innerhalb der Gemeinschaft von dem teilenden Eigentümer, sei erreicht, sobald der erste Erwerber der jeweiligen Einheit – hier die Streitverkündete – diese Rechtsstellung erlangt habe. Dagegen sei die Beklagte als Zweiterwerblerin vor dem endgültigen Erwerb des Eigentums weder beitragspflichtig noch stimmberechtigt.

Aus den Gründen:

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Die Beklagte schuldet die geforderten Beträge nicht, weil sie nicht Wohnungseigentümerin im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG ist. Eine entsprechende Anwendung dieser Norm scheidet aus, weil sie nicht als werdende Wohnungseigentümerin anzusehen ist. Diese Rechtsstellung hat die Streitverkündete spätestens im Jahr 2006 erlangt mit der Folge, dass (nur) sie seither die Kosten und Lasten zu tragen hat (näher hierzu das von der teilenden Bauträgerin erstrittene Urteil des Senats vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 4 ff.). Hieran hat sich durch die im Jahr 2012 vorgenommene Veräußerung nichts geändert.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats ist in der Entstehungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft jedenfalls im Innenverhältnis zwischen dem teilenden Eigentümer

und den Ersterwerbern eine vorverlagerte Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes geboten, sobald die Käufer eine rechtlich verfestigte Erwerbsposition besitzen und infolge des vertraglich vereinbarten Übergangs der Lasten und Nutzungen der Wohnung ein berechtigtes Interesse daran haben, die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mitwirkungsrechte an der Verwaltung der Wohnungsanlage vorzeitig auszuüben. Beides ist anzunehmen, wenn ein wirksamer, auf die Übereignung von Wohnungseigentum gerichteter Erwerbsvertrag vorliegt, der Übereignungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert ist und der Besitz an der Wohnung auf den Erwerber übergegangen ist. Infolgedessen kann der werdende Wohnungseigentümer einerseits die Mitwirkungsrechte ausüben. Andererseits hat nur er gemäß § 16 Abs. 2 WEG die Kosten und Lasten zu tragen (vgl. Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 12 ff.; Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 5); der teilende Eigentümer haftet nicht gesamtschuldnerisch (Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, a. a. O., Rdnr. 18). Dies gilt im Grundsatz auch dann, wenn sich die Erwerbsposition erst nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich verfestigt (Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, a. a. O., Rdnr. 8 ff.). Bei der Veräußerung von Wohnungen aus einer vollständig und rechtlich in Vollzug gesetzten Wohnungseigentümergeinschaft heraus hat der BGH die vorverlagerte Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes dagegen stets abgelehnt (sog. Zweiterwerb, vgl. BGH, Urteil vom 24.3.1983, VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138 ff.; Senat, Beschluss vom 1.12.1988, V ZB 6/88, BGHZ 106, 113 ff.; Beschluss vom 18.5.1989, V ZB 14/88, BGHZ 107, 285 ff.; Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 18).

2. Die besondere rechtliche Behandlung des Erwerbs von Wohnungseigentum in der Entstehungsphase der Wohnungseigentümergeinschaft beruht auf der Überlegung, dass sich dieser insbesondere bei der Aufteilung durch den Bauträger grundlegend von dem Eigentumserwerb in einer bestehenden Gemeinschaft unterscheidet, und zwar wegen der mit der Abwicklung von Gewährleistungsrechten verbundenen Verzögerungen der Eigentumsumschreibung und wegen der typischen Interessenkonflikte von Erwerbern und Bauträgern. Für diese Übergangsphase ist eine Mitwirkung der Erwerber nach den Regeln sinnvoll, deren Geltung die Beteiligten ohnehin anstreben. Deren vertragliche Vereinbarung zwischen teilendem Eigentümer und Ersterwerbern stößt indessen auf Schwierigkeiten, weil sie sich nicht nur auf das Verhältnis der Vertragsparteien beschränken, sondern alle Erwerber gleichermaßen einbeziehen müsste. Dagegen geht es bei einem Zweiterwerb lediglich um den Zeitpunkt des Mitgliederwechsels innerhalb einer bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft (eingehend zum Ganzen Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 12 ff.).

3. Ob die Veräußerung einer Einheit durch den werdenden Wohnungseigentümer dazu führen kann, dass der Erwerber als werdender Wohnungseigentümer anzusehen ist, oder ob dieser die mitgliedschaftliche Stellung wie ein Zweiterwerber erst mit dem vollendeten Eigentumserwerb erlangt, ist bislang nicht abschließend geklärt.

a) Einem Urteil des BGH vom 14.6.1965 lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem im Gründungsstadium der Gemeinschaft ein Erwerber seine Rechte aus dem Erwerbsvertrag sowie den Besitz an der Wohnung vor seiner Eintragung in

das Grundbuch auf eine dritte Person übertragen hatte. Der BGH ließ damals zwar offen, ob der Erwerber zunächst als Wohnungseigentümer anzusehen gewesen wäre, war aber der Ansicht, dass dieser jedenfalls durch die vor Rechtshängigkeit erfolgte Weiterveräußerung endgültig aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ausgeschieden sei. Infolgedessen verneinte er die Zuständigkeit der Wohnungseigentumsgerichte (VII ZR 160/63, BGHZ 44, 43, 45), die der Senat später – insoweit unter Aufgabe der erstgenannten Entscheidung – für Klagen aus dem Gemeinschaftsverhältnis gegen einen oder von einem ausgeschiedenen Wohnungseigentümer bejaht hat; dabei ging es jedoch nicht um das Ausscheiden eines werdenden Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft (Urteil vom 26.9.2002, V ZB 24/02, BGHZ 152, 136, 140 ff.).

b) In Teilen der Literatur wird – meist unter Bezugnahme auf das genannte Urteil vom 14.6.1965 (VII ZR 160/63, BGHZ 44, 43, 45) – vertreten, die Rechtsstellung als werdender Wohnungseigentümer könne mittels Abtretung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs und Verschaffung des Besitzes übertragen werden (*Weitnauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., nach § 10 Rdnr. 9; *Timme*, WEG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 41; *Weitnauer*, WE 1986, 92, 95; *Seuss* in FS Bärmann und Weitnauer, 1990, S. 599, 602 f.; *Heismann*, *Werdende Wohnungseigentümergeinschaft*, S. 272 f.; *Reymann*, ZWE 2009, 233, 243).

c) Nach überwiegender Ansicht wird die Veräußerung einer Wohnung durch einen werdenden Wohnungseigentümer dagegen dem sog. Zweiterwerb gleichgestellt (OLG Saarbrücken, NJW-RR 2002, 1236, 1237; MünchKommBGB/*Engelhardt*, 6. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 44; *Klein* in *Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 10 Rdnr. 19; *Timme/Dötsch*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 73; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 11. Aufl., § 10 Rdnr. 9; *Riecke/Schmid/Lehmann-Richter*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 54; *Wenzel*, NZM 2008, 625, 627; *Stobbe*, ZMR 2012, 234, 235; *Engelhardt*, ZfIR 2012, 606; für die Zeit nach Invollzugsetzung der Gemeinschaft BayObLG, Beschluss vom 11.4.1990, BReg. 2 Z 7/90, BayObLGZ 1990, 101, 106). Werdender Wohnungseigentümer soll – soweit diese Frage erörtert wird – der Zedent bleiben (*Timme/Dötsch*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 73).

4. Der Senat entscheidet diese Frage mit der zuletzt genannten Auffassung dahingehend, dass der werdende Wohnungseigentümer (Zedent) auch dann Mitglied des Verbands bleibt, wenn er die Einheit unter Abtretung des vorgemerkten Übereignungsanspruchs und Besitzübertragung veräußert (insoweit Aufgabe von BGH, Urteil vom 14.6.1965, VII ZR 160/63, BGHZ 44, 43, 45); der Erwerber (Zessionar) ist nicht als werdender Wohnungseigentümer anzusehen.

a) Im Ausgangspunkt ist es weiterhin geboten, das Wohnungseigentumsgesetz nicht direkt anzuwenden. Die Zession führt nicht dazu, dass der noch immer im Grundbuch eingetragene teilende Eigentümer als Wohnungseigentümer im Sinne von § 16 Abs. 2 BGB anzusehen ist. Dies liefe nämlich dem mit der Anerkennung des werdenden Wohnungseigentums verfolgten Ziel zuwider, einen möglichst frühzeitigen Übergang der Entscheidungsmacht von dem teilenden Eigentümer auf die Erwerber zu erreichen (hierzu Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 19 ff.; Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 8 ff.); es fehlte auch an einer inneren Rechtfertigung für den Eintritt des teilenden Eigentümers in den Verband, weil dieser an der Zession in keiner Weise beteiligt ist.

b) Danach ist entweder der Zedent oder der Zessionar als werdender Wohnungseigentümer anzusehen. Die besseren Gründe sprechen für Ersteres.

aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Zessionar allerdings begrifflich kein Zweiterwerber, sondern Ersterwerber, weil er das Eigentum unmittelbar von dem teilenden Eigentümer erwirbt. Eine Auflassungsvormerkung kann nicht isoliert abgetreten werden. Sie geht nur dann in analoger Anwendung von § 401 BGB auf den Zessionar über, wenn die Abtretung des gesicherten Anspruchs auf Übertragung des Eigentums aus dem zwischen dem Bauträger und dem Zedenten geschlossenen Kaufvertrag erfolgt (vgl. Senat, Urteil vom 17.6.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f.; Versäumnisurteil vom 27.10.2006, V ZR 234/05, NJW 2007, 508 Rdnr. 16; Urteil vom 10.10.2008, V ZR 137/07, NJW 2009, 356 Rdnr. 8).

bb) Gegen diese eher formale Sichtweise spricht jedoch, dass die Gründe, die den Senat in erster Linie zu einer besonderen Behandlung der Ersterwerber bei der Veräußerung durch den teilenden Bauträger bewogen haben, auf eine nachfolgende Zession nicht zutreffen. Insbesondere hebt das Berufungsgericht zutreffend hervor, dass dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber (vgl. Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 20) mit dem ersten Erwerb einer gesicherten Rechtsposition von dem Bauträger durch den Zedenten Genüge getan ist. Fortan ist es dem Zedenten und dem Zessionar wie bei einem Zweiterwerb ohne Weiteres möglich, die Ausübung des Stimmrechts und die Tragung von Kosten und Lasten im Innenverhältnis vertraglich zu regeln. Schon dies spricht dafür, die Veräußerung wie einen Zweiterwerb zu behandeln, zumal der Einzelrechtsnachfolger eines werdenden Wohnungseigentümers andernfalls eine stärkere Rechtsstellung erlangte als der eines eingetragenen Eigentümers (so bereits BayObLG, Beschluss vom 11.4.1990, BReg. 2 Z 7/90, BayObLGZ 1990, 101, 106). Der Einwand der Revision, dass bei einer Gesamtrechtsnachfolge (auch) die Rechte und Pflichten des werdenden Wohnungseigentümers auf den Rechtsnachfolger übergehen, ist zwar richtig, besagt aber nichts über die Folgen einer rechtsgeschäftlichen Weiterveräußerung.

cc) Ein Übergang der Mitgliedschaft brächte zudem gravierende praktische Folgeprobleme mit sich. Es ist ein Gebot der Rechtssicherheit, dass der Verband unschwer ermitteln kann, wer die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten innehat, also zu Eigentümerversammlungen eingeladen werden muss, dort das Stimmrecht ausüben darf und die Kosten und Lasten zu tragen hat. Eine Veräußerung durch den werdenden Wohnungseigentümer ist für die Wohnungseigentümergeinschaft nicht mit der erforderlichen Gewissheit ersichtlich.

(1) Nach außen nicht erkennbar ist zum einen die Abtretung des gegen den Bauträger gerichteten Übereignungsanspruchs, die zu dem Übergang der Auflassungsvormerkung führt (§ 401 BGB analog). Sie vollzieht sich nämlich außerhalb des Grundbuchs. Wird sie – wie hier – in das Grundbuch eingetragen, geschieht dies nur deklaratorisch im Wege der Berichtigung (vgl. *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 347; *Meikell/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 22 Rdnr. 34, jeweils m. w. N.), und kann daher den Übergang der Rechte und Pflichten des Wohnungseigentümers nicht bewirken. Zudem erwirbt der Zessionar keine gleichermaßen gefestigte Rechtsposition wie der Zedent, weil der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch eine gegenüber einer originären Vormerkung geminderte Sicherungswirkung zukommt (näher Senat, Versäumnisurteil vom 27.10.2006, V ZR 234/05, DNotZ 2007, 360, 361 f. mit Anm. *Kesseler*).

(2) Nach außen nicht ohne Weiteres erkennbar ist auch der Besitzübergang. Dieser wäre entgegen der Auffassung der Revision zwingend erforderlich, damit der Zessionar als werdender Wohnungseigentümer angesehen werden kann, weil

die Abtretung als solche nicht zu einem Übergang der Nutzungen und Lasten führt. Die Feststellung der Besitzverhältnisse bereitet jedoch besondere Schwierigkeiten, die den BGH bei einem Zweiterwerb dazu bewegen haben, das auch insoweit diskutierte „faktische Wohnungseigentum“ abzulehnen (BGH, Urteil vom 24.3.1983, VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 143 ff.; im Anschluss daran Senat, Beschluss vom 1.12.1988, V ZB 6/88, BGHZ 106, 113, 119). Schon die Feststellung, ob und wann der Besitzübergang von dem Bauträger auf den Zedenten erfolgt ist, kann die Wohnungseigentümergeinschaft vor praktische Probleme stellen (vgl. hierzu *Drabek*, ZWE 2015, 198, 199 f.). Dies ist deshalb noch hinnehmbar, weil der Bauträger die Einheit regelmäßig im Anschluss an die Errichtung des Gebäudes ohne vorherige Eigennutzung übergibt und dieser Vorgang – jedenfalls typischerweise – anhand äußerer Merkmale feststellbar ist. Dagegen können sich die Besitzverhältnisse nach einer Zession für Außenstehende als undurchsichtig erweisen. Dies gilt vor allem bei einer durchgehend vermieteten Wohnung, zeigt sich aber auch im vorliegenden Fall anschaulich. Da Zedentin und Zessionarin die Wohnung gemeinsam bewohnen, wäre ein Ausscheiden der Zedentin aus dem Verband nach außen nicht ersichtlich. Zudem führt die Aufnahme der Zessionarin in die Wohnung nicht ohne Weiteres dazu, dass diese Besitzerin (und nicht nur Besitzdienerin im Sinne von § 855 BGB) geworden ist (vgl. nur BGH, Beschluss vom 19.3.2008, I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 Rdnr. 16).

dd) Die Interessen der Beteiligten rechtfertigen kein anderes Ergebnis.

(1) Der Zessionar erlangt zwar nicht die Rechte des Wohnungseigentümers, kann jedoch im Innenverhältnis durch entsprechende vertragliche Regelungen sicherstellen, dass seine Rechtsstellung weitgehend der eines Wohnungseigentümers angenähert wird (vgl. *Riecke/Schmid/Lehmann-Richter*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 54).

(2) Auch der Zedent kann sich vertraglich absichern, indem er einen Schuldbeitritt des Zessionars im Wege eines echten Vertrags zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft vereinbart (vgl. für den Zweiterwerb Senat, Beschluss vom 18.5.1989, V ZB 14/88, BGHZ 107, 285, 288). Seine Rechtsposition unterscheidet sich von derjenigen eines eingetragenen Veräußerers in erster Linie dadurch, dass sich der Erwerb von Wohnungseigentum in der Gründungsphase der Gemeinschaft wegen der Abwicklung von Gewährleistungsrechten über Jahre hinziehen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 12; Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 8 ff.). Eine infolgedessen über längere Zeit fortbestehende Haftung im Außenverhältnis ist zwar problematisch, kann sich aber im Einzelfall auch bei einem Zweiterwerb ergeben und ist daher nicht geeignet, die aufgezeigten Bedenken gegen einen Übergang der Rechtsposition zu überwinden.

(3) Aus Sicht der Wohnungseigentümergeinschaft wird auf diese Weise am ehesten gewährleistet, dass deren Mitglieder mit der erforderlichen Sicherheit bestimmt werden können. Dieses Bedürfnis ist höher zu gewichten als mögliche vollstreckungsrechtliche Nachteile, die sich ergeben können, weil der Zedent die Hausgelder schuldet, die spätere Umschreibung des Eigentums jedoch auf den Zessionar erfolgt. Ohnehin wird der Zedent in seinem eigenen Interesse bei der Veräußerung regelmäßig einen Schuldbeitritt des Zessionars vereinbaren; dieser ermöglicht der Wohnungseigentümergeinschaft nach Umschreibung des Eigentums die Vollstreckung in das Wohnungseigentum wegen etwaiger Rückstände.

(...)

Anmerkung:

Der Entscheidung des BGH liegt ein einfach gelagerter Sachverhalt zu Grunde:

Ein Bauträger verkauft ein noch fertigzustellendes Wohnungseigentum an einen Ersterwerber. Für diesen wird (MaBV-entsprechend) eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Nach Fertigstellung der Wohnung wird diese dem Erwerber übergeben und von diesem auch persönlich genutzt. Im Grundbuch ist nach wie vor der teilende Eigentümer (Bauträger) als Eigentümer eingetragen. Der Ersterwerber verkauft alsdann den Vertragsgegenstand mit gleichzeitiger Abtretung seines Auflassungsanspruchs gegenüber dem Bauträger an einen Dritten. Im Grundbuch wird die Abtretung des Auflassungsanspruchs berichtigend vermerkt; der Ersterwerber übergibt den Besitz an der Wohnung an den Dritten. Während der Besitzzeit des Dritten entstehen Rückstände an den Kosten und Lasten des Wohnungseigentums gemäß § 16 Abs. 2 WEG. Wer haftet gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft für diese Lasten und Kosten? Es kommen drei verschiedene Schuldner in Betracht: Der Bauträger, als der im Grundbuch eingetragene Eigentümer, der Ersterwerber oder der Dritte. Der BGH sieht in dem Ersterwerber den Zahlungspflichtigen. Dem Ergebnis ist zuzustimmen.

1. Die werdende Wohnungseigentümergeinschaft

Mit Bezugsfertigkeit der einzelnen Wohnungen einer Wohnungseigentumsanlage wird den Käufern entsprechend der MaBV bei Zahlung von 96,5 % des vereinbarten Kaufpreises der Besitz des Vertragsgegenstandes übergeben. Damit gehen auch die Nutzungen und die Lasten auf den Käufer über. Der grundbuchmäßige Eigentumswechsel findet jedoch, um jedwede Vorleistung auszuschließen, erst statt, wenn der vollständige Kaufpreis bezahlt ist. Bei Vorliegen von Baumängeln, gleichgültig, ob am Sondereigentum oder am Gemeinschaftseigentum, macht der Käufer regelmäßig ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des Restkaufpreises geltend. Als Folge davon wird er nicht als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. In dem zu besprechenden BGH-Fall war die Besitzübergabe im Jahre 2006; die Weiterveräußerung an den Dritten erfolgte im Jahre 2012 durch den Erstkäufer, der sechs Jahre nach Bezugsfertigkeit noch immer nicht als neuer Eigentümer eingetragen war.

Bei ausschließlich wörtlicher Auslegung des Gesetzes wäre klar, wer im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft die Kosten und Lasten gemäß § 16 Abs. 2 WEG zu tragen hätte, nämlich der teilende Eigentümer (Bauträger). Er ist immer noch Wohnungseigentümer. Allerdings entspräche dieses Verständnis nicht der Interessenlage:

Der Bauträger hat mit Besitzübergabe das wirtschaftliche Eigentum verloren. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen von Entscheidungen über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums treffen, jedenfalls im Innenverhältnis zwischen Bauträger und Ersterwerber, den Letzteren. Der Bauträger möchte von den Verpflichtungen, die sich aus der Wohnungseigentümergeinschaft ergeben, freigestellt werden; der Ersterwerber möchte, da ihn die Folgen der Entscheidungen treffen, seine Mitwirkungsbefugnisse bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums wahrnehmen, vor allem möchte er in der Versammlung der Wohnungseigentümer stimmberechtigt sein. Rechtsprechung und Lehre tragen dem durch die Rechtsfigur des werdenden Wohnungs-

eigentümers Rechnung.¹ Danach erfordert eine interessengerechte Lösung die entsprechende Anwendung der WEG-Vorschriften auf die werdende Eigentümergemeinschaft und den werdenden Wohnungseigentümer. Dies bedeutet in Ansehung der Verpflichtung zur Tragung der Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums gemäß § 16 Abs. 2 WEG, dass ausschließlich der werdende Wohnungseigentümer verpflichtet ist.² Der im Grundbuch eingetragene Wohnungseigentümer (Bauträger) haftet nicht mehr, vor allem weder gesamtschuldnerisch noch subsidiär. Konsequenterweise ist deshalb der im Grundbuch noch als Eigentümer eingetragene Bauträger zur Eigentümerversammlung weder zu laden, noch hat er dort ein Stimmrecht; das Teilnahmerecht und das Stimmrecht stehen ausschließlich dem werdenden Wohnungseigentümer zu.³ Dieses Ergebnis trägt dem Selbstverwaltungsrecht der Wohnungseigentümer Rechnung.

Das Entstehen einer Wohnungseigentümergemeinschaft setzt begrifflich („Gemeinschaft“) voraus, dass neben dem Bauträger bei zumindest einer weiteren Einheit eine andere Person als Wohnungseigentümer eingetragen ist. Ab diesem Zeitpunkt ist die Wohnungseigentümergemeinschaft in Vollzug gesetzt. Für den Status eines werdenden Wohnungseigentümers spielt es jedoch keine Rolle, ob der Ersterwerb zu einem Zeitpunkt vollzogen wurde, als der Bauträger noch Alleineigentümer aller Einheiten war oder ob die Wohnungseigentümergemeinschaft infolge des Hinzutretens eines weiteren grundbuchmäßigen Eigentümers in Vollzug gesetzt wird.⁴

2. Ersterwerb oder Zweiterwerb?

In dem zu besprechenden Fall hat der Ersterwerber an einen Dritten weiterveräußert. Dabei hat er seinen Auflassungsanspruch gegenüber dem Bauträger an den Dritten abgetreten. Dadurch ist der Dritte jedoch nicht in die Rechte und Verpflichtungen aus dem Bauträgervertrag mit dem Ersterwerber eingetreten. Hierfür hätte es vielmehr einer Vertragsübernahme bedurft, die nur mit Zustimmung des Bauträgers möglich gewesen wäre. Bei einer solchen Vertragsübernahme wäre der Dritte an die Stelle des bisherigen Ersterwerbers getreten.⁵ Bei dieser Konzeption wäre mit dem Vertragsübergang auf den Dritten auch der Status des werdenden Wohnungseigentümers auf den Dritten übergegangen. Vorliegend bestanden jedoch zwei verschiedene Vertragsverhältnisse, nämlich die Kaufverträge Bauträger-Ersterwerber einerseits und zwischen dem Ersterwerber und dem Dritten andererseits. Die Abtretung des Auflassungsanspruchs ist lediglich eine Sicherung des Dritten, da für diesen, mangels einer Eintragung des Ersterwerbers als Eigentümer, keine Vormerkung

im Grundbuch möglich ist.

a) Zu Recht nimmt der BGH an,⁶ dass der Wohnungseigentümer-Status nicht auf den Bauträger zurückfällt. Dieser ist an dem Vorgang nicht beteiligt. Es entstünde ein Ergebnis, das den Interessen sowohl des Bauträgers als auch des Ersterwerbers zuwider liefe. Es ergäbe sich eine unerwünschte Rechtsfolge, deretwegen durch Rechtsfortbildung die Figur des werdenden Wohnungseigentümers geschaffen wurde.

b) Der Senat prüft alsdann, ob der Dritte, also derjenige, an den der Ersterwerber seinen Auflassungsanspruch gegenüber dem Bauträger abgetreten hat, weiterhin als Ersterwerber betrachtet werden kann. Formal gesehen bejaht er dies, da der Dritte sein Eigentum unmittelbar (aufgrund der erklärten Abtretung) von dem teilenden Eigentümer erwerbe (Rdnr. 14). Dabei wird aber nicht beachtet, dass der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb des Dritten in dessen schuldrechtlichem Kaufvertrag mit dem Ersterwerber besteht und der Ersterwerber seine Eigentumsverschaffungsverpflichtung dadurch erfüllt, dass er einen entsprechenden Anspruch gegenüber dem Bauträger an den Dritten abtritt. Bei dieser Betrachtung kann man auch zwanglos von einem Zweiterwerb durch den Dritten ausgehen.

Zutreffend hebt der Senat hervor, dass die Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers durch das „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber oder durch das Selbstverwaltungsrecht der Wohnungseigentümer begründet ist. Diesem Interesse ist jedoch Genüge getan, wenn die Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers auf den Ersterwerber beschränkt wird. Die Verwaltungsbefugnisse sind damit bereits vom Bauträger weg auf den nutzenden Wohnungseigentümer übergegangen. Den Beteiligten des nachfolgenden zweiten Kaufvertrages ist es ohne Weiteres möglich, die Ausübung des Stimmrechts und die Tragung von Kosten und Lasten im Innenverhältnis vertraglich zu regeln. Dies spricht dafür, die Veräußerung wie einen Zweiterwerb zu behandeln.⁷ Vor allem Gründe der Rechtssicherheit sprechen dafür, dieses Ergebnis zu favorisieren. Wegen der lediglich deklaratorischen Wirkung der Eintragung eines Abtretungsvermerkes bei der Vormerkung des Ersterwerbers und wegen des durch die Wohnungseigentümergemeinschaft nur schwerlich feststellbaren Zeitpunktes des Besitzübergangs vom Ersterwerber auf den Dritten legen es nahe, die vom BGH vorgenommene Einschränkung des Status des werdenden Wohnungseigentümers für zutreffend zu erachten. Auch methodische Gesichtspunkte sprechen für das BGH-Ergebnis. Die Rechtsfigur des werdenden Wohnungseigentümers ist nur unter analoger Anwendung als Ausnahme vom § 16 Abs. 2 WEG denkbar. Würde dieser Rechtsgedanke auch auf den Erwerb durch den Dritten angewendet, so bedeutete dies auch eine Anwendbarkeit auf den „normalen Zweiterwerb“, was für die Frage der Stimmberechtigung und der Kosten- und Lastentragung zu einer weiteren Durchbrechung des Prinzips der Grundbucheintragung führen würde. Die Qualifikation als Wohnungseigentümer würde an außergrundbuchliche Tatsachen wie einen Vertragschluss mit Besitzübergang anknüpfen.

Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

¹ BGH, Urteil vom 11.12.2015, V ZR 80/15, ZMR 2016, 299 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 5; BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdnr. 12 ff. = MittBayNot 2009, 132; *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 8 Rdnr. 27, § 10 Rdnr. 9 ff.; *Rieckel/Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 1 Rdnr. 233 f.; *Rieckel/Schmid/Lehmann-Richter*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 37 f., 55 ff.; *Staudinger/Rapp*, WEG, 2005, § 8 Rdnr. 25. Zum Ganzen s. *Buchinger*, DAI-Jahrestagung des Notariats 2015, S. 372 ff.

² BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 Rdnr. 5.

³ BGH Fn. 2; OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2007, 15 W 428/06, ZMR 2007, 712 mit kritischer Anm. *Elzer*, ZMR 2007, 714.

⁴ Umstritten, vgl. BGH Fn. 2 Rdnr. 8 f.; *Hügel/Elzer*, a. a. O., § 10 Rdnr. 14; *Rieckel/Schmid/Lehmann-Richter*, a. a. O., § 10 Rdnr. 57.

⁵ BGH, Urteil vom 30.1.2013, XII ZR 38/12, Rdnr. 18 ff., NJW 2013, 1083; *Palandt/Grüneberg*, 75. Aufl. 2016, § 398 Rdnr. 41; *Staudinger/Busche*, 2012, Einleitung zu §§ 398 ff. Rdnr. 196 ff., § 398 Rdnr. 39.

⁶ Abschnitt II. 4. a.

⁷ Abschnitt II. 4. b bb.

2. WEG § 1 Abs. 5, § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, §§ 8, 13 Abs. 2 Satz 1; RPfLG § 11 Abs. 1; GBO § 71 Abs. 1, § 73 (*Auf einen Lageplan kann Bezug genommen werden*)

1. Zur Bezeichnung einer bestimmten zur Sondernutzung zugewiesenen Fläche kann auf einen Lageplan Bezug genommen werden, der nicht der Aufteilungsplan ist.

2. Auch wenn der Lageplan für die zugewiesene Fläche vom Aufteilungsplan abweicht, bedingt dies im Bereich gemeinschaftlichen Eigentums nicht die Unzulässigkeit der Vereinbarung (hier: in Gemeinschaftseigentum stehender Keller mit Raum in nachträglich ausgekragtem Gebäude).

OLG München, Beschluss vom 4.2.2016, 34 Wx 396/15

Die Beteiligte, eine Bauträgerin, teilte mit Erklärung vom 30.3.2015 ein Grundstück gemäß § 8 WEG in Wohnungs- bzw. Teileigentum auf. Nach § 4 der Gemeinschaftsordnung (Anlage II) werden die folgenden Bereiche des Gemeinschaftseigentums von der gemeinschaftlichen Nutzung ausgenommen und ziffernmäßig bestimmten Einheiten zur Sondernutzung zugewiesen:

„Die gemäß dem beigefügten Aufteilungs- bzw. Sondernutzungsplan mit Nr. 1-12 bezeichneten Abstellräume im Keller.“

Der teilende Grundstückseigentümer hat das Recht der Zuordnung der Sondernutzungsrechte an den Abstellräumen zu den einzelnen Sondereigentumseinheiten. Dieses Recht endet mit Umschreibung des Eigentums an der letzten Sondereigentumseinheit auf einen Erwerber. (...)

Im Nachtrag vom 11.5.2015 (§ 3 a. E.) bestimmte die Beteiligte, dass für die Sondernutzungsrechte an den Abstellräumen im Keller nunmehr der amtliche Aufteilungsplan gelte. Entsprechend wurde die Aufteilung am 22.9.2015 im Grundbuch vollzogen.

Der von der Beteiligten bewilligte Nachtrag vom 24.9.2015 hat neben hier nicht interessierenden Änderungen der Gemeinschaftsordnung folgende weitere Regelung zum Gegenstand:

„§ 2 Sondernutzungsrechtsplan

Für die Sondernutzungsrechte an den Abstellräumen im Keller gilt nunmehr nicht mehr der amtliche Aufteilungsplan, sondern der Plan in der Anlage zu dieser Urkunde. Auf diesen wird verwiesen; er wurde zur Durchsicht vorgelegt.“

In dem anliegenden Plan befindet sich abweichend von der Bauzeichnung im ursprünglichen Aufteilungsplan (Kellergeschoss) im nördlichen Gebäudebereich eine Auskragung, in dem nun der sog. Abstellraum 6 („Abst. 6“) platziert ist.

Den Vollzugsantrag vom 5.10.2015 hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 17.11.2015 zurückgewiesen. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass der Raum „Abst. 6“ sich außerhalb der Umgrenzung des Kellergeschosses befinde, wie diese im Aufteilungsplan zur Teilungserklärung dargestellt sei. Danach sei anzunehmen, dass jedenfalls dort abweichend vom Aufteilungsplan gebaut worden sei. Es gehe hier nicht um Fragen der Abgeschlossenheit oder der Entstehung von Sondereigentum. Wesentlich sei, ob zum einen dem Aufteilungsplan hinsichtlich der Darstellung des gemeinschaftlichen Eigentums eine Bedeutung zukomme, die davon abweichende Regelungen hinsichtlich der Sondernutzungsrechte ausschließe. Zum anderen müsse das Sondernutzungsrecht an sich inhaltlich überhaupt zulässig sein. Hier bestehe ein Widerspruch insofern, als ein Sondernutzungsrecht in einem Bereich begründet werden solle, der nach der Teilungserklärung keine derartigen Räume enthalte. Mit diesem Widerspruch könne ein Sondernutzungsrecht nicht entstehen.

Ein Sondernutzungsrecht, das auch die Befugnis umfasse, das Gebäude als solches durch teilweise Entfernung der Außenmauer, mithin durch Eingriffe in die Statik, zu verändern, werde aber als unzulässig erachtet.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 30.11.2015. Diese vertritt die Ansicht, dass der amtliche Aufteilungsplan nur die Abgrenzung von Sondereigentum zum Gemeinschaftseigentum sicherzustellen habe. Darum gehe es hier nicht; vielmehr gehe es darum, am Gemeinschaftseigentum Sondernutzungsrechte zu

begründen. Das Objekt stehe weiterhin im Alleineigentum des aufteilenden Eigentümers; im Verhältnis zu den bisherigen Käufern und Vormerkungsberechtigten sei der Eigentümer zu Änderungen der Gemeinschaftsordnung berechtigt und bevollmächtigt. Es müsse möglich sein, bestehende bauliche Anlagen des Gemeinschaftseigentums im Weg eines Sondernutzungsrechts zu erweitern.

Tatsächlich bestehe auch kein Widerspruch zwischen dem Sondernutzungsplan und dem Aufteilungsplan, da der amtliche Aufteilungsplan keine bindende Aussage zur Abgrenzung der bebauten von den nicht bebauten Teilen des Gemeinschaftseigentums treffe.

Hilfsweise wird darauf hingewiesen, dass das Grundbuchamt vor Zurückweisung im Rahmen einer Zwischenverfügung die Vorlage eines geänderten Aufteilungsplans mit Abgeschlossenheitsbescheinigung hätte aufgeben müssen.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 11 Abs. 1 RPfLG, § 71 Abs. 1 und § 73 GBO zulässige Beschwerde gegen die versagte Eintragung hat Erfolg. Der Eintragung des Nachtrags zur Teilungserklärung stehen nicht die vom Grundbuchamt angeführten Gründe entgegen.

1. Die Sondernutzungsrechte lassen sich entsprechend der Planbeilage den einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten widerspruchsfrei zuordnen. Auf Abweichungen vom Aufteilungsplan kommt es im gegebenen Fall nicht an. Ob und in welcher Weise dieser dem tatsächlichen Bauzustand anzupassen wäre, bedarf keiner Klärung.

a) Ein Sondernutzungsrecht ist das durch Vereinbarung begründete Recht eines Wohnungs- oder Teileigentümers, abweichend von der Regel des § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG Teile des Gemeinschaftseigentums unter Ausschluss der übrigen Eigentümer allein zu benutzen (BGH vom 10.5.2012, V ZB 279/11, juris Rdnr. 11; NJW 1979, 548; *Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 29). Soll es als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen werden, muss der Gegenstand des Sondernutzungsrechts wegen des Bestimmtheitsgebots zweifelsfrei bezeichnet sein (BGH, MDR 2012, 702). Dabei genügt es, dass der Ausübungsbereich unter Heranziehung der örtlichen Verhältnisse (vgl. BayObLGZ 1985, 204, 207; *Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 13 Rdnr. 42) bestimmbar ist; zur Bezeichnung der betroffenen (Grundstücks-)Fläche kann dann auf einen Plan Bezug genommen werden. Dies muss nicht der Aufteilungsplan sein; das ergibt sich schon aus dessen eingeschränkter Zweckbestimmung (siehe § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG), welche die Darstellung von Sondernutzungsflächen nicht umfasst (BayObLG, DNotZ 1994, 244, 245; OLG Hamburg, OLGZ 1990, 308, 313; OLG Hamm, NZM 2000, 659, 660).

b) In diesem Sinne ist es unbedenklich, wenn der für die Sondernutzungsrechtszuweisung der Kellerräume verwendete Plan nicht der amtliche Aufteilungsplan ist. Der dem Nachtrag vom 24.9.2015 beigefügte Plan weist für sich auch hinreichende Bestimmtheit auf, weil er für die Ebene des Kellergeschosses vermessene und untereinander abgegrenzte Flächen darstellt, die sich in natura feststellen und eindeutig einem bestimmten Wohnungs- oder Teileigentum zuordnen lassen. Das gilt namentlich auch für die mit „Abst. 6“ bezeichnete und vermaßte Fläche, auch wenn sie sich abweichend vom Aufteilungsplan außerhalb der dort ausgewiesenen Außenmauern befindet und nun als von neuen Außenmauern umfasst dargestellt ist. Dass mit der Einbeziehung dieser Fläche in den Zuordnungsbereich des teilenden Eigentümers das Recht des Erwerbers verbunden sein könnte,

das Bauwerk zu erweitern, ist fernliegend und wird auch mitnichten vorgetragen. Denn Inhalt des Sondernutzungsrechts war und ist ersichtlich die (bloße) Nutzung eines Teils eines Bauwerks im vorgegebenen Umfang als (Keller-)Abstellfläche.

c) Die Bestimmtheit wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Plan für die Zuweisung des Sondernutzungsrechts am Keller vom Aufteilungsplan abweicht. Unabhängig davon, ob das Gebäude nun so errichtet wurde oder erst noch errichtet werden soll, wie dies im verwendeten Kellergeschossplan ausgewiesen ist, lässt sich der Raum und seine flächenmäßige Begrenzung hinreichend fixiert und eindeutig bestimmen.

Der Widerspruch zum Aufteilungsplan ist insoweit nicht erheblich. Dieser hat eine andere Zweckbestimmung, die es damit auch nicht ausschließt, dass an einer dort als unbebaut ausgewiesenen Fläche durch bauliche Änderungen ein Sondernutzungsrecht in der beschriebenen Art begründet werden kann. Soweit teilweise vertreten wird, der Aufteilungsplan treffe auch die Standortbestimmung des Gebäudes selbst (OLG Hamm, Rpfleger 1976, 317, 319; offen gelassen in BayObLG, Rpfleger 1993, 398, 399), trifft das jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu (Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 8; Demharter, Rpfleger 1983, 133, 135). Deshalb ist es auch nicht ausgeschlossen, im Bereich der nach dem Aufteilungsplan unbebauten Grundstücksfläche ein Sondernutzungsrecht der beschriebenen Art, welches an dieser Stelle zwingend ein unterirdisches Bauwerk voraussetzt, zu begründen, ohne dass es eine Rolle spielt, dass die betroffene Räumlichkeit aufteilungsplanwidrig erstellt ist oder wird.

d) Die dem Aufteilungsplan zugewiesene Abgrenzung von Sondereigentum untereinander und zum Gemeinschaftseigentum ist nicht betroffen. Auch durch die Einbeziehung der Fläche in den Kellerbereich des Gebäudes bleibt diese eine Gemeinschaftsfläche. Stand sie nach dem Aufteilungsplan als Fläche außerhalb des Gebäudes im Gemeinschaftseigentum (§ 1 Abs. 5 WEG, § 905 Satz 1 BGB), so erfährt deren rechtliche Zuordnung durch die Einbeziehung in das Gebäude hier keine Veränderung (ebenso für die Außenmauer: § 5 Abs. 2 WEG; Elzer/Schneider in Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 104; siehe auch OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 21). Der dadurch geschaffene, nicht einem Sondereigentum zugeordnete (Keller-)Raum kann als Gemeinschaftseigentum grundsätzlich einem Wohnungseigentum zur Sondernutzung zugewiesen und dadurch zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden.

2. Mit der Erweiterung des Kellergeschosses verbunden ist die Ausweitung der für die Abstellräume im Keller ursprünglich vorgesehenen Flächen, deren Zuordnung sich der teilende Eigentümer in der Gemeinschaftsordnung vorbehalten hat. Dies erfordert als Eingriff in dort für die Zuordnung nicht vorbehaltenes Gemeinschaftseigentum eine entsprechende Vollmacht des Bauträgers für die vormerkungsberechtigten Käufer und sonst dinglich Berechtigten. In dem Bauträgervertrag für die Wohnung Nr. 1 – andere liegen dem Senat nicht vor – findet sich eine entsprechende, nach außen hin – gegenüber dem Grundbuchamt – unbeschränkte, nicht offensichtlich unwirksame (BayObLG, OLG-Report 2003, 149) Abänderungsvollmacht (§ 11 Nr. 2a) mit internen Bindungen („... soweit das Vertragsobjekt nicht wesentlich nachteilig berührt wird und dessen jeweiligem Eigentümer keine wesentlichen zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden ...“), die nicht offensichtlich überschritten sind (siehe dazu Senat vom 20.2.2013, 34 Wx 439/12, FGPrax 2013,

111). Allerdings ist die Änderung auch für inzwischen eingetragene Grundpfandgläubiger – mit Ausnahme derjenigen, zu deren Pfandobjekt der Raum „Abst. 6“ gehört – zustimmungspflichtig, weil die Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG nicht greift. Denn es wird ein Sondernutzungsrecht (an der ausgekragten Kellerfläche) begründet und damit ein Teil des Gemeinschaftseigentums entzogen, ohne dass hierbei gleichzeitig die je damit belasteten Wohnungseigentumsrechte selbst mit einem Sondernutzungsrecht verbunden werden.

Das Grundbuchamt wird sich mit diesen bislang nicht geprüften Eintragungsvoraussetzungen anhand der einzelnen Wohnungsrundbücher nun zu befassen haben.

(...)

3. BGB §§ 1020, 1021 (*Wechselseitiger Verzicht auf Unterhaltungspflicht als im Grundbuch einzutragender dinglicher Inhalt einer Dienstbarkeit*)

Ein wechselseitiger Verzicht auf eine Unterhaltungspflicht im Verhältnis zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Grundstückseigentümer kann nicht als dinglicher Inhalt einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Das AG hat die Eintragungsanträge im Hinblick auf die für beide Dienstbarkeiten als Rechtsinhalt vorgesehenen wechselseitigen Verzichte auf Unterhaltungs- und Erhaltungsansprüche im Ergebnis zu Recht beanstandet. Dabei bedarf die Frage, ob und inwieweit neben den § 1020 Satz 2, §§ 1021, 1022 BGB „dingliche“ Vereinbarungen über Instandsetzungspflichten im weitesten Sinne zulässig und eintragungsfähig sind (zum Meinungsstand in dieser höchst streitigen Frage vgl. *Staudinger/Mayer*, Stand 2009, § 1018 Rdnr. 142 ff.), keiner Entscheidung. Denn die vorliegende Vereinbarung kann als dinglicher Rechtsinhalt schon deshalb nicht eingetragen werden, weil sie keinen greifbaren rechtlichen Inhalt hat.

Die Vereinbarung, dass keine Unterhaltungspflicht nach § 1021 BGB besteht, ist inhaltsleer, da eine Verpflichtung nach § 1021 BGB nur bestehen kann, wenn eine solche positiv vereinbart wird. Von daher geht die Eintragungsbewilligung möglicherweise von einem falschen Verständnis des Verhältnisses zwischen § 1021 BGB einerseits und § 1020 Satz 2 BGB andererseits aus. Gesetzliche Leistungspflichten im Rahmen des sog. Begleitschuldverhältnisses einer Dienstbarkeit werden nur durch § 1020 Satz 2 BGB und grundsätzlich nur für den Dienstbarkeitsberechtigten begründet. Diese Verpflichtung beschränkt sich auf das Integritätsinteresse des Eigentümers hinsichtlich seines Grundeigentums und umfasst von daher lediglich Maßnahmen zur Vermeidung von Beeinträchtigungen, die Wahrung der Verkehrssicherungspflicht sowie gegebenenfalls die Erhaltung eines optisch einwandfreien Zustands der Anlage (vgl. BGHZ 161, 115 ff.). Den Eigentümer treffen in diesem Zusammenhang auch dann keine primären Unterhaltungspflichten im weiteren Sinne gegenüber dem Berechtigten, wenn er zur Mitbenutzung

der Anlage berechtigt ist. Vielmehr wird sein Anspruch aus § 1020 Satz 2 BGB in diesem Fall umfangs-, in der Regel also kostenmäßig auf den Nutzungsanteil des Dienstbarkeitsberechtigten beschränkt (BGH, a. a. O.).

Eine reine Vereinbarung über einen Ausschluss jeglicher Unterhaltungspflicht könnte danach im Ausgangspunkt nur im Anwendungsbereich des § 1020 Satz 2 BGB eintragungsfähig sein, also als Verzicht der Grundstückseigentümer auf eine ihrem Integritätsinteresse Rechnung tragende Unterhaltungspflicht. Nicht eintragungsfähig ist demgegenüber ein Verzicht der Dienstbarkeitsberechtigten auf eine Unterhaltungspflicht der Grundstückseigentümer, weil diese ohnehin nach § 1021 Satz 1 BGB nur besteht, wenn sie positiv gesondert vereinbart ist. Der Rechtsinhalt des gesetzlichen (Begleit-)Schuldverhältnisses zur Dienstbarkeit, der sich ohnehin bereits aus der gesetzlichen Vorschrift ergibt, kann nicht Gegenstand einer Vereinbarung der Beteiligten sein, die im Wege der Bezugnahme (§ 874 BGB) erneut als Inhalt des dinglichen Rechts im Grundbuch eingetragen wird. Die Beteiligten werden zu erwägen haben, ob eine solche notwendig einseitige Verzichtvereinbarung überhaupt ihren Vorstellungen entspricht. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass die dem Integritätsinteresse der Grundstückseigentümer Rechnung tragende Unterhaltungspflicht – wie bereits ausgeführt – auch die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung des Luftschutzzollens umfasst. Bei einer Mitbenutzung durch die Grundstückseigentümer trifft diese Pflicht im Außenverhältnis gegenüber Dritten sowohl diese als auch die Dienstbarkeitsberechtigten. Nach dem gegenwärtigen Sachstand erscheint dem Senat zweifelhaft, ob die Grundstückseigentümer in ihrem Innenverhältnis zu den Dienstbarkeitsberechtigten durch einen Erlass der Rechte nach § 1020 Satz 2 BGB auch auf deren Beteiligung an erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung der Verkehrssicherungspflicht verzichten, die Grundstückseigentümer diese also im wirtschaftlichen Ergebnis allein übernehmen wollen.

Anmerkung:

1. Der Beschluss des OLG schweigt sich über den entschiedenen Sachverhalt weitestgehend aus. Es geht wohl um zur Benutzung eines Luftschutzzollens berechtigende Dienstbarkeit(en). Konzentrieren wir uns deshalb auf die ohnehin recht allgemein gehaltenen Rechtsaufführungen in den Beschlussgründen.

2. Zunächst „zur Auffrischung“: Umfasst eine (Grund- oder beschränkte persönliche) Dienstbarkeit das Recht zur Nutzung einer Anlage auf dem mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstück, dann gehören gemäß §§ 1020 bis 1022 BGB zum Dienstbarkeitsinhalt auch Pflichten zur Unterhaltung der Anlage.¹ „Unterhaltung“ im gesetzlichen Sinne ist auch die Einhaltung der Verkehrssicherungspflicht.² Darf nur der Dienstbarkeitsberechtigte (nicht auch der Dienstbarkeitsverpflichtete = Eigentümer des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks) die Anlage nutzen, so hat auch nur er für ihre Verkehrssicherheit zu sorgen. Dies ergibt sich aus § 1020 Satz 2 BGB, der gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB dahin abbedungen werden kann, dass der Dienstbarkeitsverpflichtete zum Unterhalt der Anlage verpflichtet ist. Ist der Dienstbarkeitsverpflichtete berechtigt, die Anlage neben dem Berechtigten zu nutzen, so sind von Gesetzes wegen beide unterhaltungs- und damit auch verkehrssicherungspflichtig. Dies hat

der BGH (erst) 2004 so entschieden.³ Die bis dahin herrschende Meinung sah bei beiderseitigen Nutzungsrechten weder den Dienstbarkeitsberechtigten noch den Verpflichteten in einer Unterhaltungspflicht gegenüber dem jeweils anderen. Sie überließ den Unterhalt der Anlage samt Verkehrssicherungspflichten damit dem „freien Spiel der Kräfte“.⁴ Durch entsprechende Vereinbarung gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB kann für den Mitbenutzungsfall dem Dienstbarkeitsberechtigten oder -verpflichteten die Unterhaltungspflicht je allein auferlegt werden.⁵ Von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vereinbarungen sind jeweils als Teil des Dienstbarkeitsinhalts im Grundbuch einzutragen, regelmäßig durch Bezugnahme gemäß § 874 BGB.⁶

3. Die Ausführungen des OLG Hamm scheinen sich in diesem anerkannten gesetzlichen Bezugsrahmen zu halten. Gleichwohl bin ich mir nicht sicher, ob sie zutreffend sind, ohne dies aber, vgl. Ziffer 1. meiner Anmerkung, abschließend beurteilen zu können.

Das OLG Hamm sieht in seinem Beschluss für den Mitbenutzungsfall weiterhin lediglich den Dienstbarkeitsberechtigten in einer genuinen Unterhaltungspflicht. Es kürzt diese Pflicht lediglich kostenmäßig um den Anteil, zu dem der Eigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks die Anlage ebenfalls nutzen darf, erlegt diesem selbst aber keine eigenen Unterhaltungspflichten gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten auf. Das vom OLG Hamm dafür angeführte („vgl.“), bereits oben zitierte Urteil des BGH⁷ ist nach meinem Dafürhalten aber gerade im Gegenteil so zu verstehen, dass von Gesetzes wegen und vorbehaltlich abweichender Vereinbarung beide zur Anlagennutzung Berechtigte unterhaltungspflichtig sind. Dies hat vor allem bei der zur Unterhaltungspflicht gehörenden Verkehrssicherungspflicht Bedeutung, da von deren Verletzung auch und gerade Dritte betroffen sein werden. Im Lichte der Entscheidung des BGH hat ein Verzicht des Dienstbarkeitsberechtigten auf Unterhaltungspflichten des zur Mitbenutzung der Anlage berechtigten Eigentümers des dienenden Grundstücks damit durchaus einen „greifbaren Rechtsinhalt“. Dieser kann (und muss, wenn gewollt) auch als zum Inhalt der Dienstbarkeit gehörend zwischen den Beteiligten vereinbart werden, da er im Ergebnis § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB ausfüllt. Der Verzicht führt dazu, dass der Dienstbarkeitsberechtigte im Verhältnis zum -verpflichteten die durch das Halten der Anlage begründeten Verkehrssicherungspflichten allein zu erfüllen hat. Verzichtet „im gleichen Atemzug“ auch der Eigentümer des dienenden Grundstücks auf eine seinem Integritätsinteresse Rechnung tragende Unterhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten, ist dies von § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB gedeckt und sind wir dort angelangt, wo die herrschende Meinung vor dem nun schon mehrfach zitierten Urteil des BGH⁸ war.

Aus Sicht des OLG Hamm spiegelte der Dienstbarkeitsinhalt hinsichtlich der Unterhaltungspflichten dagegen nur das gesetzliche Regelstatut wider. Mir leuchtet nicht recht ein, warum ihre Eintragung dann abgelehnt wurde, zumal laut

³ BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*.

⁴ *Amann*, DNotZ 2005, 621.

⁵ *Lemke/Böttcher*, Immobilienrecht, §§ 1020-1022 BGB Rdnr. 10.

⁶ *Lemke/Böttcher*, Immobilienrecht, §§ 1020-1022 BGB Rdnr. 8.

⁷ BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*.

⁸ BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*.

¹ MünchKommBGB/*Joost*, 6. Aufl. 2013, § 1021 Rdnr. 1.

² BayObLG, Beschluss vom 17.1.1990, BReg. 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257.

BGH⁹ nur „im Zweifel“ von einer je hälftigen Pflicht zum Anlagenunterhalt samt Verkehrssicherung auszugehen ist, die nur durch entsprechende Vereinbarung zu zerstreuen sind. Meines Erachtens muss es für die Eintragbarkeit der Dienstbarkeit an sich ohne Bedeutung sein, ob sich der Urkundeninhalt über die Geltung gesetzlicher Unterhaltungspflichten ausschweigt oder vermerkt wird, dass die gesetzlichen Unterhaltungsbestimmungen gelten, oder ob diese – für den Laien transparenter – ausformuliert werden.¹⁰ Das OLG Hamm befindet sich mit seiner Aussage, wonach gesetzeswiederholende Vereinbarungen im Grundbuch nicht eintragbar sind,¹¹ jedoch in so guter Gesellschaft,¹² dass dem Praktiker nur empfohlen werden kann, es bei einem Vermerk über die Geltung der gesetzlichen Bestimmungen zu belassen (und diese als Teil des Vermerks gegebenenfalls möglichst wortlautgetreu wiederzugeben: „Für die Unterhaltungspflichten hinsichtlich der Anlage gelten die gesetzlichen Bestimmungen, wonach ...“).

Bemerkenswert scheint mir schließlich der erhobene Zeigefinger, mit dem das OLG Hamm den Beteiligten vorzuschreiben scheint, was sie zu erwägen haben. Nicht selten haben Dienstbarkeiten ihren Rechtsgrund in schuldrechtlichen Vereinbarungen,¹³ die sowohl dem die Dienstbarkeitsurkunde erstellenden Notar als auch dem Grundbuchamt verborgen bleiben, weil sie im Grundbuchverfahren keine Rolle spielen. Grundbucheklärungen sind nach ständiger Rechtsprechung generell nur anhand der Eintragungsunterlagen und damit nur eingeschränkt auslegungsfähig.¹⁴ Die Zweifel des OLG Hamm am wirtschaftlich Gewollten sind pure Spekulation und nicht im Grundbuchverfahren auszuräumen. Dabei scheinen mir, um mich an Spekulationen zu beteiligen, im konkreten Fall angesichts der Wechselseitigkeit des Verzichts, die das OLG in seinem Leitsatz beschwört, noch nicht einmal diese Zweifel überzeugend.

Notar Dipl.-Kfm. Dr. Jörg Munzig, Neu-Ulm

⁹ BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. Amann.

¹⁰ Vgl. etwa *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1113, wo ebenfalls lediglich die gesetzliche Regelung wiedergegeben wird: „Die Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflicht für den Überfahrtsweg obliegt den Eigentümern des berechtigten und des belasteten Grundstücks zu gleichen Teilen.“

¹¹ MünchKommBGB/Joost, 6. Aufl. 2013, § 1018 Rdnr. 49.

¹² BayObLG, Beschluss vom 9.7.1965, BReg. 2 Z 20/65, BayObLGZ 1965, 267, 272.

¹³ Amann, DNotZ 1986, 578, 585.

¹⁴ OLG München, Beschluss vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14, FGPrax 2014, 244; BGH, Beschluss vom 13.6.2013, V ZB 94/12, ZWE 2013, 402.

4. BGB §§ 1094, 1097; GBO §§ 19, 22 (*Anforderungen an Unrichtigkeitsnachweis bei Umgehungsverdacht*)

1. **Zum Unrichtigkeitsnachweis bei eingetragendem Vorkaufsrecht für einen Verkaufsfall.**
2. **Kann wegen auf Tatsachen begründeter Umstände derzeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit die Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass die nicht durch Kaufvertrag erfolgte Übertragung der Eigentümerstellung den Teilakt eines zeitlich gestreckten Umgehungsgeschäfts darstellt, welches nach der erstrebten Löschung des Vorkaufsrechts im Grund-**

buch auf der Grundlage erst dann abzuschließender Rechtsgeschäfte vollendet werden soll, so hat eine Löschung ohne Bewilligung des Vorkaufsberechtigten zu unterbleiben.

OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15

Die Beteiligten zu 1, 5 und 6 sind Geschwister. Deren Vater teilte bereits zu Lebzeiten sein Immobilienvermögen im Weg der vorweggenommenen Erbfolge unter seinen Kindern auf. In diesem Zusammenhang übertrug er zunächst die im Grundbuch gebuchten Flurstücke .../1 und .../2 gemäß notariellem Schenkungsvertrag vom 15.10.1982 auf den Beteiligten zu 6. Der Eigentumsübergang wurde am 27.12.1982 im Grundbuch vollzogen.

Nachfolgend kamen die Familienmitglieder überein, die Aufteilung gemäß notariellem Vertrag vom 17.5.1988 zu ändern. Im Tausch gegen ein gleichwertiges Grundstück übertrug der Beteiligte zu 6 das Eigentum am oben genannten Grundbesitz auf den Vater zurück. Gleichzeitig veräußerte der Beteiligte zu 5 ein Grundstück entgeltlich an den Vater. Dieser übertrug die von den Beteiligten zu 5 und 6 zurückerlangten Grundstücke im Tausch gegen ein gleichwertiges Grundstück auf den Beteiligten zu 1. Das vom Beteiligten zu 1 im Austausch erworbene Grundstück wiederum veräußerte der Vater an den Beteiligten zu 5 unter Verrechnung der wechselseitigen Kaufpreisansprüche und zinsloser Stundung der Restforderung.

Unter Ziffer VI der Urkunde vom 17.5.1988 (nebst klarstellender Erklärung vom 9.5.1990) bewilligten die Vertragsparteien die Eintragung eines vererblichen Vorkaufsrechts für ... (den Beteiligten zu 5) und ... (den Beteiligten zu 6) als Gesamtberechtigte nach § 513 BGB im Grundbuch von ... Blatt

Sie stellten klar, dass die Vereinbarung, wonach die Vorkaufsberechtigten bei Ausübung des Vorkaufsrechts nicht mehr als das 6-fache des jetzigen Einheitswertes zu zahlen brauchen, lediglich schuldrechtlichen Charakter habe.

Im Grundbuch wurden am 13.6.1990 der Eigentumsübergang auf den Beteiligten zu 1 vollzogen und das Vorkaufsrecht zugunsten der Beteiligten zu 5 und 6 eingetragen.

Mit notariellem Überlassungsvertrag vom 16.10.2014 übertrug der Beteiligte zu 1 das Eigentum an dem Grundbesitz auf seine beiden Kinder, die Beteiligten zu 3 und 4, zu je hälftigem Miteigentum bei gleichzeitiger Bestellung eines lebenslangen Nießbrauchs zugunsten des Beteiligten zu 1 sowie seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 2. Die vertragliche Bestimmung (Ziffer III der Urkunde) lautet wie folgt:

„Nießbrauch, Schenkung

1. Herr ... (Beteiligter zu 1) behält sich auf seine Lebensdauer einen Nießbrauch an allen Vertragsgegenständen vor, kraft dessen Nutzungen und Lasten grundsätzlich bei ihm verbleiben.

Für diesen Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen mit folgenden Besonderheiten:

- a) Der Berechtigte schuldet bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt.
- b) Der Berechtigte hat für die Dauer des Nießbrauchs alle Lasten der Nießbrauchsgegenstände zu tragen, (...)

2. Für die Zeit ab Erlöschen des in Abs. 1. bestellten Nießbrauchs erhält Frau ... (Beteiligte zu 2) auf ihre Lebensdauer einen Nießbrauch, der denselben Inhalt hat wie der in Abs. 1. vorbehaltene Nießbrauch.

3. Im Übrigen erhalten die ... (Beteiligten zu 3 und 4) die heutige Zuwendung als Schenkung, deren Wert die Beteiligten nicht beziffern möchten und die sie sich auch nicht auf ihren gesetzlichen Pflichtteil gegenüber ihrem Vater anrechnen lassen müssen.“

Unter Ziffer XI vereinbarten die Vertragsparteien eine bedingte Rückübereignungspflicht folgenden Inhalts:

- „1. Der Veräußerer kann die Rückübereignung eines heute überlassenen Miteigentumsanteils ganz oder teilweise verlangen, wenn zu Lebzeiten der Eltern oder eines Elternteils der heutigen Erwerber eine der folgenden Voraussetzungen eintritt:

a) Der betreffende Miteigentumsanteil ist ganz oder teilweise durch Rechtsgeschäft, Erbfolge oder in anderer Weise auf andere Personen übergegangen als den Erwerber des betreffenden Miteigentumsanteils oder den Erwerber des anderen Miteigentumsanteils.

b) Der Inhaber des betreffenden Miteigentumsanteils hat rechtsgeschäftlich eine Übereignungspflicht im Sinne des Buchst. a) begründet.

c) Der überlassene Miteigentumsanteil ist ganz oder teilweise oder einzeln in ein Insolvenzverfahren geraten oder länger als drei Monate von einem Zwangsvollstreckungsverfahren betroffen.

d) Der Wert des heute überlassenen Miteigentumsanteils wird in einen Zugewinnausgleich oder einen ähnlichen Ausgleich einbezogen.

4. Der Veräußerer tritt hiermit den Rückübereignungsanspruch mit Wirkung ab seinem Tod an seinen überlebenden Ehegatten ab; dieser kann Rückübereignung an sich allein gemäß den in Abs. 2. festgelegten Bestimmungen verlangen.“

Zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs bewilligten die Vertragsparteien die Eintragung einer Vormerkung an jedem überlassenen Miteigentumsanteil.

Unter Vorlage der Urkunde beantragte der Notar unter dem 5.11.2014, neben der inzwischen vollzogenen Eintragung des Eigentumsübergangs, der Nießbrauchsrechte und der Rückkauflassungsvormerkungen, auch die Löschung des im Grundbuch zugunsten der Beteiligten zu 5 und 6 eingetragenen Vorkaufsrechts wegen Gegenstandslosigkeit.

Das Grundbuchamt hat die Vorkaufsberechtigten zum Lösungsantrag angehört. Der Beteiligte zu 5 ist der Löschung entgegen getreten. Das Vorkaufsrecht sei zu seinen und des Beteiligten zu 6 Gunsten zur Erzielung einer gleichmäßigen Vermögensverteilung unter den drei Geschwistern bestellt worden. Vor diesem Hintergrund erstrecke sich das Vorkaufsrecht auch auf eine Übertragung, die mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an die gesetzlichen Erben vorgenommen werde. Außerdem liege hier ausweislich der Konditionen des Überlassungsvertrags entgegen seiner Bezeichnung als Schenkung eine entgeltliche Übertragung vor. Im Übrigen sei trotz formaler Eigentumsübertragung die alleinige wirtschaftliche Einflussnahmemöglichkeit beim Beteiligten zu 1 verblieben; die Befugnisse der Beteiligten zu 3 und 4 entsprächen hingegen nicht denjenigen eines Eigentümers. Angesichts dieser Umstände verfolge der Vertrag den Zweck, in rechtswidriger Weise das Vorkaufsrecht der Begünstigten zu vereiteln.

Mit Zwischenverfügung vom 17.3.2015 hat das Grundbuchamt dem Beteiligten zu 1 unter Fristsetzung bis 17.4.2015 aufgegeben, Löschungsbewilligungen der Berechtigten – andernfalls Erklärungen der Beteiligten zu 3 und 4 betreffend die Belastungsübernahme – vorzulegen. Zwar sei das Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall bestellt und erlösche deshalb, wenn das belastete Grundstück auf anderem Weg als durch Verkauf auf einen Sonderrechtsnachfolger übertragen werde. Auch sei die Überlassung als Schenkung bezeichnet. Jedoch seien erhebliche Gegenleistungen vereinbart. Inwieweit die Übertragung einem Kauf gleichkomme mit der Folge, dass das Vorkaufsrecht nicht erloschen sei, könne nicht abschließend beurteilt werden. Deshalb bedürfe es zur Löschung entsprechender Bewilligungen der Berechtigten.

Mit Beschwerde vom 23.3.2015 wendet sich der Beteiligte zu 1 gegen die Zwischenverfügung. Er beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, die beantragte Löschung des Vorkaufsrechts zu vollziehen. Spätestens infolge der Eintragung des Eigentumsübergangs auf die Beteiligten zu 3 und 4 als Sonderrechtsnachfolger sei das Vorkaufsrecht erloschen und das Grundbuch deshalb unrichtig geworden. Die vertraglichen Auflagen würden nicht über die üblichen Regelungen bei vorweggenommener Erbfolge hinausgehen und stellten sich deshalb weder als Entgelt noch als Ausdruck einer Vereitelungsabsicht dar. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit komme es auf diese Gesichtspunkte für die Frage, ob das Vorkaufsrecht erloschen sei, ohnehin nicht an. Außerdem stelle sich die Frage, ob das Recht wegen inhaltlicher Unrichtigkeit von Amts wegen zu löschen sei, weil ein dingliches Vorkaufsrecht mit Preislimitierung gegen zwingendes Recht verstoße.

Der Beteiligte zu 5 beantragt die Zurückweisung der Beschwerde. Die für den Fall des Weiterverkaufs vereinbarte und durch Vormer-

kung abgesicherte Rückübereignungspflicht habe zur Konsequenz, dass bei einer künftigen Veräußerung des Grundbesitzes der Vorkaufsverpflichtete nach Rückübereignung in den Genuss des vollen Gegenwerts der Immobilie gelange und die ursprünglich zugunsten der Vorkaufsberechtigten vereinbarte Einbuße nicht zu tragen habe.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1, § 73 Abs. 1 und 2 sowie § 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung hat mit ihrem Hauptziel keinen Erfolg, denn die beantragte Löschung der Vorkaufsberechtigung darf mangels Unrichtigkeitsnachweises im gegenwärtigen Stadium nicht vorgenommen werden. Die mit der Zwischenverfügung aufgegebene Vorlage einer Übernahmeerklärung der Beteiligten zu 3 und 4 für den Fall, dass Löschungsbewilligungen der Vorkaufsberechtigten nicht beigebracht werden, kann jedoch keinen Bestand haben. Insoweit ist die Zwischenverfügung aufzuheben.

1. Obwohl der Beschwerdeführer geltend macht, der beantragte Grundbucheintrag sei gegenstandslos geworden (§ 84 GBO), handelt es sich bei seinem Begehren in der Sache um einen Antrag auf Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO).

Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung – auch die Eintragung einer Löschung (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 3) –, wenn der von der Eintragung Betroffene sie bewilligt. Liegt eine Bewilligung nicht vor, so ist eine berichtigende Eintragung im Grundbuch nur möglich, wenn die Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Der Antragsteller muss – in der Form des § 29 GBO – lückenlos ausräumen, was der begehrten berichtigenden Eintragung, hier also der begehrten Löschung des zugunsten der Beteiligten zu 5 und 6 als Gesamtberechtigten eingetragenen Vorkaufsrechts, entgegenstehen könnte. Freilich brauchen ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten nicht ausgeräumt zu werden (BayObLG, Beschluss vom 7.4.1988, BRG. 2 Z 60/87, BayObLGZ 1988, 102, 107; Beschluss vom 14.12.1995, 2 Z BR 127/95, 1995, 413, 416). Keiner Nachweisführung bedarf es dann, wenn sich die materielle Unrichtigkeit aus der Eintragung im Grundbuch selbst – einschließlich zulässiger Bezugnahmen (vgl. § 874 BGB) – ergibt. Auch was offenkundig ist, braucht nicht bewiesen zu werden (vgl. *Demharter*, § 22 Rdnr. 37; *Hügel/Holzer*, GBO, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 59, 61).

Nach diesen Maßstäben ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nachgewiesen. Denn aus dem Inhalt des Grundbuchs und dem Inhalt der in Bezug genommenen Bewilligungsurkunden ergibt sich nicht zuverlässig, dass „causa des Eigentumsübergangs“ auf die Beteiligten zu 3 und 4 (siehe *Kohler in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 225) eine Vereinbarung ist, welche das materielle Erlöschen des Vorkaufsrechts und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkte. Vielmehr lassen die aus der Grundakte bekannten Begleitumstände der Eigentumsübertragung Zweifel daran bestehen, dass mit der Übertragung der (formalen) Eigentümerstellung auf die Beteiligten zu 3 und 4 das Vorkaufsrecht in Fortfall geriet; denn der vom Beschwerdeführer geäußerte Verdacht, die Urkunde vom 16.10.2014 sei Teil eines – den Verkaufsfall auslösenden – Umgehungsgeschäfts, stützt sich auf konkrete Tatsachen. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs kann in dieser Situation mit der Urkunde allein nicht nachgewiesen werden. Hierzu ist Folgendes auszuführen:

2. Ein – wie hier – für einen Verkaufsfall bestelltes (dingliches) Vorkaufsrecht, § 1094 BGB, beschränkt sich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben, die im Weg der Gesamtrechtsnachfolge, § 1922 BGB, in die Eigentümerstellung hinsichtlich des Grundbesitzes nachgerückt sind, § 1097 Hs. 1 BGB. Da von der Möglichkeit, gemäß § 1097 Hs. 2 BGB ein Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Verkaufsfälle einzuräumen, kein Gebrauch gemacht wurde, steht den Beteiligten zu 5 und 6 nur ein Vorkaufsrecht gemäß obiger Beschränkung zu. Diese Beschränkung bewirkt, dass das Vorkaufsrecht erlischt, wenn das belastete Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf in das Eigentum eines Sonderrechtsnachfolgers des Verpflichteten übergeht (Senat, Beschluss vom 18.12.2009, 34 Wx 81/09 = Rpfleger 2010, 260; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, NJW-RR 2000, 94; *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl., § 1097 Rdnr. 5; *MünchKomm/Westermann*, BGB, 6. Aufl., § 1097 Rdnr. 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1432a; *Kohler in Bauer/von Oefele*, AT III Rdnr. 191 sowie § 22 Rdnr. 151).

Keinen Vorkaufsfall stellt nach der gesetzlichen Regelung des § 1098 Abs. 1, § 470 BGB ein mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht vorgenommener Verkauf an die gesetzlichen Erben dar. Die Eigentumsübertragung auf der Grundlage eines nach dieser Vorschrift privilegierten Rechtsgeschäfts führt deshalb grundsätzlich – wie die Nichtausübung eines für nur einen Verkaufsfall eingeräumten Vorkaufsrechts – zum Erlöschen desselben (OLG Düsseldorf, DNotZ 2002, 203; OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.4.1997, 8 W 681/96, Rpfleger 1997, 473; *Staudinger/Schermaier*, BGB, 2009, § 1097 Rdnr. 6; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1432a).

3. Ob ein den Verkaufsfall auslösender Kaufvertrag, § 1098 Abs. 1, § 463 BGB, abgeschlossen wurde, beurteilt sich allerdings nicht nach der Vertragsbezeichnung, sondern nach dem wirtschaftlichen Gehalt und Ergebnis der Vereinbarungen. Gaben der Vorkaufsverpflichtete und der Dritte ihrem Geschäft eine Gestalt, die eine Ausübung des Vorkaufsrechts durch Meidung eines formalen Kaufvertrags verhindern soll, obwohl nach materieller Betrachtungsweise und interessengerechtem Verständnis das Ergebnis einer kaufvertraglichen Veräußerung herbeigeführt werden soll, dann liegt eine Umgehung des Vorkaufsrechts vor (BGH, Urteil vom 11.10.1991, V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 340; Urteil vom 20.3.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, je m. w. N.; *Staudinger/Schermaier*, 2013, § 463 Rdnr. 27 ff. in Verbindung mit 2009, § 1097 Rdnr. 4; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., Vor § 1094 Rdnr. 8). Ein solchermaßen „verschleierter Kaufvertrag“ löst das Vorkaufsrecht dennoch aus (BGH, Urteil vom 11.10.1991, V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 342; OLG Nürnberg, Urteil vom 27.9.1990, 2 U 950/90, NJW-RR 1992, 461). Denn obgleich der Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf Eintritt des Verkaufsfalles hat, so gilt doch in dem zwischen ihm und dem Vorkaufsverpflichteten bestehenden Sonderrechtsverhältnis der Grundsatz von Treu und Glauben, §§ 162, 242 BGB. Nach diesem Grundsatz kann sich der Vorkaufsverpflichtete, der sich für den Fall eines Verkaufsentschlusses einer vertraglichen Bindung unterworfen hat, nicht auf eine rechtsgeschäftliche Gestaltung berufen, die ihren Grund in der Verhinderung der Vorkaufsrechtsausübung hat, wenn er in Wahrheit verkaufen will und dem Dritten in wirtschaftlicher Hinsicht die Stellung eines Eigentümers im Gegenzug für die versprochenen Zahlungen verschafft (BGH, Urteil vom 20.3.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, 2137; Versäumnisurteil vom 27.1.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354; *Schermaier*, AcP 196, 256, 264). Auf Sittenwidrigkeit (so noch

BGH, Urteil vom 11.12.1963, V ZR 41/62, NJW 1964, 540; *Kohler in Bauer/von Oefele*, AT III Rdnr. 144) kommt es dabei genauso wenig an wie auf eine subjektive Umgehungsabsicht (BGH, Urteil vom 20.3.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, 2138; *Schermaier*, AcP 196, 256, 266, 275). In diesen (Umgehungs-)Fällen erlischt das Vorkaufsrecht erst durch seine Nichtausübung.

Danach erscheint es nicht hinreichend sicher, dass das Vorkaufsrecht erloschen ist.

a) Zwar kann der Überlassungsvertrag vom 16.10.2014 nicht wegen der vereinbarten Konditionen als kaufähnlich angesehen werden. Ein Kaufvertrag ist geprägt vom Synallagma der Hauptleistungspflichten (vgl. § 433 Abs. 1 und 2 BGB; BGH, Urteil vom 20.3.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136, 2137 a. E.). Hier jedoch liegt nicht nur nach dem Wortlaut der getroffenen Vereinbarungen (Schenkung unter Vorbehalt des Nießbrauchs am Vertragsgegenstand), sondern auch nach dem Sinn und Zweck des Vertrags eine Rechtsübertragung vor, bei der der Übertragende von vornherein bestimmte Nutzungsziehungsrechte, nämlich die eines Nießbrauchers (§§ 1030 ff. BGB), an dem Grundstück weiterhin für sich beansprucht, sie also nicht mitüberträgt. Eine – einem Kaufpreis vergleichbare – „Gegenleistung“ für die Übertragung der Eigentümerstellung kann hierin regelmäßig nicht gesehen werden; einem entgeltlichen Erwerb steht der Erwerb unter Nutzungsaufgabe nicht ohne Weiteres gleich.

Entsprechendes gilt für die Vereinbarung des bedingten Rückkaufsrechts.

Die zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarten Rechte stellen sich als zulässige Vertragsgestaltung im Rahmen vorweggenommener Erbfolge dar. Die Regelungen sind für sich genommen unverdächtig und nicht geeignet, eine Umgehung wegen verschleierte Kaufs anzunehmen (vgl. auch BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03, NJW 2003, 3769 zur Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit).

Einen Vorkaufsfall hat die Übertragung auf die Beteiligten zu 3 und 4 mithin – unabhängig vom betragsmäßigen „Wert“ der zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 bestellten Rechte – nicht ausgelöst.

Deshalb kommt auch ein Erlöschen wegen unterlassener Ausübung des Vorkaufsrechts nicht in Betracht.

b) Jedoch derzeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit als ausgeräumt angesehen werden kann die Behauptung des Beteiligten zu 5, die Übertragung der Eigentümerstellung auf die Beteiligten zu 3 und 4 stelle den ersten Teilakt eines zeitlich gestreckten Umgehungsgeschäfts dar, welches nach der erstrebten Löschung des Vorkaufsrechts im Grundbuch auf der Grundlage erst dann abzuschließender Rechtsgeschäfte vollendet werden solle.

(1) Grundlage der Beurteilung, ob Vertragsgestaltungen einem Kaufvertrag nahezu gleichkommen und nach Treu und Glauben den Verkaufsfall auslösen, bildet die Gesamtheit der geschlossenen Vereinbarungen (BGH, Urteil vom 11.10.1991, V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 342; Versäumnisurteil vom 27.1.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1355). Dies gilt auch dann, wenn diese Vereinbarungen formal in getrennten Verträgen getroffen wurden.

Nichts anderes gilt, wenn mehrere Teilakte eines Umgehungsgeschäfts in einen zeitlich gestreckten Vorgang aufgespalten werden. Erst mit dem letzten Teilakt, der auch in einer Veräußerung durch die Beteiligten zu 3 und 4 liegen könnte (vgl. *Staudinger/Schermaier*, § 463 Rdnr. 53), ist dann das Umgehungsgeschäft vollendet. Ist in diesem Zeitpunkt der Vor-

kaufsverpflichtete (erneut) rechtlicher Eigentümer des Grundstücks oder kann er die rechtliche Eigentümerposition durch Rückwerb erlangen (siehe BGH, Versäumnisurteil vom 27.1.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1355), so kann dessen Vorkaufsverpflichtung – trotz der zwischenzeitlichen Auslagerung der (formalen) Eigentümerstellung auf Sonderrechtsnachfolger – als fortbestehend und (erst) mit dem letzten Teilakt des Umgehungsgeschäfts der Vorkaufsfälle als eingetreten anzusehen sein.

(2) Ernst zu nehmende Indizien dafür, dass in diesem Sinne die formale Rechtsstellung eines (Mit-)Eigentümers auf die Beteiligten zu 3 und 4 nur vorübergehend ausgelagert wurde, ergeben sich zwar nicht allein aus den vereinbarten Vertragsbedingungen, die – wie unter a) ausgeführt – grundsätzlich nicht verdächtig sind.

Jedoch bestehen Anhaltspunkte für die Behauptung des Beteiligten zu 5, mit der Übertragung (nur) der rechtlichen Eigentümerposition auf die Beteiligten zu 3 und 4 solle verhindert werden, dass der vorkaufsverpflichtete Beteiligte zu 1 bei einer künftigen Veräußerung der wirtschaftlich in seinem Vermögen verbleibenden Immobilie die Nachteile aus den mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbarten und für den Beteiligten zu 1 ungünstigen Konditionen des Vorkaufsrechts zu tragen habe. Der Beteiligte zu 5 hat einen Urkundsentwurf betreffend die Neubestellung eines Vorkaufsrechts vorgelegt. Danach haben die Beteiligten zu 3 und 4, vertreten jeweils durch den Beteiligten zu 1, den Beteiligten zu 5 und 6 ein schuldrechtliches und nicht vererbliches Vorkaufsrecht zu veränderten Bedingungen angeboten. Während im Ursprungsvertrag ein vererbliches Vorkaufsrecht eingeräumt und der Preis bei Ausübung auf den sechsfachen Einheitswert des Jahres 1988 limitiert war, was unter Zugrundelegung der im Vertrag vom 22.11.1982 gemachten Angaben einen Betrag von rund 215.000 € ergeben würde, soll nach den neuen Konditionen nur ein unvererbliches Vorkaufsrecht bestellt werden und der bei Ausübung zu zahlende Kaufpreis mit 350.000 € geschuldet sein.

Diese Umstände können indiziell die Behauptung des Beteiligten zu 5 stützen, der Beteiligte zu 1 gestalte zu seinen eigenen Gunsten und im eigenen wirtschaftlichen Interesse seine rechtliche Position, aus der heraus ihm eine wirtschaftliche Verwertung des Grundstücks unter Meidung der Nachteile möglich wird, die mit der nicht mehr als angemessen erachteten Preislimitierung verbunden sind. Angesichts dessen kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Beteiligte zu 1 mit dem vorliegenden Vertrag die Umgehung des Vorkaufsrechts bei einer erst nachfolgenden Verwertung des Grundbesitzes in einem ersten Teilschritt bereitet. Dann aber ist der Übertragungsvertrag in seinen Rechtswirkungen nicht isoliert, sondern in Zusammenschau mit etwaigen die Umgehung erst vollendenden Vereinbarungen zu würdigen. In dieser Situation besagt die formale Eigentümerposition der Beteiligten zu 3 und 4 mithin gegenwärtig nicht zuverlässig, dass das Vorkaufsrecht der Beteiligten zu 5 und 6 erloschen ist.

Im Hinblick darauf, dass der Beteiligte zu 1 letztlich nur die rechtliche Eigentümerstellung, das „nudum dominium“, auf die Beteiligten zu 3 und 4 übertragen hat, erscheint das Vorbringen des Beteiligten zu 5 jedenfalls schlüssig und geeignet, derzeit ernst zu nehmende Zweifel am Erlöschen des Vorkaufsrechts infolge der Singularrechtsnachfolge der Beteiligten zu 3 und 4 zu begründen.

Diese Zweifel gehen im Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO zulasten des Beteiligten zu 1, denn er hat eine – nicht ganz entfernt liegende oder bloß theoretische – Möglichkeit des Fortbestands des eingetragenen Rechts nicht ausgeräumt. Darauf, wie sich die Beweislast in einem über einen etwaigen

Berichtigungsanspruch (§ 894 BGB) geführten zivilprozessualen Erkenntnisverfahren verteilt, kommt es im Grundbuchverfahren nicht an (BayObLG, Beschluss vom 7.4.1988, BReg. 2 Z 60/87, DNotZ 1989, 166).

Die Klärung der Streitfrage, ob das Vorkaufsrecht schon erloschen und die Beteiligten zu 5 und 6 zur Abgabe einer Löschungsbewilligung verpflichtet sind, muss – gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit – diesem gerichtlichen Erkenntnisverfahren, § 899 BGB, vorbehalten bleiben (vgl. *Staudinger/Schermaier*, § 1097 Rdnr. 14).

4. Zweifel am wirksamen Zustandekommen des für die Beteiligten zu 5 und 6 als Gesamtberechtigte (vgl. *Kohler in Bauer/von Oefele*, AT Rdnr. III 134) eingetragenen dinglichen Vorkaufsrechts (§ 1094 Abs. 1, § 1103 Abs. 2 BGB) bestehen nicht. Die Preislimitierung ist nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart. Das dingliche Recht hat hierdurch keinen von § 1098 BGB abweichenden und deshalb unzulässigen Inhalt erhalten. Die gewählte rechtliche Gestaltung ist zulässig (Senat, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, FGPrax 2008, 11; RG, Entscheidung vom 25.2.1922, V 400/21, RGZ 104, 122, 123; vgl. *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl., § 1098 Rdnr. 1 m. w. N.).

5. Aus diesen Gründen bedarf es zur Löschung des gegenständlichen Vorkaufsrechts einer Bewilligungserklärung der Beteiligten zu 5 und 6, § 22 Abs. 1, § 19 GBO. Deren Vorlage kann mit Zwischenverfügung aufgegeben werden (Senat, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, RNotZ 2008, 226; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, NJW-RR 2000, 94).

6. Allerdings kann vom Beteiligten zu 1 nicht verlangt werden, Übernahmeerklärungen der Beteiligten zu 3 und 4 vorzulegen. Die Verpflichtung aus dem zugunsten der Beteiligten zu 5 und 6 bestellten Vorkaufsrecht wurde nicht auf die Beteiligten zu 3 und 4 übertragen. Das Vorkaufsrecht belastet nur den Beteiligten zu 1. Die derzeit fehlende Lösungsreife beruht darauf, dass es – wie dargestellt – nach materiellem Recht trotz Sonderrechtsnachfolge im Eigentum und Beschränkung des Vorkaufsrechts auf den ersten Verkaufsfälle möglicherweise nicht erloschen ist und Bewilligungen der Berechtigten nicht vorliegen. Gegenüber den Beteiligten zu 3 und 4 hat die Eintragung gemäß § 1098 Abs. 2 BGB die Wirkung einer Vormerkung, § 883 Abs. 2 und 3, § 888 BGB, zur Sicherung des durch eine künftige Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden und gegen den Beteiligten zu 1 gerichteten Eigentumsübertragungsanspruchs der Vorkaufsberechtigten, § 1098 Abs. 1, § 464 Abs. 2, § 433 Abs. 1 BGB.

Anmerkung:

Dank der Formstrenge des Grundbuchrechts bereitet die Frage, ob bestimmte Tatsachen dem Grundbuchamt hinreichend nachgewiesen sind, in den meisten Fällen keine größeren Probleme. Anders ist dies freilich, wenn eine Eintragung Umstände voraussetzt, die durch öffentliche Urkunden generell nicht nachweisbar sind, etwa wenn eine Eintragung davon abhängt, dass bestimmte Umstände gerade nicht vorliegen. Nicht das erste Mal beweist das OLG München im Auffinden solcher negativer Eintragungsvoraussetzungen und sich hieraus ergebender angeblicher Nachweislücken eine erstaunliche Kreativität.¹ Wie die vorliegende Entscheidung, in der

¹ Vgl. etwa für die Frage des „Nicht-Rücktritts“ von einem Erbvertrag: OLG München, Beschluss vom 3.11.2011, 34 Wx 272/11, MittBayNot 2012, 293 (mit abl. Anm. *S. Braun*) = RNotZ 2012, 128 (mit abl. Anm. *Tönnies*, RNotZ 2012, 326), anders allerdings nunmehr zutr. OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 92/14, ZEV 2015, 705.

es im Wesentlichen um die Voraussetzungen für die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts ging, zeigt, dient diese kreative Rechtsanwendung allerdings weder den Erfordernissen der Prozessökonomie noch der Rechtssicherheit. Sie folgt im hiesigen Fall auch keineswegs zwingend aus den gesetzlichen Vorgaben. Vielmehr vermag der Beschluss des OLG München weder im Ergebnis noch hinsichtlich der Qualität der Begründung zu überzeugen.

I. Problemstellung

Da die Begründung des Gerichts einen wohlmeinenden Leser zunächst annehmen lässt, er hätte womöglich den Sachverhalt nicht richtig verstanden, lohnt es sich, kurz die der Entscheidung zugrundeliegende Konstellation zu betrachten. Im Kern ging es um folgenden keineswegs außergewöhnlichen Fall: Ein Vater wollte Grundbesitz auf seine beiden Kinder übertragen. Diese Übertragung erfolgte unter Vorbehalt je eines Nießbrauchs zugunsten des Veräußerers und eines aufschiebend bedingten Nießbrauchs zugunsten der Ehefrau des Veräußerers. Zudem vereinbarten die Vertragsteile eine bedingte Rückübereignungspflicht, unter anderem für den Fall des Rechtsübergangs an Dritte oder der Insolvenz eines Erwerbers. So weit, so spektakulär.

Allerdings war der betreffende Grundbesitz im Grundbuch mit einem vererblichen Vorkaufsrecht zugunsten zweier Geschwister des Veräußerers belastet. Der Kaufpreis wurde dabei – aufgrund des (zunächst anscheinend übersehenen²) sachenrechtlichen Typenzwangs lediglich schuldrechtlich – auf das Sechsfache des bei Vorkaufrechtsbegründung maßgeblichen Einheitswerts begrenzt. Verständlicherweise wollten die Vertragsteile der Überlassung die Löschung dieses Rechts erreichen. Den Geschwistern wurde jedoch offenbar zur teilweisen Kompensation die Begründung eines nicht vererblichen schuldrechtlichen Vorkaufsrechts angeboten.

Angesichts der gesetzlichen Regelung schien die Lösung des Falles an sich einfach zu sein: Die Überlassung an die beiden Kinder des bisherigen Eigentümers stellt keinen Vorkaufsfall dar. Zum einen schon deshalb nicht, weil es sich um eine Schenkung unter Auflagen, also nicht um einen entgeltlichen Vorgang und damit nicht um einen Verkauf handelte; zum anderen auch deshalb nicht, weil die Erwerber zum Kreis der gesetzlichen Erben des Veräußerers zählten und sich deshalb das Vorkaufsrecht auf eine Veräußerung an diese mangels abweichender Vereinbarung nicht erstreckte (§ 1098 Abs. 1, § 470 BGB).³ Betrachtet man nun die Regelung des § 1097 BGB, wonach sich das Vorkaufsrecht, sofern nichts anderes vereinbart ist, auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück bei Vorkaufrechtsbestellung gehört, oder durch dessen Erben beschränkt, ist davon auszugehen, dass das Vorkaufsrecht infolge des Eigentumsübergangs auf die Kinder des bisherigen Eigentümers erloschen ist (sog. Eigentumsübergang an Sonderrechtsnachfolger mittels Nichtverkaufs)⁴ und daher im Wege der Grundbuchberichtigung gelöscht werden kann.⁵ Weitere Feststellungen waren angesichts dieser klaren Rechtslage eigentlich nicht veranlasst.⁶

² Vgl. zu diesem Aspekt auch *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff. (insbesondere Fn. 28).

³ Vgl. etwa *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl. 2016, § 1097 BGB Rdnr. 1.

⁴ OLG München, Beschluss vom 18.12.2009, 34 Wx 081/09, BeckRS 2010, 02183; *Palandt/Bassenge*, § 1097 BGB Rdnr. 5.

⁵ So etwa auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.4.1997, 8 W 681/96, DNotZ 1998, 305; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012, I-3 Wx 144/12, DNotZ 2013, 203; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, MittBayNot 2000, 110.

⁶ Ebenso *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff.

II. Lösung des OLG München

So einfach wollte es sich das OLG München im vorliegenden Fall jedoch nicht machen. Das Gericht geht dabei von der richtigen Feststellung aus, dass an den Nachweis einer Grundbuchunrichtigkeit strenge Anforderungen zu stellen sind und eine gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit zum Nachweis nicht ausreicht.⁷ Ebenfalls zutreffend ist die Auffassung des Gerichts, dass dennoch ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten, welche der begehrten Eintragung entgegenstehen könnten, nicht ausgeräumt werden müssen. Im Widerspruch zu dieser Auffassung und der von ihm selbst in diesem Zusammenhang zitierten Rechtsprechung des BayObLG⁸ überspannt das OLG jedoch sodann die an den Unrichtigkeitsnachweis zu stellenden Anforderungen gewaltig, indem es diesen als durch bloße Vermutungen und, wie ich meine, lediglich abstrakte Missbrauchsgefahren erschüttert ansieht.⁹

Obwohl prima facie ein Eigentumsübergang an Sonderrechtsnachfolger mittels Nichtverkaufs, nämlich durch den der Form des § 29 GBO genügenden Überlassungsvertrag an die Kinder des bisherigen Eigentümers vorliegt (siehe oben), sieht das OLG München den Nachweis, dass „causa des Eigentumsübergangs ... eine Vereinbarung ist, welche das materiellrechtliche Erlöschen des Vorkaufsrechts ... bewirkte“, nicht als erbracht an. Angesichts der Begleitumstände der Eigentumsübertragung bestünden Zweifel daran, dass mit der „Übertragung der (formalen) Eigentümerstellung“ das Vorkaufsrecht entfiel. Der Verdacht, dass ein Umgehungsgeschäft vorliege, könne durch die bloße Vorlage der Urkunde nicht ausgeräumt werden. Im Ergebnis scheiterte somit der Grundbuchberichtigungsantrag daran, dass die negative Tatsache, dass sich hinter dem vorliegenden Nichtverkauf kein Umgehungsgeschäft verbirgt, nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann. Die Beteiligten werden daher die Frage, ob das Vorkaufsrecht wirklich erloschen ist, gesondert in einem streitigen Gerichtsverfahren klären müssen.

Der Zugang zu diesem ohnehin nicht einfach nachzuvollziehendem Gedankengang des Gerichts wird dem Leser zusätzlich dadurch erschwert, dass das Gericht (offenbar veranlasst durch die Diskussionen der Beteiligten) zunächst mit einer erstaunlichen Intensität die Frage erörtert, ob die erfolgte Schenkung an die Kinder wegen des vorbehaltenen Nießbrauchs und des vereinbarten Rückforderungsrechts nicht in Wahrheit ein (verschleierter) Kauf sei.¹⁰ Immerhin gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, dass in einem Nießbrauchsvorbehalt „regelmäßig“ keine Gegenleistung gesehen werden kann und der Erwerb unter Nutzungsaufgabe einem entgeltlichen Erwerb nicht „ohne Weiteres“ gleichsteht. Auch die in der Überlassung vereinbarte Pflicht zur Rückübereignung sieht das Gericht als „für sich genommen unverdächtig“ an. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, in welcher Konstellation eine vom Gericht anscheinend für möglich gehaltene Ausnahme von dieser Regel eingreifen könnte, ist dies sicher zutreffend. Wegen § 1098 Abs. 1, § 470 BGB kam es hierauf jedoch gar nicht an.

⁷ Vgl. nur *Hüggel/Holzer*, GBO, 3. Aufl. 2016, § 22 GBO Rdnr. 59.

⁸ BayObLG, Beschluss vom 7.4.1988, BReg. 2 Z 60/87, BayObLGZ 1988, 102, 107 (vgl. auch 109); vgl. etwa auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.4.2012, 5 Wx 66/11, BeckRS 2012, 09666; *Hüggel/Holzer*, GBO, § 22 GBO Rdnr. 60.

⁹ Vgl. im Gegensatz hierzu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, MittBayNot 2000, 110.

¹⁰ Vgl. zum Folgenden auch *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff.

Man mag sich angesichts der klaren Rechtslage über diese Fleißaufgabe des Gerichts wundern, vollends verblüffend ist jedoch, wie es das Gericht schafft, dennoch zu dem Ergebnis zu gelangen, das Erlöschen des Vorkaufsrechts sei nicht nachgewiesen. Obwohl das OLG München die Vertragskonditionen, insoweit zutreffend, für „nicht verdächtig“ hält, bestehen nach seiner Auffassung Anhaltspunkte dafür, dass dieser Vertrag lediglich einen „Teilakt eines zeitlich gestreckten Umgehungsgeschäfts“ darstellt. Als Indizien hierfür macht das Gericht zum einen die Tatsache aus, dass dem Vorkaufsberechtigten ein neues schuldrechtliches Vorkaufsrecht zu veränderten Konditionen angeboten wurde; zum anderen den Umstand, dass aufgrund der vorbehaltenen Rechte die Immobilie wirtschaftlich dem bisherigen Eigentümer verblieben sei und er nur „formal“ das nackte Eigentum („nudum dominium“) auf seine Kinder übertragen habe.

Dies ist (zurückhaltend formuliert) in keiner Weise zwingend:¹¹ Für die Annahme des Gerichts, die Eigentümerstellung sei nur „formal“, also wohl treuhänderisch, auf die Kinder ausgelagert worden, ergibt sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt keinerlei Indiz. Im Gegenteil: Weshalb sich aus der Zusammenschau von Übergabevertrag und „Angebot“ eines neuen schuldrechtlichen Vorkaufsrechts konkrete Umstände ergeben sollen, die eine Vorkaufsrechtsumgehung als nicht nur theoretische Möglichkeit erscheinen lassen, ist für mich nicht nachvollziehbar. Tatsache ist, dass der vormalige Eigentümer nach Vollzug der Auflassung an seine Kinder das Vertragsobjekt selbst gerade nicht mehr veräußern kann. Das hierfür nötige (nudum) dominium hat er nämlich nicht mehr. Auch eine Veräußerung durch die Kinder sollte, wie das vereinbarte Rückforderungsrecht (und auch die Nießbrauchsbestellung) zeigt, offenbar nicht erfolgen, sondern verhindert werden. Eine Gestaltung, welche die Kinder verpflichtet hätte, auf Verlangen des bisherigen Eigentümers bei einer Veräußerung mitzuwirken, wurde nicht gewählt. Schließlich erscheint es für den Fall, dass ein Weiterverkauf durch die Kinder bereits geplant war, als widersinnig, dass dennoch dem bisherigen Vorkaufsberechtigten vorgeschlagen wurde, erneut ein Vorkaufsrecht zu seinen Gunsten zu begründen. Warum hätten die Beteiligten einen von ihnen bereits konkret geplanten Weiterverkauf hierdurch erschweren sollen?

Es mag sein, dass ein dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall auch bei Vorliegen eines Nichtverkaufs ausnahmsweise nicht gelöscht werden kann, weil ein zeitlich gestrecktes Umgehungsgeschäfts nicht sicher ausgeschlossen werden kann. Allerdings kann es hierfür nicht ausreichen, dass den Beteiligten des Nichtverkaufs das Erlöschen des Vorkaufsrechts zupasskommt. Denn dies ist, unabhängig von einer hierauf gerichteten Absicht der Beteiligten, schlicht die Konsequenz der gesetzlichen Regelung. Der Umstand, dass der Sonderrechtsnachfolger nach Erlöschen des Vorkaufsrechts womöglich einen Weiterverkauf betreiben könnte, hat den Gesetzgeber offensichtlich nicht davon abgehalten, das Erlöschen anzuordnen. Die gesetzliche Regelung zielt gerade darauf ab – ohne ausdrückliche Bestimmung –, das Entstehen ewiger Vorkaufsrechte mit unbestimmten Berechtigten (vgl. unten III.) zulasten der Sonderrechtsnachfolger zu verhindern und so die Verkehrsfähigkeit des Grundbesitzes zu erhalten.¹² Die stets bestehende abstrakte Möglichkeit, dass diese Verkehrsfähigkeit zu einer Weiterveräußerung genutzt wird, vermag angesichts dieser bewussten gesetzgeberischen Entscheidung einen besonderen, konkreten (!) Umgehungsver-

dacht keinesfalls zu begründen; denn andernfalls bliebe für den vom Gesetzgeber gewünschten Regelfall der Löschung des dinglichen Vorkaufsrechts im Falle des Nichtverkaufs kein relevanter Anwendungsbereich.¹³

Über den Willen, das Vorkaufsrecht durch den Nichtverkauf zu beseitigen, hinaus erfordert die Annahme einer Umgehung daher konkrete Tatsachen, die gerade auch für die geplante Weiterveräußerung sprechen. Solche Umstände, etwa bereits begonnene Verkaufsaktivitäten, berichtet die Entscheidung nicht. Somit bleibt in der hier vorliegenden Konstellation allenfalls eine abstrakte Missbrauchsgefahr, an der die beantragte Löschung nicht hätte scheitern dürfen.¹⁴

III. Erklärungsversuch

Bei aller Kritik an der Entscheidung des OLG München sollte freilich (gerade aus notarieller Sicht) eines nicht übersehen werden: Möglich wurde der Streit erst dadurch, dass schon mit der Bestellung des Vorkaufsrechts eine kaum interessengerechte Gestaltung gewählt wurde. Denn zum einen kann die Belastung mit einem vererblichen und daher nach Eintritt einiger Erbfälle kaum mehr zu löschenden dinglichen Recht für den Grundstückseigentümer und dessen Rechtsnachfolger erhebliche Nachteile mit sich bringen. Zum anderen ist, wie gerade der hier besprochene Fall zeigt, auch den Interessen des Vorkaufsberechtigten und dem Ziel der Gleichstellung von „weichenden“ Geschwistern mit einem Recht, welches im Falle der Eigentumsübertragung durch „Nichtverkauf“ ersatzlos untergeht, kaum gedient. Diese Gestaltung ist umso erstaunlicher, als abgesehen vom Verzicht auf die Vorkaufsrechtsbestellung eine ganze Reihe von Alternativen zur Verfügung gestanden wären: so etwa die Vereinbarung einer (evtl. auf eine Veräußerung innerhalb eines bestimmten Zeitraums bedingten) Zahlungsverpflichtung, die Bestellung eines nicht vererblichen Vorkaufsrechts, welches beim Nichtverkauf nicht erlischt,¹⁵ oder die Begründung eines nicht vererblichen und/oder zeitlich befristeten Vorerwerbsrechts (ggf. zu einem festen Preis). Sieht man die Entscheidung des OLG München als einen Versuch an, den bei der Vorkaufsrechtsbestellung offensichtlich verfehlten Interessenausgleich nachzuholen, wird sie hierdurch zwar nicht richtig – aber zumindest etwas verständlicher.

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (L. S. E., London),
Maître en droit (Paris), Erlangen

¹³ *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff.

¹⁴ Ebenso *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff.; vgl. auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.8.1999, 3 W 171/99, MittBayNot 2000, 110.

¹⁵ Vgl. *Palandt/Bassenge*, § 1097 BGB Rdnr. 7.

5. BGB §§ 166, 709, 727 Abs. 1, §§ 899a, 925; GBO § 15 Abs. 2, §§ 18, 20, 22 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 3 Satz 2, § 47 Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 73 (*Nachweis der Auflassungsberechtigung, wenn der im Grundbuch eingetragene Gesellschafter einer zweigliedrigen GbR verstorben ist*)

1. **Zum Nachweis der Auflassungsberechtigung, wenn der im Grundbuch eingetragene Gesellschafter einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) verstorben ist.**

2. **Der Erbnachweis macht einen zusätzlichen Nachweis zum Vorhandensein und etwaigen Inhalt einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel nicht entbehrlich. Liegt ein – schriftlicher – Gesellschaftsvertrag**

¹¹ Ausführlich hierzu auch *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff.

¹² Vgl. ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte *Amann*, NotBZ 2016, 161 ff.

nicht vor, kann das Grundbuchamt zur Glaubhaftmachung seines Inhalts grundsätzlich eidesstattliche Versicherungen des verbliebenen Gesellschafters und des (der) Erben verlangen. Von Vertretern im Urkundstermin abgegebene „einfache“ – wenn auch nachgenehmigte – Erklärungen zur Nachfolge in den Gesellschaftsanteil genügen dafür regelmäßig nicht.

OLG München, Beschluss vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14

Der Beteiligte zu 1 und der am 26.10.1993 verstorbene Ehemann der Beteiligten zu 2 sind als Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts seit 22.9.1988 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Der Beteiligte zu 1 und sein Mitgesellschafter hatten mit notariellem Bauträgervertrag vom 5.8.1988 das damals noch zu errichtende Teileigentum an die Ehegatten G., die Beteiligten zu 3 und 4, verkauft und eine Eigentumsvormerkung bewilligt, die zu deren Gunsten am 28.9.1988 auch eingetragen wurde.

Ein zwischen der Beteiligten zu 2 und ihrem Ehemann geschlossener Ehe- und Erbvertrag, der zur Niederschrift des Nachlassgerichts am 2.12.1993 eröffnet wurde, enthält in Ziffer IV. die Vereinbarung:

„Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu unseren unbeschränkten Alleinerben ein und nehmen diese Erbeinsetzung hiermit gegenseitig an.“

Am 8.5.2013 errichteten die Beteiligten zu 3 und 4 eine notarielle Urkunde, in der sie im eigenen Namen und zugleich für die Beteiligten zu 1 und 2 die Auflassung des Vertragsbesitzes erklärten und die Eintragung im Grundbuch bewilligten und beantragten.

Ziffer IV. der Urkunde lautet:

„Herr ... (Beteiligter zu 1) und Frau ... (Beteiligte zu 2) versichern, dass seit Gründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Eigentümer) keine Änderung der Gesellschafter stattgefunden hat – von der Gesamtrechtsnachfolge aufgrund Erbfolge abgesehen –, dass nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft mit Erben eines Gesellschafters fortgeführt wird, und dass Frau ... (Beteiligte zu 2) unmittelbar unbeschränkte Alleinerbin nach ihrem Ehemann wurde.“

Die Genehmigung der Urkunde durch die Beteiligten zu 1 und 2 liegt in grundbuchmäßiger Form vor.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 20.11.2013 hat das Grundbuchamt unter anderen beanstandet, dass der Gesellschaftsvertrag in schriftlicher Form oder, wenn ein solcher nicht existiere, die eidesstattliche Versicherung des Beteiligten zu 1 über den entsprechenden Inhalt des Gesellschaftsvertrags vorzulegen sei. Dagegen wendet sich die Beschwerde der Beteiligten, mit der sie geltend machen, denkbar sei nach dem Tod des einen Gesellschafters allein die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben oder eine Auflösung der Gesellschaft nach § 727 BGB. In beiden Fällen hätten die maßgeblichen Personen gehandelt. Zudem enthalte die notarielle Urkunde vom 8.5.2013 in Ziffer IV. eine solche Versicherung.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 GBO) ist nach § 11 Abs. 1 RPfG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und in zulässiger Form (§ 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) eingelegt. Der Notar hat zwar nicht angegeben, für wen er die Beschwerde einlegt; ersichtlich sind dies aber die Antragsberechtigten als Veräußerer und Erwerber des belasteten Grundbesitzes, somit die Urkundsbeteiligten (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 15 Rdnr. 20), deren Beschwerdeberechtigung nicht zweifelhaft ist (*Demharter*, § 71 Rdnr. 57 f.).

2. Die Beschwerde ist unbegründet, da das AG zu Recht einen Nachweis der Auflassungsbefugnis durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder eine eidesstattliche Versicherung zu dessen Inhalt verlangt.

a) Im Fall der Veräußerung eines Grundstücks (oder eines gleichzubehandelnden Wohnungs-/Teileigentums, vgl. BGHZ 49, 250) durch Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) ist die Auflassungsberechtigung als sonstige Voraussetzung der Eintragung gemäß § 29 GBO nachzuweisen (vgl. *Hügel/Otto*, GBO, 2. Aufl., § 29 Rdnr. 108 ff.).

Einigungsberechtigt ist im Fall der Auflassung eines Grundstücks der Eigentümer als verlierender und der Erwerber als gewinnender Teil (*Demharter*, § 20 Rdnr. 39 f.). Im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), wenn auch deren Gesellschafter, wie in „Altfällen“ üblich, noch als unmittelbar Berechtigte eingetragen sind (vgl. *Demharter*, § 47 Rdnr. 34). Auch dann ist die Gesellschaft selbst Eigentümerin (BGH, NJW 2006, 3716) und damit einigungsberechtigt; für sie handeln jedoch regelmäßig die Gesellschafter gemeinschaftlich, § 709 BGB. Als einigungsberechtigt sind daher grundsätzlich die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter anzusehen (vgl. § 899a BGB, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO, Art. 229 § 21 EGBGB).

Ist allerdings das Grundbuch hinsichtlich des Gesellschafterbestands unrichtig, etwa weil ein noch eingetragener Gesellschafter bereits verstorben ist, ist die Vermutung des § 899a BGB widerlegt. In diesem Fall setzt die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Rechtsnachfolgers des verstorbenen Gesellschafters voraus, dass entweder der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO geführt wird oder Berichtigungsbewilligungen unter schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit vorgelegt werden. Dies erfordert übereinstimmende Erklärungen der Gesellschafter und Erben in grundbuchmäßiger Form zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags (vgl. BayObLG, NZG 2001, 124, 125; BayObLGZ 1992, 259, 261; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62, 63); denn das Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten Rechtszustand insgesamt richtig wiedergibt (BayObLG, NJW-RR 1995, 272; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62 Leitsatz 1). Nichts anderes gilt, wenn das Grundbuch nicht erst durch Eintragung des Rechtsnachfolgers berichtigt werden soll, sondern das Grundstück sogleich an Dritte weiterveräußert wird (OLG Schleswig, a. a. O.).

Vorliegend enthält die von den Beteiligten zu 1 und 2 genehmigte Urkunde zwar die Bewilligungserklärungen zur Eintragung der Beteiligten zu 3 und 4, nicht aber die schlüssige Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit einschließlich der Richtigkeit der erstrebten Eintragung. Durch die vorgelegte Eröffnungsniederschrift über den Erbvertrag steht zwar fest, dass das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Gesellschafters M. unrichtig ist (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 2, § 22 Abs. 1 GBO). Mit dem ebenfalls vorgelegten Erbvertrag ist jedoch lediglich die Erbfolge nachgewiesen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Aus diesen Unterlagen allein ergibt sich nicht ausreichend, ob die gesetzliche Regelung des § 727 Abs. 1 BGB eingreift oder durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist (OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62, 64). Dies ist jedoch erforderlich, da sich aus der Darlegung der Unrichtigkeit auch ergeben muss, wer durch die Berichtigung betroffen ist und daher die entsprechende Berichtigungsbewilligung abgeben muss (*Hügel/Holzer*, § 22 Rdnr. 17).

b) Die Beteiligten zu 1 und 2 haben weder einen Gesellschaftsvertrag in schriftlicher Form vorgelegt noch sich dazu erklärt, ob ein Gesellschaftsvertrag mit Nachfolgeklausel bestand und zum Eintritt der Beteiligten zu 2 in die Gesellschaft führen konnte.

Die notarielle Urkunde vom 8.5.2013, die die Beteiligten zu 3 und 4 auch namens der Beteiligten zu 1 und 2 errichteten,

spricht zwar von einer Fortführung der Gesellschaft „mit Erben eines Gesellschafters“. Abgesehen davon, dass diese Erklärung schon nicht klar und eindeutig formuliert ist, stellt sie lediglich eine reine Wissenserklärung dar. Die Vorschriften über die Vertretung bei Willenserklärungen (§§ 164 ff. BGB) gelten für bloße Wissenserklärungen nur entsprechend. Dabei regelt § 166 BGB für Fälle der Stellvertretung lediglich die Wissenszurechnung und besagt, dass sich der Vertretene unter gewissen Umständen Wissen des Vertreters zurechnen lassen muss. Zwar ist – nicht nur im Versicherungsrecht – für Vorstellungsäußerungen anerkannt, dass entsprechend § 166 BGB eine Erklärung durch einen Wissenserklärungsvertreter abgegeben werden kann (*Staudinger/Schilken*, Bearb. April 2014, Vorbemerkung zu § 164 Rdnr. 86). Diese Erklärungen können beweisrechtliche Auswirkungen haben. Sie sind jedoch nicht geeignet, im Grundbuchverfahren die Erklärung eines Beteiligten über das bei ihm vorhandene Wissen zu ersetzen (vgl. auch BayObLG, NZG 2001, 124, 125 zu einer vom Notar abgegebenen Wissenserklärung).

c) Es kann hier dahingestellt bleiben, unter welchen Umständen die Genehmigung der in der notariellen Auflassungsurkunde enthaltenen Erklärungen durch die Beteiligten zu 1 und 2 gegebenenfalls auch zur Darlegung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags geeignet und ausreichend erscheinen. Jedenfalls kann das Grundbuchamt zur Glaubhaftmachung der vorgetragenen Umstände die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die relevanten Tatsachen verlangen.

(1) Zwar ist eine abgeschwächte Form des Nachweises durch eidesstattliche Versicherung im Grundbuchrecht im Allgemeinen ohne gesetzliche Ausnahme wie in § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO nicht zulässig (vgl. Senat, Beschluss vom 11.6.2014, 34 Wx 172/14, juris Rdnr. 18; OLG Jena, Beschluss vom 23.8.2013, 9 W 356/13, juris Rdnr. 5; *Demharter*, § 29 Rdnr. 23). Allerdings ist anerkannt, dass eine solche Versicherung etwa dann ausreichen kann, wenn auch das Nachlassgericht keine andere Nachweismöglichkeit hätte (KG, NJW-RR 2012, 847). Zum Teil wird eine eidesstattliche Erklärung auch zum Nachweis von Negativtatsachen für zulässig erachtet (vgl. OLG Köln, FGPrax 2011, 13, 16). Scheidet etwa bei nur mündlich geschlossenen Gesellschaftsverträgen der Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO von vornherein aus, so können zwar die übereinstimmenden Erklärungen der verbliebenen Gesellschafter und aller Erben in grundbuchmäßiger Form zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags genügen (vgl. BayObLGZ 1992, 259, 261). Sind jedoch nicht in der Form des § 29 GBO nachweisbare Tatsachen frei zu würdigen, kann das Grundbuchamt auch in Erwägung ziehen, zur Glaubhaftmachung entsprechende eidesstattliche Versicherungen zu verlangen (BayObLG, NZG 2001, 124, 125; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62, 64).

(2) Zutreffend geht das Grundbuchamt davon aus, dass entsprechende eidesstattliche Versicherungen bislang nicht vorliegen. Bei der in Ziffer 4. der Urkunde vom 8.5.2013 abgegebenen Versicherung handelt es sich nicht um eine Erklärung über eigene Erkenntnisse der Beteiligten zu 3 und 4 (vgl. *Leipold in Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl., § 294 Rdnr. 19). Die Genehmigung der Urkunde vom 8.5.2013 durch die Beteiligten zu 1 und 2 enthält wiederum keine Erklärung, dass sie selbst die in der genehmigten Urkunde angegebenen Tatsachen an Eides statt versichern und sich über die Bedeutung und Strafbarkeit einer falschen Erklärung im Klaren sind (vgl. § 38 Abs. 2 BeurkG).

d) Der Hinweis der Beteiligten, außer einer Fortsetzung käme nur eine Liquidation der GbR in Betracht, so dass auch daher nur die Beteiligten zu 1 und 2 für die Abgabe der

Auflassungserklärung in Betracht kämen und kein weiterer Nachweis erforderlich wäre, ist ebenfalls nicht zielführend. Falls die GbR nach dem Ableben eines ihrer Gesellschafter im Jahr 1993 aufgelöst worden sein sollte, erscheint es eher fernliegend, dass die Liquidationsgesellschaft mit diesem Zweck über 20 Jahre lang fortbestanden hat. Vielmehr kommt in Betracht, dass eine Liquidationsgesellschaft binnen eines so langen Zeitraums wieder in eine werbende GbR rückumgewandelt wurde, zumal die Eintragung im Grundbuch unverändert fortbestand. Auch dann kann auf eine Erklärung der Beteiligten zum Inhalt eines Gesellschaftsvertrags und zu den Gesellschaftern der GbR nicht verzichtet werden.

III.

Der Senat weist noch darauf hin, dass nach der zitierten Rechtsprechung das Hindernis nicht zwingend schon durch die eidesstattliche Versicherung nur des Beteiligten zu 1 behoben ist. Vielmehr kann auch eine Erklärung der Erbin, hier also der Beteiligten zu 2, notwendig werden.

Anmerkung:

Die Besprechungsentscheidung kann vergleichsweise unspektakulär in der künftigen Gestaltungspraxis umgesetzt werden: Die übliche Erklärung zum Gesellschafterbestand einer GbR¹, bei Änderungen gegenüber der bisherigen Grundbuchverlautbarung im Grundbuch auch zu deren Grundlage, wird aufgebessert zu einer förmlichen eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem Grundbuchamt. Statt also wie bisher zu formulieren „Die Erschienenen erklären, weiterhin die einzigen Gesellschafter der GbR zu sein“ wird fortan verlängert: „Belehrt über die Strafbarkeit einer falschen eidesstattlichen Versicherung versichern die Erschienenen an Eides statt gegenüber dem Grundbuchamt, unverändert die einzigen Gesellschafter der GbR zu sein“ – oder eben modifiziert im Hinblick auf die erforderliche rechtliche Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt.

Im Übrigen wird die Urkunde für die Gesellschafter einer GbR faktisch höchstpersönlich, weil die Genehmigung eines vollmachtlos Vertretenen die tatsächlichen Erklärungen des *falsus procurator* nicht deckt. Das gilt wegen des strukturellen Gleichlaufs meines Erachtens auch für einen Bevollmächtigten. Kann ein Gesellschafter partout an der Beurkundung nicht unmittelbar mitwirken, bliebe als Ausweg, dessen Genehmigung beurkundet statt beglaubigt vorzunehmen – dann allerdings unter Wegfall insbesondere der Gebührendeckelung der GNotKG KV-Nr. 25100 –, um in das Dokument die eidesstattliche Versicherung als persönliche Tatsachenerklärung integrieren zu können.

Das alles erscheint machbar, so dass die Praxis sich allein schon wegen sonst zu erwartender Verzögerungen diesen Vorgaben anschließen wird.

Dogmatisch überzeugen kann die Begründung des OLG hingegen nur in Teilen.

Die nur sehr eingeschränkte (analoge) Anwendung des Vertretungsrechts auf die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung trifft zunächst zu. Die eidesstattliche Versicherung ist Wissens- und nicht Willenserklärung; sie schildert Wahrnehmungen, statt Wirkungen (§ 164 BGB) zu erzeugen. Die unterschiedliche Struktur erschließt sich ferner aus einem Vergleich mit einer Aussage im Prozess. Ein Zeuge könnte nie statt seiner selbst einen Bevollmächtigten schicken. Die Zeugenaussage bezieht sich immer auf eigene Wahrnehmungen.

¹ BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, FGPrax 2011, 164.

Die entfernter stehende Person tritt, wenn überhaupt, nicht als Vertreter des eigentlichen Zeugen auf, sondern als „Zeuge vom Hörensagen“, der also seinerseits eigene Wahrnehmungen schildert über das, was die geschehensnähere Person ihm mitgeteilt hat oder ihm über diese bekannt geworden ist.² Zivilprozessual ist das zulässig, die Mittelbarkeit geht in die Beweiswürdigung ein. Ein Vertretungsverhältnis entsteht daraus aber nicht.

Im Verlangen einer eidesstattlichen Versicherung liegt die Entscheidung des OLG München zwar auf der wohl überwiegenden Linie der Grundbuchämter, welche vermittels dieser die Form- und Verfahrensstrenge des Grundbuchsrechts gegen die als bedrohlich empfundene Aufweichung aus dem Gesellschaftsrecht der GbR zu verteidigen suchen.³ Es ist aber sehr zweifelhaft, ob das OLG damit die Vorgabe des V. Zivilsenats des BGH richtig erfasst. In seiner Leitentscheidung hatte dem BGH nämlich, soweit anhand der publizierten Entscheidung⁴ und der veröffentlichten Sachverhalts schilderungen der Vorinstanzen⁵ rekonstruierbar, eine einfache (d. h.: nicht eidesstattliche, nicht mit Strafbarkeitsbelehrung versehene) Erklärung genügt, wonach die Handelnden weiterhin die Gesellschafter der GbR seien.⁶ Von den nun vom OLG München verlangten weiteren Voraussetzungen einer beurkundeten eidesstattlichen Versicherung und darauf bezogener notarieller Vorabbelehrung war jedenfalls nicht ansatzweise die Rede. Möglicherweise würde der BGH unter dem Eindruck der grundbuchverfahrensrechtlichen Stellungnahmen seiner Linie nun diese Erschwerung hinzufügen. Man sollte als OLG aber immerhin dem BGH selbst diesen Schritt oder zumindest eine Stellungnahme dazu vorbehalten und jedenfalls wegen Sicherung der Rechtseinheit oder zur Ermöglichung der Rechtsfortbildung die Rechtsbeschwerde nach § 78 Abs. 2 GBO zulassen. Anders als das OLG München verlangt das KG in einer kürzlich ergangenen Entscheidung keine Vorlage des Gesellschaftsvertrags.⁷

Vor allem aber hat das OLG München den Zweck der eidesstattlichen Versicherung nicht richtig in Bezug gesetzt zur beantragten Grundbucheintragung. Der Antrag ging, daran sei erinnert, nicht auf Offenlegung der Erbfolge im Grundbuch, sondern unter Verzicht auf diesen Zwischenschritt (über die direkte oder analoge Anwendung des § 40 GBO im Bereich des § 47 Abs. 2 GBO mag man an anderer Stelle streiten) sogleich auf Eintragung des Grundstückserwerbers.

2 Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 373 Rdnr. 1.

3 Exemplarisch für dieses Empfinden *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169; *Demharter*, FGPrax 2011, 167. Aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vor BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, FGPrax 2011, 164, etwa LG Traunstein, Beschluss vom 11.5.2009, 4 T 1003/09, Rpfleger 2009, 448; weitere Nachweise bei *Bestelmeyer*, a. a. O., Fn. 118.

4 BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, FGPrax 2011, 164 (im LS: „... reicht es, wenn die Handelnden erklären, dass sie die alleinigen Gesellschafter sind“); sowie BGH, Beschluss vom 12.8.2011, V ZB 113/11, NJW-RR 2012, 86.

5 KG, Beschluss vom 22.6.2010, 1 W 277/10, FGPrax 2010, 172.

6 Auch die Nachweisverlangen des BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, und Beschluss vom 13.10.2011, V ZB 90/11, FGPrax 2012, 4, deuten definitiv nicht in diese Richtung, wenn etwa weitere Nachweise nur dann sollen verlangt werden können, sofern konkrete Anhaltspunkte für einen Gesellschafterwechsel bekannt sind.

7 KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328 (in diesem Heft).

Nach der Rechtsprechung des BGH⁸ ist Rechtsträger die als teilrechtsfähig anzusehende GbR. Diese handelt durch ihre organschaftlichen Vertreter oder Bevollmächtigten. Mit grundbuchtauglichen Mitteln kann typischerweise der Bestand der Vollmacht nicht nachgewiesen werden, weil der Gesellschaftsvertrag, auch in Urschrift oder Ausfertigung, wegen der jederzeit möglichen Abänderung nicht dem Vertrauensschutz des § 168 BGB unterliegt⁹ und andere Vollmachten ausscheiden.¹⁰ Deswegen behilft sich die Praxis mit dem Rechtsgrundsatz der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften. Selbstorganschaft heißt nicht, dass jeder Gesellschafter (allein oder gemeinschaftlich mit anderen) vertretungsberechtigt sein müsste. Selbstorganschaft heißt aber, dass es mindestens eine Vertretungskonstellation geben muss, bei der ausschließlich Gesellschafter ohne Mitwirkung externer Dritter für die GbR (oder die andere Personengesellschaft) auftreten.¹¹ Wenn also alle Gesellschafter an einer Verfügung mitwirken, kann das Grundbuchamt zutreffend davon ausgehen, dass diese Mitwirkenden in irgendeiner Weise vertretungsberechtigt sind. Wie genau, kann offen bleiben, weil die Vertretung im Grundbuch nicht verlaubar wird. Es muss nur eine richtige Vertretung dabei sein. Schlimmstenfalls haben überflüssigerweise Gesellschafter ohne Vertretungsmacht mitgewirkt. Das ist aber grundbuchverfahrensrechtlich unschädlich und führt allenfalls zu Mehraufwand bei der Einholung aller Unterschriften. Die genaue Bestimmung des Gesellschafterkreises der GbR war in diesem Sachverhalt damit nur in einer Hinsicht relevant:¹² Es musste verhindert werden, dass unerkannt andere Personen in die GbR eingetreten sind, die nun zwingend (mit-)vertretungsberechtigt sind. Nur das (!) kann sich grundbuchrechtlich schädlich (weil zur Unrichtigkeit führend) auswirken, weil die Agierenden womöglich dann keine Vertretungsmacht hatten.

Die Vertretung der GbR ist aber einzuordnen in das allgemeine Recht der Vertretung. Die Verfügung ist kraft juristischer Zuschreibung weiterhin eine solche des Rechtsträgers selbst. Mit seiner argumentativen Wendung, die Gesellschafter seien einigungsberechtigt, hat sich das OLG München vielmehr den Blick auf die Rechtslage verstellt. Es käme auch niemand auf die Idee, bei einer GmbH deren Geschäftsführer für einigungsberechtigt im Sinne des § 20 GBO (sachenrechtlich gemäß §§ 873, 925 BGB) oder bewilligungsberechtigt im Sinne des § 19 GBO zu halten. Einigungs- und bewilligungsberechtigt ist immer der Rechtsträger, für welchen das vertretungsberechtigte Organ handelt.

Anbetrachts der Rechtsfolgen, die der Tod eines Gesellschafters nach sich zieht, muss hinsichtlich der Vertretung der GbR das Beweisthema deswegen richtig lauten: Sieht der Gesellschaftsvertrag der GbR für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters einen automatischen Übergang des Geschäftsan-

8 Seit BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, MittBayNot 2001, 192, und Beschluss vom 18.2.2002, II ZR 331/00, NJW 2002, 1207. Im Grundbuch: BGH, Urteil vom 25.9.2006, II ZR 218/05, MittBayNot 2007, 118.

9 OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, FGPrax 2011, 229; OLG Celle, Beschluss vom 22.5.2013, 4 W 23/13, NotBZ 2013, 348; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 47 Rdnr. 30.

10 *Lautner*, MittBayNot 2011, 495.

11 *Palandt/Sprau*, 75. Aufl. 2016, vor § 705 Rdnr. 3a; BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 213/80, NJW 1982, 877; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 125 Rdnr. 6.

12 Ganz anders, wenn es um die Eintragung der Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 GBO geht: Dann muss zur Sicherstellung der Grundbuchrichtigkeit der Personenkreis zutreffend sein – darum ging es hier aber gerade nicht.

teils auf andere Personen als Erben oder bisherige Mitgesellschafter vor? Nur dann nämlich können bisher unbeteiligte Dritte an der Vertretung der GbR teilhaben. Von diesem Beweisthema ist im Beschluss des OLG München aber auch nicht ansatzweise die Rede. Völlig irrelevant für die Verfügungsberechtigung ist hingegen, ob die GbR mit den eintretenden Erben als werbend fortgesetzt wird oder sich – dann nämlich gleichfalls mit den Erben – in eine Liquidationsgesellschaft umgewandelt hat. Der vom OLG unter Abschnitt II D verworfene Hinweis der Beschwerdeführer war deswegen sehr wohl zielführend und nicht etwa neben der Sache liegend. Das Eigentum als absolutes Recht ist derwerbenden GbR wie der LiquidationsGbR in exakt gleicher Weise dinglich zugeordnet, die Bewilligungsberechtigung ändert sich nicht, der Grundsatz der Selbstorganschaft ebenfalls nicht, die Vertretung auch nicht. Das alles hat der BGH – nachfolgend – soeben in überzeugender Klarheit bestätigt.¹³ Selbst beim Eintritt in die Liquidation wäre es nicht Aufgabe des Grundbuchamts, die konkrete Verfügung über die Immobilie auf ihre Übereinstimmung mit dem Liquidationszweck zu überprüfen¹⁴ – ganz abgesehen davon, dass mutmaßlich die Veräußerung voraussichtlich sehr wohl bzw. überhaupt erst den Liquidationszweck erfüllen würde, weil sich die Teilung von Geld viel einfacher durchführen lässt als die Teilung eines Grundstücks in Natur. Die vom Grundbuchamt und OLG als zu beweisen verlangte Behauptung war für die beantragte Verfügung ganz unmaßgeblich.

Nicht überzeugen kann der Beschluss schließlich insoweit, als er die Vermutung des § 899a BGB nicht anwenden will. Diese Weigerung des OLG geht zurück auf Aussagen aus dem BayObLG, das wegen der empirischen Häufigkeit gesellschaftsrechtlicher Sondernachfolgeklauseln den Erbschein allein für ungeeignet hielt, den Eintritt der Erben in die GbR (sei es auch dann eine Liquidations-GbR) nachzuweisen.¹⁵ In anderen Fällen sieht man das Verhältnis von Empirie zum gesetzlichen Regel-/Ausnahme-Verhältnis wohl nicht so; da werden konkrete Anhaltspunkte aus dem individuellen Sachverhalt heraus verlangt.¹⁶ Und jedenfalls gibt es keine empirisch fundierte, auch nur ansatzweise naheliegende Erwartung, im Wege der besonderen Vererblichkeit von Gesellschaftsbeteiligungen könnten diese an andere Personen als Erben oder bisherige Gesellschafter übergegangen sein.

Notar Michael Volmer, Starnberg

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328 (in diesem Heft).

¹³ BGH, Beschluss vom 19.11.2015, V ZB 201/14, ZfIR 2016, 189; auch *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 4280.

¹⁴ Vgl. *Palandt/Sprau*, 75. Aufl. 2016, § 730 Rdnr. 1, § 731 Rdnr. 1: gesetzliche Regeln zur Auseinandersetzung betreffen nur das Innenverhältnis.

¹⁵ BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 93/91, BayObLGZ 1991, 301; Beschluss vom 16.10.1997, 2 Z BR 94/97, BayObLGZ 1997, 307. Auch OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, MittBayNot 2015, 477.

¹⁶ Beispiel nach OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.7.2015, I-3 Wx 98/15, Rpfleger 2016, 93: Private Kredite dürften heutzutage weit überwiegend als Tilgungsdarlehen (und nicht endfällig) vereinbart werden. Bei einer hypothekarischen Sicherung würde aber niemand aus diesem statistischen Befund die Folgerung ziehen, die nach § 891 BGB vermutete Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Grundpfandgläubigers müsse wegen des naheliegenden, aber nur rein empirisch begründeten Verdachts verdeckter Teileigentümergrundschulden als widerlegt gelten.

6. BGB § 158 Abs. 1, §§ 727, 883, 1922 Abs. 1; GBO §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, § 35 (*Grundbuchberichtigung nach Tod eines GbR-Gesellschafters*)

Für die Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines im Grundbuch eingetragenen GbR-Gesellschafters bedarf es keiner Vorlage des Gesellschaftsvertrags, wenn die Erbfolge in der Form des § 35 GBO nachgewiesen ist und sowohl die Erben als auch die weiteren im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter die Berichtigung gemäß §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bewilligen.

KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Für die Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines im Grundbuch eingetragenen Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedarf es keiner Vorlage des Gesellschaftsvertrags, wenn die Erbfolge in der Form des § 35 GBO nachgewiesen ist und sowohl die Erben als auch die weiteren im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter die Berichtigung gemäß §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bewilligen (*Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 17; *Schöner*, DNotZ 1998, 815, 818 ff.; *Egerland*, NotBZ 2001, 34 f.; *Böhringer*, Rpfleger 2013, 433, 434; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4274; *Meikel/Hertel*, GBO, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 198; andere Ansicht BayObLG, Beschluss vom 16.10.1997, 2 Z BR 94/97, DNotZ 1998, 811, und ihm folgend u. a. OLG Hamm, Beschluss vom 2.11.2011, 15 W 402/11, Rpfleger 2012, 253; OLG Dresden, Beschlüsse vom 12.4.2011, 17 W 1272/10 u. 17 W 1273/10, ZEV 2012, 339; OLG Schleswig, Beschluss vom 4.1.2012, 2 W 186/11, FGPrax 2012, 62; OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, FGPrax 2015, 57).

Der Antrag, im Grundbuch zu verlautbaren, der Anteil des verstorbenen Gesellschafters sei den Beteiligten zu 2 und 3 je zur Hälfte angewachsen, ist auf eine Berichtigung im Sinne von § 22 GBO, § 894 BGB gerichtet, denn Änderungen im Gesellschafterbestand sind wegen der Anordnung in § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO als Änderung der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück zu behandeln (BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, NJW 2011, 615, 617; Senat, Beschluss vom 19.7.2011, 1 W 491/11, FGPrax 2011, 217). Die Bewilligungsberechtigung der Beteiligten gemäß § 19 GBO folgt aus dem Umstand, dass sie neben dem Verstorbenen die einzigen (drei) weiteren gebuchten Gesellschafter und die Beteiligten zu 2 und 3 seine alleinigen Erben sind. Besteht die Berichtigung – wie hier – in der Eintragung des wahren Berechtigten, wird der Buchberechtigte im Sinne von § 19 GBO in dieser Rechtsposition betroffen. Der wahre Berechtigte wird hingegen nicht im Sinne von § 19 GBO in seinem (materiellen) Recht berührt, wie sich auch aus der sonst überflüssigen Regelung des § 22 Abs. 2 GBO ergibt.

Die Buchberechtigung des Verstorbenen ist als gesonderte Rechtsposition gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf seine Erben übergegangen (*Ertl*, a. a. O.; *Egerland*, a. a. O.). Dem steht nicht entgegen, dass sich die Rechtsnachfolge beim Tod eines GbR-Gesellschafters grundsätzlich nicht nach dem Erbrecht, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags vollzieht. Dennoch gehört der Gesellschaftsanteil insofern zum Nachlass, als er Teil des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens ist (BGH, Beschluss vom 10.1.1996, IV ZB 21/94, NJW 1996, 1284, 1285), und kann die in der Buchberichtigung liegende Legitimation als vermögenswerte Posi-

tion nach § 1922 Abs. 1 BGB dem Erben anfallen, auch wenn er nicht Inhaber des für den Verstorbenen verlaublichen Rechts wird. Zudem sind die Erben und die weiteren Gesellschafter die einzigen Personen, auf die der Gesellschaftsanteil gemäß § 727 BGB oder aufgrund einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag mit dem Tod des bisherigen Gesellschafters übergegangen sein kann (*Schöner*, a. a. O., S. 819; vgl. dazu auch *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 1922 Rdnr. 14 ff.). Es ist unerheblich, ob Dritte aufgrund einer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Eintrittsklausel ihre Aufnahme in die Gesellschaft verlangen können. Zwar ist nicht auszuschließen, dass nach dem Tod des Gesellschafters ein solcher Eintritt erfolgt ist oder auch die verbliebenen Gesellschafter den Anteil des Verstorbenen, der ihnen im Zeitpunkt seines Todes angewachsen ist, auf beliebige andere Personen übertragen haben. Die Möglichkeit, dass eine bewilligte Berichtigung zum Zeitpunkt ihrer Eintragung nicht mehr zutrifft, besteht bei Rechten, die außerhalb des Grundbuchs übertragbar sind, aber immer. Bewilligt ein Gesellschafter die Berichtigung des Grundbuchs, weil er seinen Anteil – mit vorweggenommener Zustimmung im Gesellschaftsvertrag – übertragen habe, kann der Erwerber diesen Anteil bereits vor seiner Eintragung im Grundbuch weiter übertragen haben. Die Buchung setzt keine Erklärung o. ä. des Erwerbers voraus, er habe nicht über den Anteil verfügt. Auch die Möglichkeit, dass der Verstorbene seinen Gesellschaftsanteil noch zu seinen Lebzeiten (mit Zustimmung der weiteren Gesellschafter) aufschiebend bedingt durch seinen Tod (§ 158 Abs. 1 BGB) vertraglich an einen Dritten abgetreten hat, ist keine Besonderheit des Gesellschaftsrechts. Zum Beispiel kann der Berechtigte einer Vormerkung (§ 883 BGB) den gesicherten Anspruch aufschiebend bedingt durch seinen Tod abgetreten haben. Der Erbe des Zedenten wird berichtigend im Grundbuch eingetragen, ohne dass das Grundbuchamt prüft, ob eine solche Übertragung erfolgt ist.

Die Lösung des BayObLG ist auch deshalb systemwidrig, weil für eine Grundbuchberichtigung nicht beides verlangt werden kann, Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) und Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). Muss für die Bewilligungsberechtigung nachgewiesen werden, wer der wahre Berechtigte ist, bedarf es keiner Bewilligungserklärung. Zudem ist der im Todeszeitpunkt geltende Gesellschaftsvertrag überwiegend nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweisbar; das ist mit den anerkannten Ausnahmen vom Formerfordernis nicht vergleichbar (*Schöner*, a. a. O., S. 817). Selbst wenn ein Gesellschaftsvertrag beurkundet wurde, kann er nachträglich geändert worden sein. Insbesondere bei einer GbR, die – wie hier – aus wenigen Familienangehörigen besteht, ist es nicht fernliegend, dass der Vertrag nur mündlich geschlossen wurde; Änderungen können jederzeit durch formlose Übereinkunft der Gesellschafter erfolgt sein. Wird ein Gesellschaftsvertrag vorgelegt, der eine Eintrittsklausel enthält, ergibt sich daraus für das Grundbuchamt zudem nicht, ob das Eintrittsrecht ausgeübt wurde. Auskunft über den Inhalt des Gesellschaftsvertrags können in erster Linie die Gesellschafter und gegebenenfalls die Erben geben. Diese haben aber bereits in der Bewilligung nach § 19 GBO schlüssig darzulegen, dass das Grundbuch durch die gewollte Eintragung richtig wird (vgl. Senat, Beschluss vom 5.7.2012, 1 W 432/11).

Die Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG ist ebenfalls nicht erforderlich. Die (Sonder-)Erbfolge fällt gemäß § 1 Abs. 2a Satz 2, § 3 Nr. 2 GrEStG, § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 ErbStG nicht unter das Grunderwerbsteuergesetz; zudem wäre eine allgemeine Ausnahme nach § 3 Nr. 6 GrEStG gegeben.

7. BGB §§ 107, 108, 1629, 1776, 1779, 1795, 1909, 1916 (*Ergänzungspfleger für Schenkung einer Photovoltaikanlage an den minderjährigen Sohn*)

1. **Zum Ergänzungspfleger für die Schenkung einer Photovoltaikanlage.**
2. **Die Schenkung einer Photovoltaikanlage durch den Vater an das minderjährige Kind ist, da hierdurch Haftungsrisiken und vertragliche Pflichten entstehen, kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft. Es ist deshalb die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Dresden, Beschluss vom 23.12.2015, 22 WF 1052/15

Der Kindesvater hat mit Schriftsatz vom 14.7.2015 unter Verweis darauf, dass seitens des Finanzamts die Schenkung einer Photovoltaikanlage an das beteiligte Kind V. P. (geboren am ... 2006) nicht anerkannt worden sei, die Bestellung eines Ergänzungspflegers ange-regt.

Daraufhin teilte das Familiengericht zunächst durch Verfügung vom 27.7.2015 mit, dass für die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Schenkung einer Kleinstphotovoltaikanlage an das minderjährige Kind keine Notwendigkeit gesehen werde, da es sich bei einer solchen Schenkung um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft handle. Daraufhin teilte das FA Oschatz dem AG Torgau mit, dass diese Auffassung nicht geteilt werde. Mit Übernahme der Anlage werde der Minderjährige entsprechend geltender Rechtslage zum Unternehmer mit allen damit verbundenen unternehmerischen Rechten, Risiken und Pflichten, wie der Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen. Darüber hinaus trete der Minderjährige als Eigentümer und Betreiber der Anlage in bestehende Vertragsverhältnisse mit dem Energieversorger ein (Einspeisevertrag). Darüber hinaus entstünden Verbindungen zum Grundstückseigentümer, da die Anlage auf einem Gebäudedach installiert sei.

Sodann wurde durch Beschluss des AG Torgau/Zweigstelle Oschatz mit Beschluss vom 20.8.2015 Einzelpflegschaft angeordnet und als Ergänzungspfleger Herr Rechtsanwalt S. in O. bestellt mit dem Wirkungskreis zur Vertretung des Pfleglings bei der Schenkung einer Photovoltaikanlage an den Pfleger durch dessen Vater.

Bei dieser Schenkung handle es sich nach den Darlegungen des FA nicht um ein Rechtsgeschäft mit lediglich rechtlichem Vorteil für das Kind. Durch die Übernahme trete das Kind in bestehende Vertragsverhältnisse ein und übernehme dadurch Verpflichtungen, die bei Nichteinhaltung sanktioniert werden können.

Der Kindesvater hat gegen den ihm am 26.8.2015 zugestellten Beschluss mit Schriftsatz vom 29.8.2015, eingegangen am 4.9.2015, beim AG Torgau Beschwerde eingelegt. Fälschlicherweise sei angenommen, dass gegenüber dem FA Verpflichtungen entstünden. Dies entbehre jeder Realität, wenn eine Nichtveranlagung bis 2015 existiere und eine neue beantragt werde. Bei einem steuerlichen Überschuss von weit unter 2.000 € werde der jährlich steigende Freibetrag pro Person von über 8.000 € nicht überschritten. Auch sei nicht nachvollziehbar, dass die rechtlichen Bindungen zum Grundstückseigentümer einen Ergänzungspfleger erforderlich machen würden. Grundstückseigentümer seien die Eltern, die das Kind bis zur Volljährigkeit dort auch unterbringen. Dann ende der Abschreibungszeitraum der kleinen Stromanlage. Es werde unterstellt, dass das Vertragsverhältnis zum Energieabnehmer nachteilig für das Kind sei. Die Geschäftspapiere seien auf den Sohn V. R. umgeschrieben, die Überweisungen erfolgten auf sein Konto. Der Sohn müsse lediglich den Zählerstand im Mai ablesen, was ihm problemlos möglich sei. Schließlich stelle die Ernennung eines erfahrenen Rechtsanwaltes in Oschatz eine unverhältnismäßige Auswahl dar, weil der Kindesvater aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, ein Auto über solche Distanzen zu fahren oder den Nahverkehr zu nutzen. Der Kindesvater betont darüber hinaus, dass die Schenkung erst zum [1.]1.2014 in Kraft treten solle, da die Steuerfestsetzung für 2013 wegen Geschäftsunfähigkeit des Sohnes rechtskräftig akzeptiert worden sei. Der Restwert der Photovoltaikanlage betrage wegen der Abschreibung nur noch 6.919,29 €.

Aus den Gründen:

II.

1. Die insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist gemäß den §§ 58 ff. FamFG zulässig. Gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft steht den Eltern die befristete Beschwerde nach § 58 FamFG zu (*Ermann/Roth*, BGB, 14. Aufl., Band 2, Rdnr. 18), da durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers ihre Elternrechte beeinträchtigt werden (vgl. auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.6.2012, 6 UF 148/11, FamRZ 2012, 1961, bei Versagung der familiengerichtlichen Genehmigung zur Erbausschlagung; BayObLG, Beschluss vom 29.9.1980, BReg. 1 Z 86/80, FamRZ 1981, 196).

2. Die Beschwerde ist jedoch in der Sache unbegründet, da vorliegend zu Recht ein Ergänzungspfleger für den Wirkungskreis Vertretung des Kindes bei der Schenkung Photovoltaikanlage durch dessen Vater bestellt wurde. Denn die Schenkung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, sondern bringt wegen der mit ihr verbundenen Verpflichtungen rechtliche Nachteile in Form von Haftungsrisiken mit sich.

2.1. Das beteiligte Kind bedarf als Minderjähriger gemäß den §§ 107, 108 BGB der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, wenn es sich um den Abschluss eines nicht lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfts handelt.

Zwar wird ein Rechtsgeschäft, das jemand als Vertreter eines anderen mit sich im eigenen Namen abschließt (Insichgeschäft), über den Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift hinaus als wirksam angesehen, wenn es dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (*Erman/Meier-Reimer*, BGB 14. Aufl., Band 1, § 181 Rdnr. 20). Diese Voraussetzung ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

Denn ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, FamRZ 2005, 359; BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643; OLG Celle, Beschluss vom 7.11.2013, 4 W 186/13, FamRZ 2014, 673). Für die Frage, ob ein Geschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, kommt es nicht auf eine wirtschaftliche Bewertung an, sondern allein auf die unmittelbaren rechtlichen Folgen des Geschäfts. Der Schutzzweck der Norm zielt auf einen wirksamen Minderjährigenschutz ab und gebietet eine konsequente Anwendung des § 107 BGB. Deshalb löst jedweder Rechtsnachteil die Zustimmungsbefähigung des Rechtsgeschäfts gemäß § 107 BGB aus (BFH, Urteil vom 19.12.2007, VIII R 13/05, BStBl II 2008, S. 568). Lediglich für solche, den Minderjährigen kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen, die ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich derart unbedeutend sind, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten, hat die Rechtsprechung § 107 BGB einschränkend ausgelegt (BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, FamRZ 2005, 359; betreffend die gewöhnlichen öffentlichen Lasten des Grundstücks, da sie ihrem Umfang nach begrenzt und in der Regel aus den laufenden Erträgen des Grundstücks gedeckt werden können; demgegenüber wird ein rechtlicher Nachteil angenommen beim Erwerb einer Eigentumswohnung; BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643 wie auch beim Erwerb eines vermieteten und verpachteten Grund-

stücks, BGH, Beschluss vom 3.2.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137).

Unabhängig von der Betrachtung des Vollzuges der Schenkung (§ 518 Abs. 2 BGB) kommt es entscheidend auf den zugrundeliegenden Vertrag an.

a) Als Eigentümer der Photovoltaikanlage treffen den Minderjährigen Verkehrssicherungspflichten und er haftet für die von der Anlage verursachten Schäden unbegrenzt, d. h. nicht nur mit dem Wert der Anlage, der mit unter 7.000 € angegeben wurde, sondern auch mit seinem sonstigen Vermögen. Insoweit ist die Haftungsfreistellung durch den Kindesvater bzgl. Schäden an der Scheune nicht ausreichend, da ein Eigentümerwechsel nicht ausgeschlossen werden kann und auch Schäden am Eigentum Dritter oder Personenschäden entstehen können.

b) Betreiber kleiner Photovoltaikanlagen müssen auch bestimmte technische Vorgaben (§ 9 EEG) beachten, durch die verhindert werden soll, dass das öffentliche Netz überlastet wird. Neben der Übernahme der Verpflichtung des Eigentümers der Photovoltaikanlage, die entsprechenden technischen Vorgaben zu erfüllen, deren Nichteinhaltung wiederum entsprechende Sanktionen nach sich ziehen kann (§ 25 EEG), tritt der Minderjährige auch in die sich aus dem Vertragsverhältnis mit dem Energieversorger ergebenden Rechte und Pflichten ein (Einspeisevertrag). Gemäß § 9 Abs. 1 SysStabV treffen den Photovoltaikanlagenbetreiber zusätzliche Informations- und Mitwirkungspflichten.

c) Wird der durch Photovoltaikanlagen erzeugte Strom an einen Netzbetreiber verkauft, liegt aus steuerlicher Sicht grundsätzlich eine unternehmerische/gewerbliche Tätigkeit vor, die innerhalb eines Monats dem FA mitzuteilen ist (§ 138 AO). In der Folge ist ein entsprechender Vordruck und Fragebogen zur steuerlichen Erfassung der Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit ausgefüllt zu übersenden. Zwar ist es zutreffend, dass der Betreiber einer Photovoltaikanlage als sog. Kleinunternehmer behandelt werden kann, wenn die Umsätze im Gründungsjahr nicht mehr als 17.500 € betragen und haben (Kleinunternehmerregelung nach § 19 UmStG). Die Prüfung erfolgt jedoch jeweils durch das FA und entbindet nicht von der Verpflichtung, die erforderlichen Erklärungen beim FA abzugeben. Der durch den Betrieb einer Photovoltaikanlage entstehende Gewinn gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach § 15 EStG und ist damit dem Grunde nach zu versteuern. Bei Nichtabgabe der erforderlichen Erklärungen können durch das FA entsprechende Sanktionen verhängt werden.

Die den Minderjährigen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Photovoltaikanlage treffenden Pflichten können danach ihrem Umfang nach nicht als hinreichend begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend angesehen werden, dass sie eine einschränkende Auslegung des § 107 BGB rechtfertigen würden.

2.2. Weil das Geschäft wegen der damit verbundenen Verpflichtungen und Haftungsrisiken für den Sohn somit nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, war der Kindesvater an der Vertretung seines Sohnes bei Abschluss des Schenkungsvertrages mit sich bezüglich der Photovoltaikanlage gehindert (§ 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB).

Die Eltern können damit ihr Kind nicht vertreten, weil auch ein Vormund von der Vertretung ausgeschlossen wäre, § 1629 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1795 Abs. 2 BGB, § 181 BGB, so dass gemäß § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen war.

2.3. Auch soweit sich die Beschwerde gegen die Auswahl des Ergänzungspflegers richtet, ist sie unbegründet.

Auf die Auswahl finden grundsätzlich die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Für die Auswahl des Ergänzungspflegers gelten nach § 1916 BGB allerdings nicht die Vorschriften über die Berufung zu Vormundschaft (§§ 1776, 1778 BGB), sondern § 1779 BGB.

Nach § 1779 Abs. 2 BGB soll das Familiengericht eine Person auswählen, die nach ihren Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist. Der bestellte Ergänzungspfleger ist nach seiner juristischen Ausbildung und Praxis als Rechtsanwalt berufen, die Rechte des Minderjährigen entsprechend wahrzunehmen (OLG Schleswig, Beschluss vom 27.3.2002, 2 W 24/02, FamRZ 2003, 117). Das Familiengericht hat damit das ihm zustehende Auswahlermessen nicht fehlerhaft ausgeübt.

Da nach alledem die Bestellung eines Ergänzungspflegers mit dem Wirkungskreis, Vertretung des Kindes bei der Schenkung einer Photovoltaikanlage durch den Kindesvater (§ 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1695 Abs. 2, §§ 181, 1909 BGB) erforderlich und dieser ordentlich ausgewählt ist, ist die Beschwerde zurückzuweisen.

[...]

8. BGB § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1836d Nr. 1; FamFG § 7 Abs. 2 Nr. 1, § 59 Abs. 1 (*Beschwerde des Testamentsvollstreckers gegen die Festsetzung der Betreuervergütung*)

1. **Bei einer durch ein Behindertentestament auf den Betroffenen übertragenen (Vor-)Erbschaft und gleichzeitiger Anordnung der Testamentsvollstreckung wird der Testamentsvollstrecker durch die Festsetzung der Betreuervergütung aus dem Vermögen des Betroffenen nicht in eigenen Rechten unmittelbar betroffen.**
2. **Er ist deshalb weder an dem Vergütungsfestsetzungsverfahren zu beteiligen noch steht ihm gegen die abschließende Festsetzungsentscheidung ein Beschwerderecht zu.**

BGH, Beschluss vom 15.4.2015, XII ZB 534/14

Die geistig behinderte Betroffene ist durch Testament vom 12.9.2001 zur alleinigen befreiten Vorerbin ihrer im Jahr 2008 verstorbenen Mutter bestimmt worden. Der Nachlass stellt derzeit ihr wesentliches Vermögen dar. In dem Testament ordnete die Erblasserin eine Testamentsvollstreckung als Dauervollstreckung auf Lebenszeit der Betroffenen an und ernannte den Rechtsbeschwerdeführer zum Testamentsvollstrecker, der dieses Amt bis heute ausübt.

Mit Beschluss vom 2.6.2014 hat das Betreuungsgericht eine Vergütung des Betreuers aus dem Vermögen der Betroffenen i. H. v. 198 € sowie die Erstattung bereits von der Staatskasse verauslagter Betreuervergütungen aus dem Vermögen der Betroffenen i. H. v. 792 € festgesetzt. Mit weiterem Beschluss vom 3.6.2014 hat das Betreuungsgericht eine Vergütung des Betreuers aus dem Vermögen der Betroffenen i. H. v. 330 € festgesetzt.

Gegen diese Beschlüsse hat der Rechtsbeschwerdeführer mit Schreiben vom 10.6.2014 Beschwerde eingelegt und zugleich seine Hinzuziehung zu dem Vergütungsverfahren als Beteiligter beantragt. Mit Beschluss vom 24.6.2014 hat das Betreuungsgericht den Antrag des Rechtsbeschwerdeführers auf Verfahrensbeteiligung abgelehnt und dessen Beschwerden gegen die Beschlüsse vom 2.6.2014 und 3.6.2014 „zurückgewiesen“. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom LG zugelassene Rechtsbeschwerde, mit der der Rechtsbeschwerdeführer weiter seine Verfahrensbeteiligung und die Aufhebung der Vergütungsfestsetzungsbeschlüsse anstrebt.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft (vgl. Senat, Beschluss vom 5.1.2011, XII ZB 152/10, FamRZ 2011, 368 Rdnr. 2) und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis des Beschwerdeführers ergibt sich daraus, dass seine Erstbeschwerde gegen den Beschluss des Betreuungsgerichts ohne Erfolg geblieben ist (vgl. Senat, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14, FamRZ 2015, 249 Rdnr. 4 m. w. N.).

Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Soweit sich der Rechtsbeschwerdeführer gegen die Festsetzung der Betreuervergütung wendet, ist sie mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Beschwerde gegen die entsprechenden betreuungsgerichtlichen Beschlüsse vom 2.6.2014 und 3.6.2014 verworfen wird. Insoweit ist bereits die Erstbeschwerde unzulässig gewesen, weil dem Rechtsbeschwerdeführer die Beschwerdebefugnis gefehlt hat.

1. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass der Rechtsbeschwerdeführer als Testamentsvollstrecker nicht am Verfahren zur Festsetzung der Betreuervergütung zu beteiligen ist.

a) Der Kreis der Personen, die in Betreuungssachen (§ 271 FamFG) von Amts wegen oder auf Antrag am Verfahren beteiligt werden können, bestimmt sich nach § 7 Abs. 3, § 274 Abs. 4 FamFG. Als Testamentsvollstrecker wird der Rechtsbeschwerdeführer von dieser abschließenden Regelung der Kann-Beteiligten (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 179) nicht erfasst.

b) Als Testamentsvollstrecker ist der Rechtsbeschwerdeführer auch nicht zwingend am Verfahren zu beteiligen. Nach § 274 Abs. 1 und 2 FamFG sind nur der Betroffene, der Betreuer und der Vorsorgebevollmächtigte, soweit ihr Aufgabenkreis betroffen ist, und der Verfahrenspfleger sog. Muss-Beteiligte in Betreuungssachen. Allerdings schließt die Regelung in § 274 Abs. 1 FamFG eine ergänzende Anwendung der allgemeinen Vorschrift in § 7 Abs. 2 FamFG nicht aus (*Keidell/Budde*, FamFG, 18. Aufl., § 274 Rdnr. 1; *Prütting/Helms/Fröschle*, FamFG, 3. Aufl., § 274 Rdnr. 2; BT-Drucks. 16/6308, S. 179).

aa) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG sind diejenigen als Beteiligte zum Verfahren hinzuzuziehen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird. Die Vorschrift knüpft an den materiellen Beteiligtenbegriff an (*Keidell/Budde*, FamFG, 18. Aufl., § 7 Rdnr. 11) und entspricht damit inhaltlich den Voraussetzungen für die Beschwerdeberechtigung in § 59 Abs. 1 FamFG.

Eine Rechtsbeeinträchtigung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Entscheidungssatz des angefochtenen Beschlusses unmittelbar in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Recht eingreift (Senat, Beschluss vom 19.1.2011, XII ZB 326/10, FamRZ 2011, 465 Rdnr. 9 m. w. N.). Die angefochtene Entscheidung muss daher 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 (Senat, Beschluss vom 8.10.2014, XII ZB 406/13, FamRZ 2015, 42 Rdnr. 14 m. w. N.). Eine Beeinträchtigung lediglich wirtschaftlicher, rechtlicher oder sonstiger berechtigter Interessen genügt dagegen nicht (*Keidell/Meyer-Holz*, FamFG, 18. Aufl., § 59 Rdnr. 6).

bb) Gemessen hieran hat das Beschwerdegericht eine unmittelbare Betroffenheit des Beschwerdeführers in eigenen Rechten durch die Entscheidungen im Verfahren zur Festsetzung der Betreuervergütung zu Recht verneint.

(1) Die Aufgabe des Testamentsvollstreckers besteht darin, entsprechend dem Willen und unter Beachtung der Anordnungen des Erblassers (§ 2216 Abs. 2 BGB) die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB) und den Nachlass zu verwalten (§ 2205 BGB). Hierzu ist er regelmäßig mit umfassenden Befugnissen ausgestattet, die ihm die Erfüllung der ihm anvertrauten Aufgabe ermöglichen (vgl. §§ 2205, 2206, 2207 BGB). In seiner Amtsführung ist der Testamentsvollstrecker unabhängig, soweit nicht das Gesetz oder der Erblasser selbst ihm Bindungen auferlegt haben (vgl. BGHZ 25, 275, 279 = NJW 1957, 1916). Stets hat er jedoch den ausdrücklich geäußerten oder mutmaßlichen Willen des Erblassers zu beachten (vgl. MünchKommBGB/Zimmermann, 6. Aufl., § 2203 Rdnr. 13). Denn innerhalb der zwingenden gesetzlichen Schranken ist der Wille des Erblassers die oberste Norm für die Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers (BayObLG, NJW-RR 2000, 298, 300).

(2) In der so umschriebenen Rechtsstellung wird der Testamentsvollstrecker durch die Festsetzung der Betreuervergütung aus dem Vermögen der Betroffenen nicht unmittelbar beeinträchtigt.

(a) Allerdings steht der Nachlass, der der Testamentsvollstreckung unterfällt, nur dann für Vergütungsansprüche eines Betreuers des Erben zur Verfügung, wenn dies mit den vom Erblasser im Testament getroffenen Verwaltungsanordnungen zu vereinbaren ist, die vom Testamentsvollstrecker vollzogen werden müssen. Die durch ein Behindertentestament angeordnete (Vor-)Erbchaft bei gleichzeitiger Anordnung der Testamentsvollstreckung führt zu einer Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben gemäß § 2211 BGB. Demgemäß können sich die Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten, § 2214 BGB. Dies schließt auch eine Verwertung des Nachlasses für die Betreuervergütung grundsätzlich aus.

Der Erbe hat einen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass der Testamentsvollstrecker die vom Erblasser getroffenen Verwaltungsanordnungen im Sinne des § 2216 Abs. 2 BGB umsetzt. Dieser Anspruch, der sich in diesem Zusammenhang auf die Freigabe der zu entrichtenden Betreuervergütung richtet, gehört zum Vermögen der Betroffenen im Sinne von § 90 SGB XII. Daher ist durch Auslegung der an den Testamentsvollstrecker adressierten Verwaltungsanordnungen zu ermitteln, ob der Erblasser auch Vergütungsansprüche des Betreuers ausschließen wollte (vgl. Senat, Beschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, FamRZ 2013, 874 Rdnr. 22 f.). Stehen die im Testament getroffenen Verwaltungsanordnungen an den Testamentsvollstrecker einer Entnahme der Betreuervergütung aus dem Nachlass entgegen, ist der Erbe mittellos im Sinne des § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1836d Nr. 1 BGB und der Betreuer kann seine Vergütung nur aus der Staatskasse verlangen.

(b) Gleichwohl lässt sich ein Recht auf Verfahrensbeteiligung auch nicht mit der Erwägung des Beschwerdeführers begründen, dass er als Testamentsvollstrecker sonst keinen Einfluss auf die vom Gericht im Vergütungsverfahren vorzunehmende Auslegung der letztwilligen Verfügung habe. Zwar können Erkenntnisse, über die der Testamentsvollstrecker verfügt, zur Feststellung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers hilfreich sein. Ein Beteiligungsrecht

nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG lässt sich daraus jedoch nicht herleiten. Denn die Auslegung des Testaments im Vergütungsverfahren ist für den Testamentsvollstrecker nicht bindend. Vielmehr ist es ihm unbenommen, bei Zweifeln an der Auslegung einer letztwilligen Verfügung gegenüber dem Erben oder sonstigen Anspruchstellern vor dem Prozessgericht eine entsprechende Feststellungsklage (§ 256 ZPO) zu erheben (MünchKommBGB/Zimmermann, 6. Aufl., § 2202 Rdnr. 25 m. w. N.) oder sich, gestützt auf § 2214 BGB, gegen die Zwangsvollstreckung in den von der Testamentsvollstreckung erfassten Nachlass zu wenden (Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 2214 Rdnr. 2).

2. Dem Beschwerdeführer steht auch keine Beschwerdeberechtigung gegen die Vergütungsfestsetzungsbeschlüsse im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG zu. Zwar kommt es hierfür nicht darauf an, ob und inwieweit der Beschwerdeführer verfahrensrechtlich als Beteiligter anzusehen ist (BGH, Beschluss vom 24.4.2013, IV ZB 42/12, FamRZ 2013, 1035 Rdnr. 20 m. w. N.). Der Begriff der Rechtsbeeinträchtigung in § 59 Abs. 1 FamFG ist jedoch inhaltsgleich mit dem Begriff der unmittelbaren Rechtsbetroffenheit in § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG. Deshalb führt die fehlende unmittelbare Rechtsbetroffenheit, die einer Verfahrensbeteiligung des Beschwerdeführers entgegensteht, auch dazu, dass es ihm an der Beschwerdebefugnis gegen die in diesem Verfahren ergangenen Entscheidungen mangelt. Da sich eine Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers auch nicht aus § 303 FamFG ergibt, weil der Testamentsvollstrecker nicht zu dem in dieser Vorschrift genannten Personenkreis zählt, hätte das Beschwerdegericht die Erstbeschwerde des Beschwerdeführers gegen die Vergütungsfestsetzungsbeschlüsse als unzulässig verwerfen müssen. Dies ist vom Senat nachzuholen.

Anmerkung:

1. Primär ging es in der zu besprechenden Entscheidung darum, ob der Testamentsvollstrecker im Verfahren um die Festsetzung der Betreuervergütung hinzuzuziehen ist, wenn sich die Testamentsvollstreckung auf die Nachlassbeteiligung eines geistig behinderten Erben bezieht, der unter Betreuung steht. Der Senat gelangte hier zu dem Ergebnis, dass es keinen Anspruch des Verwaltungstestamentsvollstreckers auf Hinzuziehung im Verfahren um die Festsetzung der Betreuervergütung gäbe, da der Testamentsvollstrecker durch die Festsetzung der Betreuervergütung nicht in eigenem Recht betroffen werde. Der BGH führt insofern zu Recht aus, dass eine Beteiligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG nur dann erforderlich ist, wenn eine unmittelbare Beeinträchtigung in eigenen Rechten vorliegt. Eine bloße mittelbare Beeinträchtigung bloßer wirtschaftlicher oder sonstiger berechtigter Interessen reiche nicht aus, um einen Anspruch auf Beteiligung im Verfahren zu rechtfertigen.

2. Für die notarielle Praxis ist freilich diese Aussage zur Frage der Beteiligtenstellung des Verwaltungstestamentsvollstreckers im Verfahren um die Festsetzung der Betreuervergütung von keiner Bedeutung und würde es nicht rechtfertigen, das Urteil an dieser Stelle zu besprechen. Durchaus von erheblicher praktischer Bedeutung sind aber die Feststellungen, die der Senat im *obiter dictum* trifft. Hierzu führt der Senat nämlich aus, dass sich zwar grundsätzlich der Anspruch des Betreuers auf Zahlung der Betreuervergütung gegen die Nachlassbeteiligung des behinderten Erben richtet, dass der Nachlass allerdings nur dann für Vergütungsansprüche eines Betreuers des Erben zur Verfügung stehe, wenn dies mit dem vom Erblasser im Testament getroffenen Verwaltungsanordnungen zu vereinbaren ist. Insofern führt der XII. Zivilsenat

mit der Entscheidung vom 15.4.2015 dasjenige fort, was er bereits in der Entscheidung vom 27.3.2013¹ begründet hat. Der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung noch einmal deutlicher als in der Entscheidung vom 27.3.2013, dass sich die Frage, inwieweit Gläubiger des Erben auf die Nachlassbeteiligung, die der Dauertestamentsvollstreckung unterliegen, zugreifen können, nach der Verwaltungsanordnung beurteilt.

Bezogen auf die konkrete Fragestellung der Betreuervergütung führt der Senat aus, dass, sofern die im Testament getroffene Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker einer Entnahme der Betreuervergütung aus dem Nachlass entgegenstehe, der Erbe insoweit mittellos im Sinne der § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1836 d Nr. 1 BGB sei und der Betreuer daher seine Vergütung nur aus der Staatskasse verlangen könne. *Litzenburger*² zieht hieraus den Schluss, dass es sinnvoll sei, in Zukunft in der Verwaltungsanordnung bei einem Behindertentestament ausdrücklich festzulegen, dass eine etwaige Betreuervergütung nicht aus dem verwalteten Vermögen bezahlt werden dürfe. In der Tat ist es zumindest nicht abwegig in Zukunft eine derartige Ergänzung der Verwaltungsanordnung vorzusehen. In erster Linie ergibt sich aber aus der hier vorliegenden Entscheidung des BGH für die notarielle Praxis nochmals deutlich, dass bei der Formulierung der Verwaltungsanordnungen für den Testamentsvollstrecker sorgfältig vorgegangen werden sollte. Insofern stellt sich immer die Frage, ob es tatsächlich sinnvoll ist, dem Testamentsvollstrecker große Ermessensspielräume im Hinblick auf die Verwertung des Vermögens zuzubilligen oder ob es vorzugswürdig ist, eine genaue Anordnung für die Verwendung des Vermögens zu treffen. Wie ich bereits in meiner Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 27.3.2013³ herausgestellt habe, steht insoweit die Verwaltungsanweisung im Sinne des § 2216 BGB in dem Spannungsfeld, dass durch eine zu weite Verwaltungsanweisung möglicherweise der Zugriff einzelner Gläubiger auf die Nachlasssubstanz ermöglicht wird, andererseits aber durch eine zu enge Verwaltungsanweisung die Verwendung der Nachlasssubstanz für die Zwecke des Behinderten nur sehr eingeschränkt möglich ist.

3. Über die konkreten Folgerungen für die Gestaltung der Verwaltungsanweisung in der notariellen Praxis hinaus lassen sich meiner Auffassung nach aus der hier vorliegenden Entscheidung des Senats auch wichtige dogmatische Schlüsse für das grundsätzliche Verständnis der Funktion des Behindertentestaments ziehen: Aus meiner Sicht kommt der Dauertestamentsvollstreckung beim Behindertentestament die entscheidende Funktion zu, da die Dauertestamentsvollstreckung den Gläubigerzugriff auf die Nachlasssubstanz, die dem Behinderten zugewandt wurde, verhindert.⁴ Insofern ist für die Frage, inwieweit Gläubiger auf die Nachlasssubstanz zugreifen können, wie sich aus den beiden zitierten Entscheidungen des BGH vom 15.4.2015 und 27.3.2013 ergibt, die Formulierung der Verwaltungsanordnung von entscheidender Bedeutung. Letztlich wird über die Verwaltungsanordnung gesteuert, für welche Ansprüche die Nachlassbeteiligung des Behinderten zur Verfügung steht. Aus der hier vorliegenden Entscheidung des BGH ergibt sich aber auch, dass die Frage der Verwertbarkeit der Nachlasssubstanz für Gläubigeransprüche erst die zweite Stufe in der Prüfungsreihenfolge dar-

stellt. Auf der sozusagen ersten Stufe wird dagegen – unabhängig von der Konstruktion des Behindertentestaments – geprüft, ob überhaupt ein Anspruch besteht. Diese Frage wird allein durch das Betreuungsrecht beantwortet. Insofern war der Testamentsvollstrecker hier auch zutreffend nicht als Verfahrensbeteiligter hinzuzuziehen. Erst auf der zweiten Stufe muss sodann geklärt werden, ob sich der Anspruch auch gegen diejenige Vermögenssubstanz richtet, die der Dauertestamentsvollstreckung unterlag.

Eine ähnliche Überlegung lässt sich aus dem Urteil des BSG vom 17.2.2015⁵ entnehmen. Dort hat der Senat zu der Frage Stellung genommen, inwieweit durch einen Erbfall zugeflossenes Nachlassvermögen als bereite Mittel im Sinne des Sozialleistungsrechts angesehen werden müssen, wenn Dauertestamentsvollstreckung angeordnet ist. Auch hier stellt der Senat dar, dass auf einer ersten Stufe zunächst zu prüfen ist, ob es sich um Einkommen oder Vermögen im sozialhilfrechtlichen Sinne handelt. Erst auf der zweiten Stufe ist sodann zu berücksichtigen, ob diese Mittel dem Zugriff des Sozialleistungsträgers entzogen sind, weil es sich um solche Mittel handelt, hinsichtlich derer Dauertestamentsvollstreckung angeordnet ist.

Aus der Entscheidung sowohl des BGH als auch des BSG lässt sich also entnehmen, dass in dogmatischer Hinsicht getrennt werden muss zwischen der Frage, ob Ansprüche gegen den behinderten Erblasser bestehen (erste Stufe) und ob diese sodann auch gegen den Nachlass durchgesetzt werden können oder ob dem die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung mit Verwaltungsanordnung entgegensteht (zweite Stufe). Eine derartige Trennung der verschiedenen Prüfungsstufen erleichtert aus meiner Sicht die praktische Handhabung des Behindertentestaments.

Notar Dr. Jens Tersteegen, Köln

5 B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015, 484 m. Anm. Tersteegen.

9. BGB § 2084 (*Ermittlung des Erblasserwillens bei einer Regelung für den Fall des „gleichzeitigen Todes“ der Ehegatten*)

Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament einander gegenseitig zu Erben eingesetzt, ohne einen Schlusserben zu bestimmen, was regelmäßig dafür spricht, dass der Überlebende über das Gesamtvermögen auch von Todes wegen frei sollte verfügen können, so kann die Anordnung „Sollten wir beide durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben, so erbt ...“ auch den Fall erfassen, dass der Überlebende wegen zeitnahen Nachversterbens zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist. (Von der Schriftleitung gekürzter Leitsatz)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.7.2015, I-3 Wx 193/14

Die zwischen dem 27.6. und 4.7.2012 verstorbenen Erblasser wurden am 4.7.2012 in ihrer gemeinsamen Wohnung tot aufgefunden. Nach den Ermittlungen der Polizei und den Angaben des Dr. B. ist der Erblasser kurze Zeit vor seiner Ehefrau gestorben.

Die zwischenzeitlich verstorbene Antragstellerin E. G., die von ihrem Ehemann, dem Beteiligten zu 1, beerbt worden ist, sowie der Beteiligte zu 3 sind leibliche Abkömmlinge der Erblasserin; die Beteiligte zu 2 ist die Tochter des Erblassers.

1 XII ZB 679/11, MittBayNot 2013, 390 m. Anm. Tersteegen.

2 FD-ErbR 2015, 369100.

3 XII ZB 679/11, MittBayNot 2013, 390 m. Anm. Tersteegen.

4 Tersteegen, ZEV 2008, 121.

Die Erblasser haben am 18.1.1983 ein eigenhändiges Ehegattentestament errichtet, das von der Stadtparkasse O. am 7.5.2013 bei dem Nachlassgericht zur Eröffnung eingereicht wurde und wie folgt lautet:

„O., den 18.1.1983

Testament!

Für den Fall, dass ich vor meiner Frau sterbe, vererbe ich ihr meinen gesamten Nachlass.

Für den Fall, dass meine Frau vor mir stirbt, erbe ich ihren gesamten Nachlass.

Sollten wir beide durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben, so erbt das auf meinem Sparkonto befindliche Geld meine Tochter H. T.

Das auf dem Konto meiner Frau befindliche Geld, sollen die Kinder meiner Frau E. G. und A. M. zu gleichen Teilen bekommen.

Allen anderen in der Wohnung befindlichen Nachlass, einschließlich Auto, Garage und Keller soll zu gleichen Teilen an die aufgeführten Erben gehen.

Die Kosten der Bestattung hat der bzw. die jeweiligen Erben zu tragen.

Dieses Testament wurde in beiderseitigem Einverständnis gemacht!

F. K.

S. K.“

Der Beteiligte zu 3 hatte die Erbschaft nach seiner Mutter durch notarielle Urkunde vom 23.8.2012 ausgeschlagen. Diese Ausschlagung hat er am 10.7.2013 vor dem Rechtspfleger des AG Geldern angefochten und trägt dazu vor, seine Ausschlagung sei wegen des später aufgefundenen Testaments vom 18.1.1983 gegenstandslos. Überdies habe ihm seine Schwester E. G. bewusst wahrheitswidrig vorgespiegelt, dass der Nachlass überschuldet sei. Er sei von ihr dazu gedrängt worden, noch am Tage der Beerdigung den von ihr organisierten Notartermin zur Abgabe seiner Erklärung wahrzunehmen. Über die Bedeutung und Reichweite seiner Erklärung habe ihn der Notarvertreter H. nicht belehrt. Erst später habe er von dem Testament seiner Mutter Kenntnis erlangt; bei Kenntnis dieses Umstandes hätte er die Erbschaft niemals ausgeschlagen.

Der Beteiligte zu 1 hat als Ehemann und Erbe der verstorbenen Antragstellerin die Ausstellung zweier Erbscheine beantragt, die zum einen die Erblasserin als alleinige Erbin des zuerst verstorbenen Erblassers sowie seine verstorbene Ehefrau als Alleinerbin der nachverstorbenen Erblasserin ausweisen.

Der Beteiligte zu 3 ist dem entgegengetreten und hat geltend gemacht, er habe nach Anfechtung seiner Ausschlagungserklärung die nachverstorbenen Erblasserin gemeinsam mit seiner zwischenzeitlich verstorbenen Schwester E. G. beerbt.

Die Beteiligte zu 2 hat sich ebenfalls gegen den Antrag gewandt und geltend gemacht, sie habe ihren Vater, den Erblasser, allein beerbt, da infolge des gleichzeitigen Versterbens der Ehegatten die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

Das AG hat mit Beschluss vom 26.5.2014 die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags der zwischenzeitlich verstorbenen Antragstellerin E. G. erforderlich sind, für festgestellt erachtet und im Wesentlichen ausgeführt:

Nach dem eigenhändigen Ehegattentestament vom 18.1.1983 sei der zuerst verstorbene Erblasser von seiner Ehefrau allein beerbt worden. Obwohl die Sterbeurkunden beider Erblasser denselben Todeszeitraum ausweisen, seien sie nicht gleichzeitig verstorben, so dass – entgegen der Meinung der Beteiligten zu 2 – nach dem Ehemann nicht die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Von einem gleichzeitigen Tod könne in erbrechtlicher Hinsicht nur dann die Rede sein, wenn die untereinander erbberechtigten Personen im gleichen Bruchteil einer Sekunde, also zur selben Zeit den Tod gefunden haben. Nach den eindeutigen und widerspruchsfreien Feststellungen der ermittelnden Polizeibeamten wiesen die Auffindesituation und der Zustand der Verstorbenen auch nach Auffassung des Gerichts zweifelsfrei darauf hin, dass der Ehemann zunächst verstorben und die Ehefrau in einem Abstand von einem bis mehreren Tagen infolge Unterversorgung ebenfalls zu Tode gekommen sei.

Die nachverstorbenen Erblasserin sei nach gesetzlicher Erbfolge von der mittlerweile verstorbenen Antragstellerin allein beerbt worden, so dass der beantragte Erbschein zu erteilen sei.

Die sog. Unfallklausel („Sollten wir beide durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben...“) finde hier keine Anwendung. Gehe man davon aus, dass die Ehegatten nicht zu demselben Zeitpunkt, sondern im Abstand von einem bis mehreren Tagen hintereinander verstorben sind, so komme hinzu, dass diese auch nicht infolge eines Unfalls, also nicht aufgrund desselben plötzlichen Ereignisses, also gleichsam aus gleicher Ursache, verstorben sind, wie es zum Beispiel bei einer Naturkatastrophe oder einem Verkehrsunfall der Fall wäre. In Ermangelung weiterer tatsächlicher Anhaltspunkte zum beiderseitigen Willen der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung lege das Gericht die entsprechende Klausel eng aus. Die Erblasser hätten keine gemeinsamen Abkömmlinge, so dass es durchaus ihrem übereinstimmenden Willen entsprochen haben könne, dass der überlebende Ehegatte frei über sein Vermögen solle verfügen können oder anderenfalls die gesetzliche Erbfolge eintreten solle. Nur vor diesem Hintergrund mache es auch Sinn, dass die Ehegatten für den – unwahrscheinlichen – Fall des echten gleichzeitigen Versterbens alle beiderseitigen Abkömmlinge gleichermaßen bedenken wollten.

Die mittlerweile verstorbene Antragstellerin habe die Erblasserin nach gesetzlicher Erbfolge allein beerbt, da die weiteren gesetzlichen Erben – so auch der Beteiligte zu 3 – die Erbschaft nach der Erblasserin wirksam ausgeschlagen hätten.

Die am 10.7.2013 erklärte Anfechtung seiner notariellen Ausschlagungserklärung vom 23.8.2012 greife im Ergebnis nicht durch.

Hiergegen beschwert sich die Beteiligte zu 2, beantragt, den angefochtenen Beschluss zu ändern und den Erbscheinsantrag zurückzuweisen und macht geltend, das AG habe zu Unrecht die Erteilung der beantragten Erbscheine zugunsten des Beteiligten zu 1 bewilligt.

Zunächst stehe nicht fest, dass ihr Vater vor seiner Ehefrau verstorben ist. Ausweislich der erteilten Sterbeurkunden seien die Eheleute K. zwischen dem 27. Juni und 4.7.2012 verstorben. Aus den Feststellungen der ermittelnden Polizeibeamten ergebe sich auch nicht mit der hier erforderlichen Sicherheit, dass ihr Vater vor seiner Ehefrau verstorben ist. Auch die ärztliche Stellungnahme des Dr. B. vom Gesundheitsamt der Stadt Oberhausen vom 25.3.2013 könne den exakten Todeszeitpunkt nicht angeben und beziehe sich nur auf die Beschreibung des Leichenzustandes und des Fundortes der Leichen. Stehe hiernach der Todeszeitpunkt der verstorbenen Eheleute K. nicht exakt fest, so komme die weitere Regelung (Unfallklausel) des gemeinschaftlichen Testaments vom 18.1.1983 zum Tragen, die aufgrund der besonderen Konstellation hier anwendbar sei. Die Erblasser hätten erkennbar eine Regelung für den Fall treffen wollen, dass der/die Überlebende eine weitere, eigene letztwillige Verfügung nicht mehr treffen konnte, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass beide Erblasser in zweiter Ehe verheiratet waren und jeweils Nachkommen hatten. Da sich von dem Gesamtnachlass von 86.000 € ein Betrag von 81.000 € auf dem Konto des verstorbenen Erblassers befinden, sei sie, die Beteiligte zu 2, zumindest in Höhe dieses Betrages Erbin geworden und bestehe für eine Alleinerbenstellung der verstorbenen Frau E. G. bzw. deren Erben hiernach kein Anhalt. Den Ausführungen des AG zur unwirksamen Anfechtung der Ausschlagungserklärung des Beteiligten zu 3 schließe sie, die Beteiligte zu 2, sich an.

Das AG hat mit weiterem Beschluss vom 12.8.2014 der Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, es sei nach wie vor aufgrund der seinerzeit vor Ort getroffenen umfangreichen Feststellungen der Polizei zur Auffindesituation und zum Zustand der Leichen der Überzeugung, dass der Ehemann deutlich vor der Ehefrau verstorben sei. Auch spreche die gesamte Auffindesituation dafür, dass der Ehemann aufgrund seiner Vorerkrankungen im Bett verstorben, während die demente Ehefrau aufgrund mangelnder Versorgung durch den Ehemann zu Tode gekommen sei. Die Ausführungen zur „Unfallklausel“ orientierten sich am Wortlaut der letztwilligen Verfügung und an den bekannten Umständen.

Der Beteiligte zu 1, der um Zurückweisung der Beschwerde bittet, verteidigt die Auffassung des AG. Der zeitliche Ablauf des Versterbens der Erblasser ergebe sich aus umfangreichen Untersuchungen der Polizei. Die im Testament getroffene Unfallklausel sei nicht anzuwenden, da hier nicht ein Versterben innerhalb einer gemeinsamen Gefahr, wie zum Beispiel aufgrund eines Autounfalls, eines Flugzeugabsturzes oder einer anderen Katastrophe vorgelegen habe.

Der Beteiligte zu 3 führt aus, zur Reihenfolge des Versterbens der Erblasser teile er die auf polizeiliche Ermittlungen gestützte Ansicht des AG ebenso wie hinsichtlich der Auslegung des Testaments. Zur Alleinerbenstellung der ursprünglichen Antragstellerin des Erbscheinsverfahrens sei er anderer Auffassung, verzichte jedoch auf eine eigene Beschwerde und möchte die Angelegenheit als für ihn abgeschlossen betrachten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

1. Das gemäß §§ 38, 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2, § 352 Abs. 1 FamFG als Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Beteiligten zu 2 ist nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG dem Senat zur Entscheidung angefallen.

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

a) 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 (*Palandt/Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 2353 Rdnr. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB.

b) Mit Erfolg wendet sich die Beteiligte zu 2 gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts, die zur Begründung der Erbscheinsanträge der zwischenzeitlich verstorbenen Antragstellerin E. G. vom 1.7.2013 auf der Basis des gemeinschaftlichen Testaments der Erblasser vom 18.1.1983 erforderlichen Tatsachen für festgestellt zu erachten (§ 352 Abs. 1 FamFG).

aa) Die Ihrerseits verstorbene, von dem Beteiligten zu 1 allein beerbte, Antragstellerin ist aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments der verstorbenen Erblasser – auch bei als wirksam unterstellter Ausschlagung der Erbschaft von Seiten ihres Bruders, des Beteiligten zu 3 – nicht Alleinerbin nach ihrer Mutter geworden.

Das gemeinschaftliche Testament erweist sich insoweit als nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig (§ 2084 BGB), als nicht klar ist, ob die Ehegatten allein eine Erbeinsetzung bei ihrem zeitgleichen Ableben (durch Unfall) treffen wollten – ein solch enges Begriffsverständnis zugrunde gelegt, wird indes nur ein sehr seltenes Ereignis beschreiben, das praktisch kaum je vorkommt (OLG Thüringen, ErbR 2015, 249) – oder sie damit auch den Fall geregelt haben, dass sie in geringem zeitlichen Abstand von jedenfalls wenigen Tagen nacheinander versterben. Diese Überlegung rechtfertigt es, dem Sinngehalt der Formulierung näher nachzugehen (OLG Thüringen, a. a. O.).

(a) Es ist daher im Wege der (erläuternden) Testamentsauslegung der wirkliche Wille der Ehegatten zu erforschen. Diese soll klären, was ein Erblasser mit seinen Worten sagen wollte und nicht etwa einen von der Erklärung losgelösten Willen ermitteln. Grundsätzlich ist bei nicht eindeutigem und daher auslegungsbedürftigem Testamentswortlaut gemäß §§ 133, 2084 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte und ob er mit ihnen genau das unmissverständlich wiedergab, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGHZ 86, 45; NJW 1993, 256). Ein Abweichen vom Wortsinn setzt allerdings voraus, dass Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, dass der Erklärende mit

seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 80, 246; BayObLG, FamRZ 1986, 835). Bei gemeinsamen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament ist für jede zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Testierenden mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen entsprochen hat, wobei der übereinstimmende Wille zur Zeit der Testamentserrichtung maßgebend ist (BGHZ 112, 229, 233).

(b) Die Formulierungen „bei gleichzeitigem Ableben“ oder „bei gleichzeitigem Versterben“ werden in der neueren Rechtsprechung nahezu einhellig (OLG Thüringen, a. a. O.) über den strengen Wortsinn hinaus, nach dem nur der Fall geregelt wäre, in dem die untereinander erbberechtigten Personen im gleichen Bruchteil einer Sekunde den Tod finden, so ausgelegt, dass sie auch noch Fallgestaltungen betreffen, in denen sie innerhalb eines kurzen Zeitraumes nacheinander versterben und der Überlebende zu neuerlicher Testamentserrichtung nicht in der Lage ist (OLG Thüringen, a. a. O.). Wenn auch hier von einem „gleichzeitigen Tod“ nur im weiteren Sinne die Rede sein kann, so besteht in diesen Situationen aber im Hinblick auf den Sinn einer derartigen Regelung praktisch kein Unterschied zum gleichzeitigen Tod der Ehegatten im engeren Sinne (OLG München, FGPrax 2014, 33, 34).

Ehegatten, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ohne diese Regelung mit einer Erbeinsetzung für den Tod des Längerlebenden von ihnen (Schlusserbeinsetzung) zu verbinden, bezwecken damit, dass dem Überlebenden der Nachlass des Erstversterbenden zufällt und dass er über das Gesamtvermögen auch von Todes wegen frei verfügen kann. Ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht dann für den Fall des „gleichzeitigen Todes“, in dem es nicht zu einer Beerbung des einen Ehegatten durch den anderen und zu einer weiteren Verfügung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten kommt. Dieser Regelungsbedarf besteht nicht nur für den Fall des in engerem Sinn gleichzeitigen Todes, sondern auch in Fällen, in denen die Ehegatten innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander sterben, sei es aufgrund ein und derselben Ursache, zum Beispiel eines Unfalls, sei es aufgrund verschiedener Ursachen, wenn der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten. In diesem Fall des Versterbens kurz nacheinander würde zwar die gegenseitige Erbeinsetzung greifen, doch hinge es vom Zufall der Reihenfolge des Versterbens ab, ob, wenn keine entsprechende letztwillige Verfügung getroffen wurde, den gesetzlichen Erben des Ehemannes oder den gesetzlichen Erben der Ehefrau das gesamte Vermögen beider Eheleute zufließt. Es ist daher sinnvoll und naheliegend, wenn die Ehegatten die gegenseitige Beerbung anordnen und im Übrigen dem Überlebenden freie Hand lassen wollen, eine zusätzliche Regelung jedenfalls für den Fall zu treffen, dass keiner den anderen überlebt oder der Überlebende wegen zeitnahen Nachversterbens zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist. Auf diese Fallgestaltung wollen Ehegatten mit der Verwendung von Formulierungen wie „bei gleichzeitigem Ableben“ die Erbeinsetzung des Drittbedachten regelmäßig beschränken und so dem Überlebenden von ihnen die Bestimmung überlassen, wer ihn beerben soll (OLG München, a. a. O., 34 f. mit Nachw.; dem folgend auch OLG Nürnberg, ZErB 2015, 130).

bb) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Senat der Auffassung, dass dem gemeinschaftlichen Testament Umstände entnommen werden können, die darauf hindeuten, dass die Ehegatten durch die Formulierung „Sollten wir beide durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben“ den Fall, dass sie

unvorhergesehen nacheinander in geringem zeitlichen Abstand versterben, geregelt haben.

(a) Das gemeinschaftliche Testaments der Erblasser vom 18.1.1983 enthält von seinem Wortlaut her in der ersten Alternative (Vorversterben eines der Ehegatten) eine durchaus nachvollziehbare und sinngebende Erbregelung dahin, dass der Überlebende den gesamten Nachlass erben und darüber in Ermangelung einer bestimmten Einschränkung soll uneingeschränkt verfügen, also auch frei testieren, können. Dies setzt aber voraus, dass der Letztversterbende nach dem Tode des Erstversterbenden noch in der Lage ist, Verfügungen unter Lebenden zu treffen bzw. zu testieren. Dies wiederum ist nur der Fall, wenn die Eheleute nicht zeitnah gemeinsam versterben, was deshalb der Regelung bedurfte. Die Eheleute haben dies in der zweiten Alternative des Testaments („für den Fall, dass wir beide durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben“) dahin geregelt, dass in einem solchen Fall ihre jeweiligen Kinder erben sollten, und zwar das auf dem Konto des Erblassers befindliche Geld dessen Tochter, die Beteiligte zu 2, und das auf dem Konto der Erblasserin befindliche Geld deren Kinder, nämlich die Tochter E. (verstorbene Antragstellerin) und der Sohn A. (Beteiligter zu 3).

(b) Dafür, dass diese Regelung nach dem maßgeblichen Willen der Erblasser nur zum Zuge kommen sollte, wenn der Tod bei einem Unfall (im Wortsinn) und zudem sekundengenau gleichzeitig eintreten würde (etwa denkbar bei einem Flugzeugabsturz), spricht nichts. Die in der Regelung zum Ausdruck gebrachte Interessenlage der Erblasser spricht vielmehr in der vom Wortlaut gedeckten Auslegung dafür, dass mit „beide durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben“ die Erbregelung zugunsten der dem jeweiligen Erblasser zuzuordnenden Kinder nach dem Willen der Testierenden eintreten sollte, wenn einer von ihnen verstirbt und der andere – unabhängig von einer gemeinsamen Ursache im physikalischen Sinne – im Zusammenhang mit dem Tod des Erstversterbenden so zeitnah ebenfalls verstirbt, dass er nicht mehr die Möglichkeit hat, unter Lebenden zu verfügen, geschweige denn seinerseits zu testieren. Eine solche Sinngebung erscheint nicht nur interessengerecht, sondern es liegt vielmehr auch nahe, dass sie den Willen der Erblasser abbildet (vgl. Senat vom 23.8.2001, I-3 Wx 193/11 und vom 20.1.2004, I-3 Wx 367/03; OLG München, ZEV 2011, 31), wohingegen das allein wortgetreue Verständnis im Sinne einer Beschränkung der Regelung ausschließlich auf den exakt zeitgleichen gemeinsamen Unfalltod als interessenswidrig, kaum praktisch vorkommend (OLG Thüringen, a. a. O.) und damit als fern liegend erscheint. Dies gilt umso mehr als ein Streit unter den Erben über die Reihenfolge ihres Versterbens und über das Vorliegen der Voraussetzungen eines Unfalls als gemeinsame Todesursache nicht dem Willen der Erblasser entsprochen haben kann. Deshalb spricht alles dafür, dass sie mit dem Tode durch Unfall zur gleichen Zeit nicht mehr als ein Beispiel für ihrer beider zeitnahes Versterben nennen wollten.

cc) Das AG – Nachlassgericht – hat nach alledem die zur Begründung des (Allein-)Erbseinsantrages der – inzwischen verstorbenen Antragstellerin – erforderlichen Tatsachen zu Unrecht für festgestellt erachtet, weshalb auf das Rechtsmittel der Beteiligten zu 2 hin der angefochtene Beschluss zu ändern und der Erbscheinsantrag zurückzuweisen war.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf überzeugt, bringt in der Sache allerdings nichts Neues. Sie soll zum Anlass genommen werden, die Erbeinsetzung für den Fall des Todes

„durch einen Unfall zu gleicher Zeit“ einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

I. Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hält die Formulierung „durch einen Unfall zu gleicher Zeit sterben“ für auslegungsfähig und auslegungsbedürftig.¹ Nach Ansicht des Senats erfasst die Formulierung auch Fallgestaltungen, in denen Ehegatten innerhalb eines gewissen Zeitraums versterben, und zwar unabhängig davon, ob ihr Tod auf derselben Ursache beruht. Begründet wird sowohl die Ausdehnung von „gleichzeitig“ auf einen Zeitraum von (hier) wenigen Tagen als auch die Überwindung des Erfordernisses einer gemeinsamen Todesursache mit der Interessenlage der Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung und dem daraus abgeleiteten Erblasserwillen:

Der Senat ist der Ansicht, dass die für das Versterben aufgrund „eine(s) Unfall(s) zu gleicher Zeit“ getroffene Regelung auch dann gelten müsse, wenn die Ehegatten nicht aufgrund derselben Ursache und nicht gleichzeitig, sondern innerhalb eines gewissen Zeitraums hintereinander versterben. Verstünde man die Formulierung nach dem eigentlichen Wortsinn, hinge es vom Zufall ab, ob die Abkömmlinge des Ehemanns oder der Ehefrau letztlich das Vermögen beider Ehegatten erben würden, weil zwar die gegenseitige Erbeinsetzung eingriffe, mangels einer weiteren Verfügung des Überlebenden nach dessen Ableben aber die gesetzliche Erbfolge maßgeblich wäre. Der Senat formuliert bestimmt: „Dafür [...] spricht nichts.“

Die Entscheidung reiht sich ein in eine umfangreiche Rechtsprechung zu den sog. „Katastrophen-Klauseln“.² Solche Klauseln werden von den Gerichten weitgehend einheitlich ausgelegt – beide Tatbestandsmerkmale, also dasjenige der Gleichzeitigkeit und das Erfordernis derselben Todesursache, werden regelmäßig argumentativ überwunden, um der im Fall des annähernd gleichzeitigen Versterbens gewollten Schluss-erbeinsetzung Geltung zu verschaffen.³

II. Gestaltung der letztwilligen Verfügung

Ist eine letztwillige Verfügung für den Fall des gleichzeitigen Versterbens gewünscht, sollte immer auch an den Fall des Versterbens innerhalb eines kurzen Zeitraums gedacht und eine Schluss-erbeinsetzung geregelt werden. Es kommt sonst leicht zum Streit, wenn die Beteiligten für den Fall des „gleichzeitigen Versterbens“ zwar denselben Dritten bedenken, dadurch aber die gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausgeschlossen

¹ II. 2. b aa der Gründe; ausführlich zur Auslegung der Formulierung *van Rens/Graf Wolffskeel*, ZErB 2015, 116, 117 ff. m. w. N.

² Diese Begrifflichkeit etwa bei *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 8 Rdnr. 73, und *Dorsel/Schleifenbaum*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2015, 6. Kapitel Rdnr. 133.

³ Etwa OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592; BayObLG, Beschluss vom 30.9.1996, 1 Z BR 42/96, MittBayNot 1997, 46; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.3.1998, 20 W 143/95, DNotI-Report 1998, 82; OLG Hamm, Beschluss vom 6.1.2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427 mit krit. Anm. *Herrler*; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZErB 2015, 130; OLG Jena, Beschluss vom 23.2.2015, 6 W 516/14, BeckRS 2015, 09957; zurückhaltender DNotI, Gutachten Nr. 82968; OLG München, Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, MittBayNot 2011, 158, steht dem nicht entgegen, da hier zwischen den Todesfällen ein Zeitraum von elf Jahren lag; zum umgekehrten, zwingenden Schluss von einer Schluss-erbeinsetzung auf ein nicht wortgetreues Verständnis der „Gleichzeitigkeit“ OLG München, Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71.

oder jedenfalls schlechter gestellt werden (dazu 1.) oder unterschiedliche Dritte bedacht werden (dazu 2.). Regelungen zur Steuervermeidung werden im Folgenden nicht diskutiert.⁴ Wollen die Beteiligten dem Überlebenden keine Bindungen auferlegen, ist klarzustellen, dass nur die gegenseitige Erbeinsetzung bindend sein soll.⁵

1. Derselbe Dritte als Schlusserbe

Wollen die Beteiligten sich zunächst gegenseitig zu Alleinerben und dieselbe Person als Schlusserven einsetzen, ist keine weitere Vorsorge für den Fall notwendig, dass die Beteiligten nicht gleichzeitig, sondern innerhalb eines kurzen Zeitraums versterben. Egal welcher Ehegatte zuerst verstirbt – der benannte Schlusserbe wird stets Erbe. Regelungsbedürftig ist nur der Fall des tatsächlich gleichzeitigen Versterbens. Man könnte formulieren:

*„Der längerlebende Ehegatte wird alleiniger Vollerbe des Zuerstversterbenden. Schlusserbe, also Erben des Letztversterbenden und Erben eines jeden im Fall unseiner gleichzeitigen Versterbens ist [...]“*⁶

2. Unterschiedliche Dritte als Schlusserven

Wollen die Beteiligten unterschiedliche Dritte als Schlusserven, sollten sie ausdrücklich eine Vor- und Nacherbschaft anordnen. Dieses Ergebnis wird von der Rechtsprechung – wie auch im vorliegenden Beschluss – regelmäßig zwar durch die Auslegung der letztwilligen Verfügung gewonnen. Darauf verlassen sollten sich die Beteiligten indes nicht.

Bei Anordnung der Vor- und Nacherbschaft wird der überlebende Ehegatte auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe.⁷ Die Bedingung tritt ein, wenn der Überlebende zeitnah bzw. innerhalb einer bestimmten Frist verstirbt. Eine Fiktion des gleichzeitigen Versterbens, also eine Rückwirkung der Bedingung des zeitnahen Nachversterbens auf den Zeitpunkt des ersten Todesfalls, kann nicht verfügt werden.⁸ Eine solche Fiktion müsste für den Zeitraum, bis Gewissheit besteht, ob der Überlebende zeitnah verstirbt oder nicht, zu einem herrenlosen Nachlass führen. Das System des BGB kennt einen „herrenlosen“ Nachlass aber nicht.⁹ Die allgemeine Regelung des § 159 BGB und die speziellen erbrechtlichen Ausnahmebestimmungen in den § 1953 Abs. 2, § 1923 Abs. 2 BGB zeigen, dass dem Eintritt einer Bedingung nur dann Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls zugemessen wird, wenn das Gesetz dies ausdrücklich anordnet.

Es ist fraglich, ob eine konkrete Frist geregelt werden sollte, innerhalb welcher der Überlebende nachversterben müsste, um den Nacherbfall auszulösen. Einerseits trägt dies zur Rechtssicherheit bei. Andererseits kann die Dauer der Frist im Vorhinein nur willkürlich gegriffen werden. Anleihen könnte man sich hinsichtlich der Länge der Frist an die Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB.

Testiert der Überlebende vor Ablauf der Frist neu oder beantragt er einen Erbschein, sollte dies zum Entfallen der Nacherbschaft führen. Die Frist kann dann auch großzügiger gewählt werden, weil im Erbscheinverfahren keine Probleme (Nacherbenvermerk) auftreten. Man könnte formulieren:

„a) Der Längerlebende von uns wird alleiniger Erbe des Zuerstversterbenden.“

b) Stirbt der Längerlebende von uns innerhalb von sechs Wochen nach dem Zuerstversterbenden, ohne in diesem Zeitraum testiert oder einen Erbschein nach diesem beantragt zu haben, wird er nur weitest möglich befreiter Vorerbe. Verstirbt der Längerlebende nicht innerhalb der Frist, wird er in jedem Fall Vollerbe.“

c) Im Fall des lit. b Satz 1 werden Nacherben

– des Ehemanns [...],

– der Ehefrau [...].

d) Die jeweiligen Nacherben sind gleichzeitig Ersatzerven.“

Zweifelhaft ist, ob die Nacherbfolge für den Fall angeordnet werden sollte, dass „der Überlebende praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten“,¹⁰ etwa weil er während des Laufs der Frist testierunfähig wird. Eine solche Regelung wäre streitanfällig und die nachträgliche Feststellung der Testierunfähigkeit ist oftmals kaum möglich.¹¹ Im vorstehenden Beispiel wurde das Gewicht auf eine Streitvermeidende Regelung gelegt und daher lit. b Satz 2 aufgenommen.

3. Gemeinsame Todesursache

Auf dieselbe Todesursache („durch einen Unfall“) sollte nicht abgestellt werden. Ein Fall, in dem der Wille der Beteiligten dahin ginge, die Erbeinsetzung vom Vorliegen einer gemeinsamen Todesursache abhängig zu machen, ist kaum denkbar und wurde in der umfangreichen Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht festgestellt.¹² Vielmehr wird den Gerichten weiterer Begründungsaufwand abverlangt, um dieses Kriterium argumentativ zu überwinden.¹³ Nähme man das

⁴ Dazu *Bestelmeyer*, ZEV 2006, 146, 148 f.; *Dorsell/Schleifenbaum*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 6. Kapitel Rdnr. 134 ff.

⁵ OLG Jena, Beschluss vom 23.2.2015, 6 W 516/14, BeckRS 2015, 09957, legt eine „Katastrophen“-Klausel in diesem Sinne aus.

⁶ Weitgehend angelehnt an *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, Formulare Rdnr. 65.

⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 6.11.1985, IVa ZB 5/85, DNöZ 1986, 541 zu einer Wiederverheirathungsklausel; *van Rens/Graf Wolffskeel*, ZErB 2015, 116, 119; andere Gestaltung bei *Dorsell/Schleifenbaum*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 6. Kapitel Rdnr. 137.

⁸ OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592; anders wohl noch OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.3.1982, 8 W 224/81, OLGZ 1982, 311; *Nagel*, Das Versterben untereinander erbberechtigter Personen aufgrund derselben Ursache, 1983, S. 193, insbesondere S. 202 ff. möchte dieses Ergebnis durch eine teleologische Reduktion des § 1923 Abs. 1 BGB erzielen.

⁹ Grundsatz des „Vonselbsterwerbs“, dazu ausführlich *J. Mayer*, ZEV 2010, 445, 446; siehe auch MünchKommBGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 1942 Rdnr. 1 ff.; *Jauernig/Stürner*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 1942 Rdnr. 2; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 1922 Rdnr. 6.

¹⁰ II. 2. b b der Gründe; vgl. etwa BayObLG, Beschluss vom 30.9.1996, 1 Z BR 42/96, MittBayNot 1997, 46; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.1.2014, 15 W 2060/13, ZErB 2015, 130.

¹¹ *Kasper*, Anm. zu BayObLG, Beschluss vom 18.12.2003, 1 Z BR 130/02, ZEV 2004, 200, 202; *Keim*, ZEV 2005, 10, 14; Für die Regelung einer solchen Bedingung spricht hingegen, dass sie oftmals dem Wunsch der Beteiligten entsprechen dürfte, weil die Nacherbfolge gerade in Fällen greifen soll, in denen der Überlebende keinen Vorteil aus der Erbschaft ziehen kann. Ein Streit über die Testierfähigkeit des Überlebenden droht auch dann, wenn er innerhalb der Frist neu testiert und sodann verstirbt. In beiden Fällen müsste der potentielle Nacherbe des Erstverstorbenen die Testierunfähigkeit des Überlebenden beweisen.

¹² Ähnlich *Feick*, ZEV 2006, 16; *van Rens/Graf Wolffskeel*, ZErB 2015, 116, 118; anders *Dorsell/Schleifenbaum*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 6. Kapitel Rdnr. 137.

¹³ II. 2. b bb b der Gründe; umgekehrt wird eine gemeinsame Todesursache zur Begründung der „Gleichzeitigkeit“ herangezogen, etwa in OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.3.1982, 8 W 224/81, OLGZ 1982, 311.

Tatbestandsmerkmal ernst, würde dem Zufall, der gerade ausgeschlossen werden soll, wieder Tür und Tor geöffnet.

III. Fazit

Die Fälle des Versterbens beider Ehegatten innerhalb eines kurzen Zeitraums sind der Ausnahmefall, auch wenn sich ob der Fülle der berichteten Entscheidungen ein anderer Eindruck aufdrängen mag. Insbesondere in „Patchwork“-Familien sollten die Beteiligten aber rechtliche Beratung in Anspruch nehmen, um ihre Nachfolge gerade auch für solche Fälle zu regeln.

Notarassessor Dr. *Sebastian Sammet*, Bamberg

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. GmbHG a. F. §§ 14, 19 Abs. 4 Satz 3, §§ 41, 55 Abs. 1; EGGmbHG § 3 Abs. 4 (*Nichterfüllung der Pflicht zur Erbringung der Stammeinlage*)

Eine verdeckte Sacheinlage einer Altforderung des Gesellschafters liegt sowohl dann vor, wenn erst die geschuldete Bareinlage eingezahlt und sodann zur Tilgung der Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird, als auch dann, wenn in umgekehrter Reihenfolge erst die Gesellschafterforderung getilgt und der erhaltene Betrag sodann ganz oder teilweise als Bareinlage zurückgezahlt wird.

BGH, Urteil vom 19.1.2016, II ZR 61/15

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der H. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Der Beklagte ist neben A. und R. Gesellschafter der Schuldnerin.

Mit Beschluss vom 29.5.2007 verlängerten die Gesellschafter der Schuldnerin eine Tilgungsaussetzung für Gesellschafterdarlehen bis zum 30.6.2008. Am 27.3.2008 teilte die Buchhalterin der Schuldnerin dem Beklagten mit, dass ein Fehlbetrag von 100.000 € bestehe. Am 2.4.2008 zahlte die in Panama ansässige S. S. A. im Auftrag des Mitgesellschafters A. 50.000 € auf das Konto der Schuldnerin. Der Buchungstext lautete: „Kapitalerhöhung A.“. Bereits am 27.3.2008 wurde dem Konto der Schuldnerin aufgrund eines dem Beklagten zugerechneten Überweisungsauftrags der E. Limited i. H. v. 50.000 € nach Abzug der Transaktionskosten ein Betrag i. H. v. 49.939,01 € gutgeschrieben. Am 31.3.2008 erhielt die Schuldnerin eine weitere Gutschrift i. H. v. 50.000 € mit dem Buchungstext „H. Z. [Beklagter] Einlage“. Die Buchhalterin der Schuldnerin wandte sich an das die Schuldnerin betreuende Steuerberatungsbüro mit der Frage, wie sie den Betrag buchen solle. Dort schlug man vor, diesen Betrag bis zur endgültigen Klärung zunächst als weiteres Gesellschafterdarlehen des Beklagten zu buchen. Auf dem Ausdruck der Buchungunterlagen ist vermerkt: „Storno der I. drei Buchungen, wegen Text, es muss heißen Darlehen.“

Am 29.4.2008 beschloss die Gesellschafterversammlung der Schuldnerin eine Erhöhung des Stammkapitals der Schuldnerin um mindestens 150.000 €. Der Beklagte übernahm einen Geschäftsanteil von 100.000 €, A. übernahm einen Geschäftsanteil von 50.000 €. Die Kapitalerhöhung wurde am 16.6.2008 beim Registergericht angemeldet und am 23.6.2008 in das Handelsregister eingetragen.

In einer E-Mail vom 21.5.2008 teilte der Beklagte der Buchhalterin unter anderem mit:

„... Ich muss heute die 100.000 € Kapitalerhöhung für H. einzahlen. Sie erhalten von B. 100.000 € im Auftrag von H. Z. Verwendungszweck Kapitalerhöhung Urkundenrolle Nr. 419/2008 Bitte senden Sie 100 ts. € zurück auf das Konto mit Vermerk Rückführung, Darlehen H. Z.... Sie erhalten in der nächsten Stunde die Bankadresse von Herrn A., dort senden Sie die 50.000.- Darlehen zurück. Herr A. wird die 50.000 sofort als Kapitalerhöhung wieder an H. (Konto I. senden).“

Am 21.5.2008 überwies die Schuldnerin 100.000 € an die B. GmbH. Als Verwendungszweck in den Buchungunterlagen ist vermerkt „Rückführung Darlehen H. Z.“. Am 21.5.2008 wurde auf dem Konto der Schuldnerin eine Einzahlung der B. GmbH i. H. v. 100.000 € gebucht. Der Buchungstext lautete „Kapitaleinlage Urkunde Nr. 419/2008 H. Z.“. Am 5.6.2008 überwies die Schuldnerin 100.000 € an den Beklagten mit dem Verwendungszweck „Rückzahlung“. Am 9.6.2008 überwies der Beklagte 100.000 € an die Schuldnerin mit dem Verwendungszweck „Kapitaleinlage Urkunde NT. 419 2008 H. Z.“. Der Betrag wurde am 10.6.2008 bei der Schuldnerin gebucht.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1.10.2010 eröffnet.

Der Kläger ist der Ansicht, der Beklagte habe seine mit der Kapitalerhöhung übernommene Einlage nicht erbracht, und hat ihn auf Zahlung von 100.000 € in Anspruch genommen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache.

I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Dem Kläger stehe ein Anspruch aus den §§ 14, 19 Abs. 1, § 55 Abs. 1 GmbHG a. F. zu.

Seine Pflicht zur Erbringung der Stammeinlage habe der Beklagte nicht bereits durch die beiden Überweisungen Ende März i. H. v. je 50.000 € erfüllt. Denn diesen Zahlungen habe ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der eine Erhöhung der Stammeinlage zum Gegenstand gehabt habe, nicht zugrunde gelegen. Ein solcher Beschluss sei durch die Gesellschafter der Schuldnerin erst am 29.4.2008 gefasst worden. Es liege daher allenfalls eine Voreinzahlung auf diese Kapitalerhöhung vor. Diese habe keine Erfüllungswirkung, weil nicht feststehe, dass die dem Geschäftskonto der Schuldnerin Ende März 2008 gutgeschriebenen Beträge im Zeitpunkt der Fassung des Erhebungsbeschlusses am 29.4.2008 noch als solche im Vermögen der Schuldnerin vorhanden gewesen seien.

Soweit der Beklagte der Schuldnerin mit den Ende März 2008 vorgenommenen Überweisungen ein Darlehen gewährt haben sollte, sei nicht ersichtlich noch von dem Beklagten dargelegt, dass ihm gegen die Schuldnerin nach der Übernahme der neuen Stammeinlage am 29.4.2008 ein fälliger, liquider und vollwertiger Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens zugestanden habe.

Mit der durch ihn am 21.5.2008 veranlassten Überweisung von 100.000 € habe der Beklagte seine Verpflichtung zur Erbringung der Stammeinlage nicht erfüllt. Der Betrag habe nicht zur freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden, da der Beklagte am selben Tag 100.000 € von der Schuldnerin erhalten habe.

Seiner Pflicht zur Erbringung der Stammeinlage sei der Beklagte mit der Zahlung vom 10.6.2008 ebenfalls nicht nachgekommen. Da er erst wenige Tage zuvor, am 5.6.2008, den Betrag von 100.000 € von der Schuldnerin erhalten habe, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Einlagebetrag zur freien Verfügung der Geschäftsführung der Schuldnerin bewirkt worden sei.

Der Anspruch der Schuldnerin sei auch nicht gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG, § 3 Abs. 4 EGGmbHG durch eine mit dem Hin- und Herzahlen verdeckte Sacheinlage in Gestalt der Erbringung eines gegen die Schuldnerin gerichteten Anspruchs ganz oder teilweise erloschen. Der Beklagte habe gegen die

Schuldnerin weder einen Anspruch auf Erstattung der Ende März 2008 geflossenen 100.000 € aus ungerechtfertigter Bereicherung noch einen werthaltigen Darlehensrückzahlungsanspruch gehabt. Entgegen der Ansicht des LG stehe nicht fest, dass dem Beklagten ein Bereicherungsanspruch gegen die Schuldnerin zugestanden habe. Soweit sich der Beklagte darauf berufe, zwischen ihm und der Schuldnerin habe kein Darlehensvertrag bestanden, habe es keiner Beweisaufnahme bedurft. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass möglicherweise am 31.3.2008 Fehlbuchungen auf sein Darlehenskonto bei der Schuldnerin vorgenommen worden seien. Als Geschäftsführer sei der Beklagte für die Buchhaltung verantwortlich gewesen. Aus dieser Buchhaltung ergebe sich, dass er am 27.3.2008 der Schuldnerin ein Darlehen gewährt habe. Dies werde gestützt durch seine E-Mail vom 21.5.2008, in der er ausdrücklich um Rückzahlung des Darlehens gebeten habe. Zudem sei die Werthaltigkeit eines Bereicherungsanspruchs nicht erkennbar. Ein werthaltiger Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens sei ebenfalls nicht ersichtlich.

II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Einlageverpflichtung des Beklagten nicht durch Anrechnung des infolge der beiden Zahlungen vom 27. und 31.3.2008 entstandenen Bereicherungsanspruchs des Beklagten gegen die Schuldnerin gemäß § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG ganz oder teilweise erloschen ist.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass der Beklagte mit den beiden Zahlungen vom 27.3.2008 und vom 31.3.2008 seine durch den Kapitalerhöhungsbeschluss vom 29.4.2008 und seine Übernahmeerklärung begründete Einlageverpflichtung i. H. v. 100.000 € nicht erfüllt hat.

Nach der Rechtsprechung des BGH haben Voreinzahlungen auf eine künftige Kapitalerhöhung grundsätzlich nur dann Tilgungswirkung, wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt der Beschlussfassung und der mit ihr üblicherweise verbundenen Übernahmeerklärung noch als solcher im Gesellschaftsvermögen zweifelsfrei vorhanden ist (BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01, BGHZ 158, 283, 284 f.; Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, BGHZ 168, 201, 203 ff.; Urteil vom 24.4.2008, III ZR 223/06, ZIP 2008, 1928 Rdnr. 14; Beschluss vom 11.6.2013, II ZB 25/12, ZIP 2013, 1422 Rdnr. 14). Dies ist dann der Fall, wenn und soweit sich der geschuldete Betrag entweder in der Kasse der Gesellschaft befindet oder der Gesellschafter auf ein Konto der Gesellschaft einzahlt, soweit dieses anschließend und fortdauernd bis zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein Guthaben ausweist (vgl. BGH, Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01, BGHZ 158, 283, 284 f.; Urteil vom 24.4.2008, III ZR 223/06, ZIP 2008, 1928 Rdnr. 14).

Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass diese Voraussetzungen in Bezug auf die Zahlungen des Beklagten Ende März 2008 nicht erfüllt sind. Die Revision greift diese Feststellung nicht an.

2. Von Rechtsirrtum beeinflusst ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass die durch den Kapitalerhöhungsbeschluss vom 29.4.2008 und die Übernahme eines Geschäftsanteils an der Schuldnerin begründete Einlageverbindlichkeit des Beklagten i. H. v. 100.000 € nicht durch Anrechnung des Werts der im Hinblick auf die Zahlungen des Beklagten Ende März 2008 entstandenen Forderung des Beklagten gegen die Schuldnerin nach § 56 Abs. 2, § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG ganz oder teilweise erloschen ist.

a) Im Ausgangspunkt richtig hat das Berufungsgericht § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG in der seit dem 1.11.2008 geltenden

Fassung für einschlägig erachtet. § 3 Abs. 4 EGGmbHG ordnet die Geltung des § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG in der ab dem 1.11.2008 geltenden Fassung auch für vor diesem Zeitpunkt bewirkte Einlageleistungen an, soweit sie nach der vor dem 1.11.2008 geltenden Rechtslage wegen der Vereinbarung einer Einlagenrückgewähr oder wegen einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllung der Einlagenverpflichtung bewirkten. Die Rückwirkung bezieht sich auch auf Kapitalerhöhungen (vgl. BGH, Urteil vom 20.7.2009, II ZR 273/07, BGHZ 182, 103 Rdnr. 13 – Cash-Pool II; Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 Rdnr. 19 – ADCO-COM).

b) Rechtsfehlerhaft ist aber die Feststellung des Berufungsgerichts, entgegen der Ansicht des LG stehe nicht fest, dass dem Beklagten gegen die Schuldnerin ein Anspruch auf Erstattung der Ende März 2008 geflossenen 100.000 € aus ungerechtfertigter Bereicherung zugestanden habe. Zugunsten des Beklagten ist für die Revisionsinstanz vom Bestehen einer entsprechenden Bereicherungsforderung auszugehen.

aa) Das LG war nach Vernehmung der Buchhalterin und der Steuerberaterin der Schuldnerin zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich bei den Zahlungen des Beklagten Ende März 2008 trotz der zwischenzeitlichen Buchung auf einem Darlehenskonto des Beklagten und der Verwendung des Begriffs Darlehen in der E-Mail des Beklagten vom 21.5.2008 nicht um die Gewährung eines Darlehens gehandelt habe. Der Betrag sei angesichts des fehlenden Kapitalerhöhungsbeschlusses lediglich vom Kapitalkonto auf das Darlehenskonto verbucht und bis zur endgültigen Klärung „geparkt“ worden.

Dieses Beweisergebnis hat das Berufungsgericht mit der Erwägung unbeachtet gelassen, soweit sich der Beklagte darauf berufe, zwischen ihm und der Schuldnerin habe ein Darlehensvertrag nicht bestanden, habe es keiner Beweisaufnahme bedurft, weil es nicht auf die Kenntnisse der Zeugen bezüglich eines Darlehensvertrags oder der Hintergründe der Buchungen angekommen sei. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass möglicherweise am 31.3.2008 Fehlbuchungen auf sein Darlehenskonto bei der Schuldnerin vorgenommen worden seien, weil er als Geschäftsführer für die Buchhaltung gemäß § 41 GmbHG verantwortlich sei. Aus der Buchhaltung ergebe sich, dass er am 27.3.2008 der Schuldnerin ein Darlehen gewährt habe.

Das ist rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht durfte das Beweisergebnis erster Instanz und den entsprechenden Beweistritt des Beklagten nicht wegen der sich aus den Buchungsunterlagen ergebenden Angaben unberücksichtigt lassen. Aus der Verpflichtung des Geschäftsführers einer GmbH, für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen, ergibt sich zwar eine Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zu seinen Lasten, aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine unwiderlegbare Vermutung zu seinen Lasten dahin, der Inhalt einer Buchung gebe die Rechtswirklichkeit zutreffend wieder. Stützt sich die Gesellschaft im Prozess gegen ihren Geschäftsführer auf vorhandene Buchungen und Buchungsunterlagen, hat der in Anspruch genommene Geschäftsführer somit zwar für seine Behauptung, die Buchführung sei nicht ordnungsgemäß, den Nachweis zu erbringen. Denn im Verhältnis zu dem für die ordnungsgemäße Rechnungslegung zuständigen Geschäftsführer kann die Gesellschaft davon ausgehen, dass er die Bücher so geführt hat oder durch Angestellte hat führen lassen, dass sie ein richtiges und vollständiges Bild von allen Geschäftsvorfällen vermitteln, die im Betrieb angefallen sind. Mit der Auferlegung dieser Darlegungs- und Beweislast wird von dem beklagten Geschäftsführer nichts Unmögliches verlangt. Denn er ist be-

rechttigt, zum Zwecke seiner Beweisführung Einsicht in die Buchhaltung der GmbH zu nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 9.5.1974, II ZR 50/72, NJW 1974, 1468; Urteil vom 8.7.1985, II ZR 198/84, ZIP 1985, 1135, 1136). Hat der Geschäftsführer seiner Darlegungslast insoweit aber genügt und wie hier der Beklagte für sein Vorbringen Beweis angetreten, darf dieses nicht unbeachtet bleiben.

bb) Zugunsten des Beklagten ist daher davon auszugehen, dass er der Schuldnerin mit den Zahlungen Ende März 2008 kein Darlehen gewährt hat, sondern es sich vielmehr, wie vom Beklagten behauptet und vom LG festgestellt, um Voreinzahlungen auf eine künftige Kapitalerhöhung gehandelt hat. Durch die rechtsgrundlose, verfrühte Leistung auf die Kapitalerhöhung ist deshalb eine Forderung des Beklagten gegen die Schuldnerin aus ungerechtfertigter Bereicherung in entsprechender Höhe entstanden. Diese Rückzahlungsforderung hätte auf dem Wege einer offen zu legenden und der registergerichtlichen Prüfung zu unterwerfenden Sacheinlage eingebracht werden können (vgl. BGH, Urteil vom 2.12.1968, II ZR 144/67, BGHZ 51, 157, 159; Urteil vom 15.3.2004, II ZR 210/01, BGHZ 158, 283, 285; Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, BGHZ 168, 201, 204). Das hat der Beklagte nicht getan. Vielmehr hat er auf seine Forderung am 5.6.2008 eine Rückzahlung in voller Höhe erhalten. Die beiden gegenläufigen Überweisungen vom 21.5.2008 i. H. v. 100.000 € können bei der weiteren Betrachtung außer Betracht bleiben. Nach den Feststellungen des LG handelt es sich hierbei um eine Fehlüberweisung und deren Korrektur. Abweichende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

c) Da die Zahlung des Beklagten vom 10.6.2008 i. H. v. 100.000 € auf die mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss vom 29.4.2008 übernommene Geldeinlage bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund der im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede als verdeckte Sacheinlage der durch die Zahlungen Ende März 2008 entstandenen Bereicherungsforderung des Beklagten gegen die Schuldnerin zu bewerten ist, befreit die Zahlung den Beklagten zwar nicht von seiner Einlageverpflichtung (§ 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG). Auf die fortbestehende Einlagepflicht wird aber gemäß § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG der Wert der eingebrachten Bereicherungsforderung angerechnet, so dass die Einlageverbindlichkeit durch Anrechnung ganz oder teilweise erloschen sein kann.

aa) Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage beschlossen oder vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Verwendungsabsprache einen Sachwert oder – wie vorliegend – eine Altforderung erhalten soll (BGH, Urteil vom 15.1.1990, II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, 60 f.; Urteil vom 18.2.1991, II ZR 104/90, BGHZ 113, 335, 341; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 Rdnr. 11 f. – Cash-Pool; Urteil vom 18.2.2008, II ZR 132/06, BGHZ 175, 265 Rdnr. 10 – Rheinmöve; Urteil vom 16.2.2009, II ZR 120/07, BGHZ 180, 38 Rdnr. 8 – Qivive; Urteil vom 20.7.2009, II ZR 273/07, BGHZ 182, 103 Rdnr. 10 – Cash-Pool II; Urteil vom 1.2.2010, II ZR 173/08, BGHZ 184, 158 Rdnr. 15 – EUROBIKE; Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 Rdnr. 11 – ADCOCOM). Die Neufassung von § 19 Abs. 4 GmbHG durch das MoMiG hat an diesen Tatbestandsvoraussetzungen nichts geändert; der Gesetzgeber wollte damit vielmehr an die Rechtsprechung des Senats anknüpfen (vgl. BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 120/07, BGHZ 180, 38 Rdnr. 8 – Qivive; Urteil vom 1.2.2010, II ZR 173/08, BGHZ 184, 158 Rdnr. 15 – EUROBIKE; Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 Rdnr. 11 – ADCOCOM).

Der Schuldnerin floss im wirtschaftlichen Ergebnis infolge der Begleichung der Bereicherungsforderung des Beklagten am 5.6.2008 i. H. v. 100.000 € mit der Zahlung des Beklagten vom 10.6.2008 in Höhe von gleichfalls 100.000 € nicht der vereinbarte Barbetrag, sondern die Befreiung von der Bereicherungsverbindlichkeit zu. Denn es besteht ein äußerst enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bareinzahlung und Forderungstilgung, der sowohl durch die Möglichkeit, die zur Zeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses am 29.4.2008 bereits bestehende Bereicherungsforderung als Sacheinlage einzubringen, als auch durch die Identität der in Frage stehenden Beträge und durch den Vollzug beider Buchungsvorgänge im Abstand weniger Tage dokumentiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 18.2.1991, II ZR 104/90, BGHZ 113, 335, 344; vgl. auch *Casper* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 126).

In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass zunächst die Schuldnerin die Bereicherungsforderung des Beklagten erfüllt und dieser danach auf die Einlageverpflichtung gezahlt hat. Entscheidend für die rechtliche Betrachtung ist allein der mit diesen Leistungen bewirkte Erfolg, dass die Gesellschaft als wirtschaftliches Ergebnis der als innerlich zusammengehörig zu bewertenden Vorgänge am Ende keine Zuführung neuer Liquidität, sondern lediglich die Befreiung von einer Gesellschafterforderung erhalten hat. Eine verdeckte Sacheinlage einer Altforderung des Gesellschafters liegt sowohl dann vor, wenn erst die geschuldete Bareinlage eingezahlt und sodann zur Tilgung der Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird, als auch dann, wenn in umgekehrter Reihenfolge erst die Gesellschafterforderung getilgt und der erhaltene Betrag sodann ganz oder teilweise als Bareinlage zurückgezahlt wird (vgl. BGH, Urteil vom 18.2.1991, II ZR 104/90, BGHZ 113, 335, 344 f.; Urteil vom 16.3.1998, II ZR 303/96, ZIP 1999, 780, 782; Urteil vom 20.11.2006, II ZR 176/05, BGHZ 170, 47 Rdnr. 11).

bb) Der festgestellte enge zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der Einzahlung des Einlagebetrags und dem Rückfluss des Geldes begründet die Vermutung, die (objektive) Umgehung der Sachkapitalaufbringungsregeln sei im Sinne einer Verwendungsabsprache von Anfang an in Aussicht genommen worden (BGH, Urteil vom 16.1.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 Rdnr. 13; Urteil vom 18.2.2008, II ZR 132/06, BGHZ 175, 265 Rdnr. 13 – Rheinmöve; Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 Rdnr. 14 – ADCOCOM).

d) Nach § 56 Abs. 2, § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG, § 3 Abs. 4 EGGmbHG in der mit Inkrafttreten des MoMiG maßgeblichen Fassung ist auf die wegen Umgehung der Sacheinlagevorschriften fortbestehende Bareinlagepflicht des Beklagten (§ 19 Abs. 4 Satz 1 und 3 GmbHG) aber der Wert der Bereicherungsforderung zu dem in § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG bezeichneten Zeitpunkt anzurechnen.

Die (vollständige) Erfüllung der fortbestehenden Geldeinlagepflicht des Inferenten bei verdeckter Einbringung einer Forderung kann im Falle einer Kapitalerhöhung nach Maßgabe von § 19 Abs. 4 Satz 3 und 5, § 56 Abs. 2 GmbHG gelingen, wenn der Inferent nachweist, dass seine Forderung gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung – oder, falls später, im Zeitpunkt der Überlassung des Gegenstands der verdeckten Sacheinlage, der bei der Einbringung einer Forderung im Wege der (verdeckten) Sacheinlage in der Befreiung der Gesellschaft von der entsprechenden Verbindlichkeit gegenüber ihrem Gesellschafter besteht (vgl. BGH, Urteil vom 18.2.1991, II ZR 104/90, BGHZ 113, 335, 343; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 76/04, BGHZ 166, 8 Rdnr. 12 – Cash-Pool) – vollwertig war, d. h. ihr Wert (mindestens) den Betrag

der übernommenen Geldeinlagepflicht erreicht hat. Eine gegen die Gesellschaft bestehende Forderung ist in diesem Sinne dann nicht vollwertig, wenn das Gesellschaftsvermögen bei Befriedigung der Forderung (in Höhe des Betrags der übernommenen Geldeinlagepflicht) nicht ausreichen würde, um alle (sonstigen) fälligen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger zu erfüllen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.7.2012, II ZR 212/10, ZIP 2012, 1857 Rdnr. 19 m. w. N.; *Verse in Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 19 GmbHG Rdnr. 59, 26; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 19 Rdnr. 84, 31). Ist der Wert der im Wege der verdeckten Sacheinlage eingebrachten Forderung im maßgeblichen Zeitpunkt geringer als der Betrag der übernommenen Geldeinlagepflicht, so ist der Inferent nur im Umfang des anzurechnenden (Minder-)Werts von seiner Geldeinlagepflicht befreit (vgl. BGH, Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 Rdnr. 45, 60 – ADCOCOM zur Einbringung von Lizenzen).

Liegt im maßgeblichen Zeitpunkt eine Überschuldung der Gesellschaft vor, ist es offensichtlich, dass die Forderung jedenfalls nicht vollwertig ist. Ob die Gesellschaft in dem maßgebenden Zeitpunkt überschuldet war, ist anhand eines Vermögensstatus der Gesellschaft (Überschuldungsbilanz) festzustellen, in dem ihre Vermögenswerte mit den Verkehrs- oder Liquidationswerten ausgewiesen sind. Bei der Ermittlung des Vermögensstands dürfen stille Reserven berücksichtigt werden (BGH, Urteil vom 21.2.1994, II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, 146; Beschluss vom 10.7.2012, II ZR 212/10, ZIP 2012, 1857 Rdnr. 19). Eine Unterbilanz schadet dagegen im Grundsatz nicht (vgl. BGH, Urteil vom 26.3.1984, II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 373 f.; Urteil vom 21.2.1994, II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, 146). Die Erfüllung eines Anspruchs kann eine Unterbilanz oder Überschuldung weder herbeiführen noch vertiefen, weil der Verminderung der Aktivseite eine entsprechende Verringerung der Verbindlichkeiten gegenübersteht, die Erfüllung also bilanzneutral ist (BGH, Beschluss vom 10.7.2012, II ZR 212/10, ZIP 2012, 1857 Rdnr. 19).

e) Das Berufungsgericht hat danach rechtsfehlerhaft keine Feststellungen zum Wert der Forderung des Beklagten im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG) am 16.6.2008 getroffen. Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, die Werthaltigkeit eines etwaigen Bereicherungsanspruchs sei nicht erkennbar, kann darin keine Feststellung fehlender Werthaltigkeit gesehen werden, weil nicht ersichtlich ist, auf welcher Tatsachenbasis das Berufungsgericht zu dieser Annahme gelangt ist.

III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die Feststellungen zum Wert der Forderung des Beklagten im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG) am 16.6.2008 nachholen kann.

11. AktG §§ 98, 99 Abs. 1 und 3 Satz 2 (*Zur Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA zur Komplementär-GmbH nach dem MitbestG*)

Bei einer GmbH & Co. KGaA sind der Komplementär-GmbH die Arbeitnehmer der KGaA weder analog § 4 Abs. 1 noch nach § 5 Abs. 1 MitbestG zuzurechnen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Celle, Beschluss vom 9.10.2014, 9 W 116/14

Die Parteien streiten im Statusverfahren nach § 98 AktG um die Frage, ob bei der Antragsgegnerin ein paritätisch zu besetzender Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden ist. Wegen des Sachverhalts im Einzelnen wird auf die Darstellung im angefochtenen Beschluss verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 63 FamFG, § 99 Abs. 1 und 3 Satz 2 AktG form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde erweist sich aus den ihr gegenüber zutreffenden Erwägungen des angefochtenen Beschlusses sowie der Nichtabhilfeentscheidung, denen der Senat in vollem Umfang beitrifft und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, als unbegründet.

1. Zutreffend und im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 24.2.1997, II ZR 11/96, dort Rdnr. 22) hat das LG ausgeführt, dass und warum nach geltender Gesetzeslage – entgegen widerstreitender Forderungen in Teilen der Literatur – die persönlich haftende Gesellschafterin einer KGaA auch dann nicht mitbestimmungspflichtig ist, wenn sie die Rechtsform einer GmbH hat. Nach dieser Entscheidung ist es allein Sache des Gesetzgebers, das Mitbestimmungsgesetz den neuen Gegebenheiten (hier: Anerkennung einer GmbH als Komplementärin einer KGaA) anzupassen, wenn er der Ansicht sein sollte, die KGaA ohne natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafterin müsse einer Mitbestimmung auf der Ebene der Unternehmensleitung unterworfen werden. Diese mit der gebotenen Deutlichkeit formulierte Entscheidung hat der Gesetzgeber in der Folgezeit allein zum Anlass genommen, das in ihr auch enthaltene Postulat hinsichtlich der Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung in der Firma der KGaA durch die Neuregelung in § 279 Abs. 2 AktG umzusetzen. Eine mitbestimmungsrechtliche Gleichstellung des Komplementärs einer KGaA mit dem einer „gewöhnlichen“ KG, wie sie in § 4 MitbestG geregelt ist, hat er indes gerade nicht nachgeholt, weshalb die Ausführungen in der zitierten Entscheidung noch immer (und erst recht) Geltung haben. Den eingehenden und zutreffenden Ausführungen der Kammer ist nichts hinzuzufügen.

2. Gleiches gilt hinsichtlich der Annahme des Antragstellers, die Antragsgegnerin unterliege einer Mitbestimmungspflicht nach § 5 Abs. 1 MitbestG bzw. wie er mit der Beschwerde geltend macht, § 5 Abs. 3 MitbestG. Im Übrigen kommt eine Anwendung auch der letztgenannten Vorschrift schon deswegen vorliegend nicht in Betracht, weil die Antragsgegnerin, die allein als Organ der beteiligten KGaA fungiert und sich nicht unabhängig davon anderweitig unternehmerisch betätigt, mit dieser nicht in einem Konzernverhältnis steht (vgl. *Geßler/Hefermehl*, AktG, Rdnr. 14 zu § 18; *Schall in Spindler/Stilz*, AktG, Rdnr. 13 zu § 15 m. w. N.; Senat, Beschluss vom 30.8.1979, 9 Wx 8/78, BB 1979, 1577, 1578). Anderenfalls bestünde zwischen jeder GmbH & Co. KG und ihrer Komplementärin ein „Konzern“, die Regelung des § 4 MitbestG wäre neben dem dann immer einschlägigen § 5 MitbestG bedeutungslos.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (in diesem Heft).

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. BGB §§ 2040, 2042; ZPO § 859 Abs. 1 und 2, § 857 Abs. 1, § 829 Abs. 1 (*Keine Veräußerung von Nachlassgegenständen durch Pfändungsgläubiger eines Erbteils*)

Durch die Pfändung eines Erbteils erlangt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem Erbteil, nicht aber an den einzelnen Nachlassgegenständen. Aufgrund der Überweisung des gepfändeten Nachlassanteils ist der Gläubiger nicht befugt, einzelne Gegenstände des Nachlasses zu veräußern. Vielmehr muss bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung einzelner Nachlassgegenstände indes der Schuldner weiterhin mitwirken.

OLG Köln, Beschluss vom 25.8.2014, 2 Wx 230/14

Als Eigentümerin des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes ist die am 23.3.2012 verstorbene Frau K. E., ..., im Grundbuch eingetragen. Sie ist aufgrund notariellen Erbvertrages vom 13.10.2010, URNr. .../2000, des Notars Ch. M. in B.-Bad G. von den Beteiligten zu 1 und 2 zu gleichen Teilen beerbt worden.

Der Erbteil der Beteiligten zu 1 ist von den Beteiligten zu 3 bis 6 aufgrund des Anerkenntnisbeschlusses des AG Bonn, 408 F 463/10 vom 12.5.2011, durch Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse des AG Bonn vom 28.11.2012, 22 M 7609/12, und vom 29.7.2013, 22 M 6564/13, gepfändet und den Beteiligten zu 3 bis 6 zur Einziehung überwiesen worden. Die Zustellung der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse an die Miterbin, die Beteiligte zu 2, ist erfolgt.

Durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 28.11.2013, URNr. .../2013, des Notars B1 G. in B.-Bad-G. verkauften die Beteiligten zu 2 bis 6 den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz an die Beteiligten zu 7 und 8.

Mit Schreiben vom 13.11.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 2 bis 8 die Eintragung einer „Sicherungsvormerkung für den Käufer“ beantragt. Das Grundbuchamt hat die Beteiligten zu 2 bis 8 mit als Zwischenverfügung bezeichneten Schreiben vom 18.12.2013 darauf hingewiesen, dass die Erbfolge sowie die Vertretungsberechtigung bezüglich der minderjährigen Beteiligten (damals die Beteiligten zu 4 bis 6) nicht nachgewiesen sei und die Pfändungsgläubiger eines Erbanteils den Grundbesitz nicht ohne Mitwirkung aller Miterben veräußern könnten, und diese Hinweise nach einer Stellungnahme der Beteiligten zu 2 bis 8 vom 3.1.2014 mit Schreiben vom 6.1.2014 im Wesentlichen wiederholt. Die Beteiligten zu 2 bis 8 haben daraufhin um eine „beschwerdefähige Entscheidung“ gebeten.

Durch Beschluss vom 5.6.2014 hat das Grundbuchamt die Beteiligten zu 2 bis 8 im Wege einer Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass die bereits mitgeteilten und im Einzelnen noch einmal beschriebenen Eintragungshindernisse nach wie vor bestehen, zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis zum 5.7.2014 gesetzt und die Zurückweisung des Eintragungsantrags nach Fristablauf angekündigt. Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 5.6.2014 verwiesen.

Gegen diese den Beteiligten zu 2 bis 8 am 11.6.2014 zugestellte Zwischenverfügung richtet sich ihre am 26.6.2014 beim AG Bonn eingegangene Beschwerde vom 25.6.2014. Sie nehmen bezüglich des fehlenden Erbnachweises Bezug auf die Akten des AG – Nachlassgerichts – Bonn, 34 IV 257/08, und bezüglich des fehlenden Vertretungsnachweises auf die Akten des AG – Familiengerichts – Bonn, 408 F 313/13. Zur Frage der Verfügungsbefugnis des Pfändungsgläubigers eines Erbteils nehmen sie Bezug auf ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 4.3.2004. Ergänzend verweisen sie auf eine Entscheidung des OLG Naumburg vom 7.12.2012 (NJOZ 2013, 812). Sie vertreten die Auffassung, dass der Pfändungsgläubiger die Rechte des Miterben im eigenen Namen geltend machen und ohne Mitwirkung des Schuldners gemeinsam mit den anderen Miterben über einzelne Nachlassgegenstände verfügen könne. Bezüglich der weiteren Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf die Beschwerdeschrift vom 25.6.2014 und das Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 4.3.2004 verwiesen.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch am 8.8.2014 erlassenen Beschluss vom 6.8.2014 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 bis 8 gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes vom 5.6.2014 ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in rechter Form gemäß § 73 GBO eingelegt worden.

In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Auflassungsvormerkung (und nicht der „Sicherungsvormerkung“) in der angeforderten Zwischenverfügung zu Recht vom Nachweis des Rechts des Herrn G1 P. zur alleinigen Vertretung der Beteiligten zu 5 und 6 (und ursprünglich auch des Beteiligten zu 4) und vom Nachweis der Mitwirkung der Beteiligten zu 1 jeweils in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht und den Beteiligten zu 2 bis 8 hierfür eine Frist gesetzt. Die Nachweise bezüglich der Erbenstellung der Beteiligten zu 1 und 2 und des alleinigen Vertretungsrechts des Herrn G1 P. liegen zwar vor, die Mitwirkung der Beteiligten zu 1 jedoch nicht. Deren Nachweis in der Form des § 29 GBO ist hier auch nicht entbehrlich.

Die Eintragungsbewilligung muss von demjenigen ausgehen, dessen Recht von der Eintragung betroffen ist (*Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 19 Rdnr. 44). Da das im Rubrum bezeichnete Grundstück im Eigentum der aus den Beteiligten zu 1 und 2 bestehenden Erbengemeinschaft besteht, sind die Beteiligten zu 1 und 2 gemäß § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich befugt, die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten der Beteiligten zu 7 und 8 zu bewilligen. Die Beteiligte zu 2 hat die Eintragung der Bewilligung zwar bewilligt, die Beteiligten zu 1 dagegen nicht. Die Beteiligten zu 3 bis 6 sind auch nicht infolge der Pfändung des Erbteils der Beteiligten zu 1 an deren Stelle getreten, so dass die von ihnen abgegebene Bewilligung die fehlende Mitwirkung der Beteiligten zu 1 nicht ersetzt hat.

Durch die Pfändung des Erbteils gemäß § 859 Abs. 2 und 1, § 857 Abs. 1, § 829 Abs. 1 ZPO erlangt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem Erbteil, nicht aber an den einzelnen Nachlassgegenständen (*Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2033 Rdnr. 15; *MünchKommBGB/Gergen*, 6. Aufl. 2013, § 2033 Rdnr. 36; *Hasselblatt/Sternal*, Beck'sches Formularbuch Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 2012, Form. I. IV. 4. Anm. 4, 7). Er ist berechtigt, alle dem Schuldner als Miterben zustehenden, nicht höchstpersönlichen Rechte neben diesem auszuüben, insbesondere das Verwaltungs- und Verfügungsrecht gemäß §§ 2038 ff. BGB, das Recht auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung gemäß § 2042 BGB und das Recht auf den nach Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten verbleibenden anteiligen Überschuss gemäß §§ 2047, 1258 Abs. 3 BGB. Der Schuldner bleibt jedoch Miterbe. Bei rechtsgeschäftlicher Nachlassteilung sowie Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände, zum Beispiel der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks, muss er daher mitwirken (so ausdrücklich: *Zöller/Stöber*, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 859 Rdnr. 17; *Stöber*, Forderungspfändung, 16. Aufl. 2013, Rdnr. 1673). Mit der Überweisung des gepfändeten Nachlassanteils erlangt der Gläubiger die Befugnis, das Recht seines Schuldners auf Aufhebung der Gemeinschaft zu verfolgen (§§ 2042 ff. BGB, § 363 FamFG). Eine Befugnis des Gläubigers, gemeinschaft-

lich mit den Drittschuldner-Miterben unter Ausschluss des Schuldners über einzelne Nachlassgegenstände zu verfügen, begründet die Überweisung des gepfändeten Miterbenanteils dagegen nicht (Zöller/Stöber, a. a. O., Rdnr. 19; Stöber, a. a. O., Rdnr. 1691; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 859 Rdnr. 33; MünchKommZPO/Smid, 4. Aufl. 2012, § 859 Rdnr. 19).

Die von den Beschwerdeführern vertretene Auffassung, der Pfändungsgläubiger trete mit der Überweisung in die Rechtsposition des Schuldners und Miterben ein und könne daher an Stelle des Schuldners alle seine nicht höchstpersönlichen Rechte geltend machen, insbesondere gemeinsam mit den anderen Miterben ohne Mitwirkung des Schuldners über einzelne Nachlassgegenstände zum Zwecke der Auseinandersetzung verfügen, findet im Gesetz keine Stütze. Denn auch nach Pfändung und Überweisung des Erbanteils durch den Gläubiger bleibt der Schuldner Miterbe (Zöller/Stöber, a. a. O.; Stöber, a. a. O.; MünchKommZPO/Smid, 4. Aufl. 2012, § 859 Rdnr. 19; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 859 Rdnr. 31; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 859 Rdnr. 23). Der Pfändungsgläubiger wird nicht Rechtsinhaber, sein Pfändungspfandrecht dient allein der Verwertung des Nachlassgegenstandes zum Zwecke der Befriedigung seiner Forderung. Das bedeutet, dass er die Auseinandersetzung des Nachlasses gemäß §§ 2042 ff. BGB verlangen kann, d. h. bezüglich eines Nachlassgrundstücks die Teilung in Natur, oder wenn die Teilung in Natur ausgeschlossen oder unmöglich sein sollte, durch Zwangsversteigerung des Grundstücks (§ 2042 Abs. 2, §§ 752, 753 Abs. 1 Satz 1 BGB, §§ 180 ff. ZVG).

Der Einwand der Beschwerdeführer, dass, wenn der Pfändungsgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft schon nach den gesetzlichen Vorschriften verlangen könne, ihm auch gestattet sein müsste, die Aufhebung der Gemeinschaft der Erben auf „direktem Wege“, d. h. durch Veräußerung einzelner Nachlassgegenstände, zu gestatten, so wie das den Miterben gemäß § 2040 Abs. 1 BGB auch gestattet sei, ist unzutreffend. Ein Pfändungsgläubiger tritt nicht in die Rechtsposition des Rechtsinhabers ein. Sein Verwertungsrecht ist in allen Fällen von Pfändungspfandrechten gesetzlich geregelt, schon um einen Missbrauch zum Nachteil des Schuldners zu vermeiden. Es ist daher auch im vorliegenden Fall kein Grund ersichtlich, dem Gläubiger hier eine Sonderstellung einzuräumen, zumal sein Pfandrecht nur den Erbteil, nicht aber das Grundstück erfasst. Die Beschwerdeführer sind daher auf die gesetzlichen Regelungen zur Auseinandersetzung oder Teilung zu verweisen.

Das weitere Vorbringen der Beschwerdeführer, der Überweisungsbeschluss bezüglich des Erbteils stelle eine Ermächtigung gemäß § 185 Abs. 1 BGB dar, über diesen Erbteil zu verfügen, liegt neben der Sache. Den Beschwerdeführern ist zwar insoweit zuzustimmen, als der Pfändungsgläubiger aufgrund des Überweisungsbeschlusses bei der Forderungspfändung wie der Rechtsinhaber zur Einziehung der Forderung berechtigt ist, d. h. als Ermächtigter des Schuldners handelt (§ 836 Abs. 1 ZPO, § 185 Abs. 1 BGB). Dies beruht aber allein darauf, dass Forderungen unter anderem durch Einziehung verwertet werden und der Pfändungsgläubiger als ermächtigt gilt, diesen Teil der Befugnisse des Forderungsinhabers an seiner Stelle auszuüben. Nichts anderes gilt jedoch bei der Verwertung des Erbteils. Denn insoweit gilt der Pfändungsgläubiger aufgrund der Überweisung als ermächtigt, an Stelle des Miterben die Auseinandersetzung zu verlangen. Das bedeutet aber nicht, dass er auch als ermächtigt gilt, an Stelle des Miterben über Nachlassgegenstände zu verfügen.

Soweit sich die Beschwerdeführer noch auf die Entscheidung des OLG Naumburg vom 3.12.2012 (FamRZ 2013, 1515) stützen, wonach die Pfändung und Überweisung eines Miterbenanteils zur Berechtigung des Pfändungsgläubigers führen soll, diesen Anteil zu veräußern, kann offen bleiben, ob dieser Rechtsauffassung zuzustimmen ist. Denn dieser Fall ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, weil hier über einen Nachlassgegenstand verfügt werden soll und nicht über einen Erbanteil und weil im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist, ob – wie in dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall – ein einziger Nachlassgegenstand den gesamten Nachlass ausmacht.

Anmerkung:

Der vom OLG Köln entschiedene Fall stellt sich vereinfacht wie folgt dar: Nach Pfändung eines Erbteils und Überweisung zur Einziehung verkauft der Gläubiger gemeinschaftlich mit dem einzigen weiteren Miterben ein Nachlassgrundstück. Das Grundbuchamt verweigert den Vollzug, da die Zustimmung des Pfändungsschuldners fehle. Das OLG Köln bestätigt diese Einschätzung.

Ob die Entscheidung richtig ist, hängt von zwei Fragen ab, deren Antwort sich weder aus dem im Urteil mitgeteilten Sachverhalt noch aus den Urteilsgründen ergibt: Handelt es sich um eine Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung oder nicht? Und wenn es sich um ordnungsmäßige Verwaltung handelt, wie ist das Verhältnis von § 2040 Abs. 1 BGB zu § 2038 Abs. 2 Satz 1, § 745 BGB, also zwischen Verwaltungsmaßnahmen und Verfügungen mit Bezug auf Nachlassgegenstände?

1. Nach § 1273 Abs. 2, § 1258 Abs. 1 BGB übt der Pfändungsgläubiger statt dem Miterben die Verwaltungsrechte am Nachlass aus.¹ Das gilt (wie für alle Rechte eines Vertragspfandgläubigers) nach § 804 Abs. 2 ZPO auch für den Pfändungspfandgläubiger. Die Rechte aus §§ 2038, 2039 BGB (zum Beispiel Ansprüche auf Zustimmung zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung oder das Notverwaltungsrecht) stehen also dem Pfandgläubiger, nicht dem Inhaber des Erbteils zu. Nur ausnahmsweise darf auch der Pfändungsschuldner Verwaltungsrechte wahrnehmen, wenn dies die Stellung des Pfandgläubigers nicht beeinträchtigt.² An bereits bestehende Verwaltungsregelungen ist der Pfandgläubiger dabei nach § 2038 Abs. 2 Satz 1, § 746 BGB gebunden, ebenso wie an Mehrheitsbeschlüsse, bei denen er in Wahrnehmung der Belange des Inhabers des Erbteils von den anderen Miterben überstimmt wird.³

2. Beschließen die Erben nach §§ 2038, 745 Abs. 1 BGB über eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung, bindet das nicht nur die Erben im Innenverhältnis, sondern begründet auch unmittelbar im Außenverhältnis die Vertretungsbefugnis der beschließenden Mehrheit oder – wenn der Beschluss eine entsprechende Regelung vorsieht – einzelner

¹ H. M., zum Beispiel BayObLG, Beschluss vom 13.2.1959, BReg. 2 Z 203/1958, BayObLGZ 1959, 50, 56; a. A. Lindemeier, DNotZ 1999, 876, 911: keine Verwaltungsrechte; Christ in Ebeling/Geck, Rdnr. 226 (Nießbrauch) bzw. Rdnr. 231 (Pfandrecht) – Beschränkung der Rechte des Erben nur nach § 1071 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 1276 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog), wobei er dennoch dem Nießbraucher bzw. Pfandgläubiger die Rechte der §§ 1066 Abs. 1 bzw. 1258 Abs. 1 BGB geben will (Rdnr. 228, 239).

² Vgl. BGH, Urteil vom 12.7.1968, V ZR 29/66, NJW 1968, 2059, 2060 – Einziehung einer Forderung zur Hinterlegung für alle Erben nach § 2039 BGB.

³ MünchKommBGB/Damrau, § 1258 Rdnr. 4.

Erben, mit Wirkung für alle anderen, die beschlossene Maßnahme vorzunehmen.⁴ Die Vertretungsmacht, die § 2038 Abs. 1, § 745 Abs. 1 BGB, einen ordnungsgemäßen Mehrheitsbeschluss vorausgesetzt, gewähren, ist eine gesetzliche.⁵

3. Umstritten ist aber, ob sich diese Vertretungsmacht auch auf Verfügungen über Gegenstände im Nachlass erstreckt. § 2040 Abs. 1 BGB sieht eigentlich vor, dass Verfügungen durch alle Erben vorgenommen werden müssen. Diese Regelung wurde lange Zeit von der Rechtsprechung⁶ und von der Literatur⁷ als Spezialregelung gegenüber § 2038 Abs. 2 Satz 1, § 745 BGB verstanden. Danach könnte – im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung – der Verkauf eines Grundstücks⁸ beschlossen werden, müsste aber die zur Erfüllung nötige Mitwirkung der Erben, die dem nicht zugestimmt hatten, nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB klageweise durchgesetzt werden.

Der BGH hat allerdings in mehreren neueren Entscheidungen einen Vorrang der Regelungen über die ordnungsgemäße Verwaltung durch Mehrheitsentscheidung nach § 2038 Abs. 2 Satz 1, § 745 Abs. 1 BGB vor der Bestimmung des § 2040 Abs. 1 BGB, also dem Grundsatz, dass Verfügungen nur gemeinschaftlich nötig sind, angenommen.⁹ Die Entscheidungen betrafen sämtlich Kündigungserklärungen, so dass derzeit noch unklar ist, ob dies nur für die Ausübung von Gestaltungsrechten gilt,¹⁰ oder ob der Vorrang ordnungsmäßiger Verwaltung vor der gemeinschaftlichen Verfügung ein allgemeiner Grundsatz ist.¹¹

4. Für die Rechte des Pfandgläubigers am Erbteil bedeutet das: Geht man mit der herkömmlichen Auffassung davon aus, dass trotz einer zulässigen Mehrheitsentscheidung alle Miterben bei einer Verfügung mitwirken müssen (zur Wirksamkeit der Verfügung und weil eine Verpflichtung zur Mitwirkung nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB besteht), ist die Verfügung selbst eben keine Verwaltungsmaßnahme mehr. Der Pfandgläubiger kann an dem Beschluss zur Veräußerung und bei der Durchsetzung des Anspruchs auf Mitwirkung bei der Verfügung gegen seinen Pfändungsschuldner teilnehmen, jedoch nicht mehr. Die Mitwirkung des Pfändungsschuldners bei der Verfügung selbst bleibt nötig.

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH – wendet man sie tatsächlich auf alle Arten von Verfügungen an – ist auch die Verfügung selbst noch Verwaltungsmaßnahme, die nach § 1258 Abs. 1 BGB in die (Mit-)Zuständigkeit des Pfandgläubigers fällt. Die Veräußerung von Grundbesitz wäre dann auch ohne Zustimmung des Pfändungsschuldners zulässig, wenn es sich tatsächlich um eine Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung handelt.

⁴ Ganz überwiegende Meinung, Nachweise bei *Muscheler*, ZEV 1997, 226, 228 Fn. 52, ebenso auch *MünchKommBGB/K. Schmidt*, § 744, 745 Rdnr. 31, *MünchKommBGB/Gergen* § 2038 Rdnr. 53, *BeckOK-BGB/Ilse Lohmann*, § 2038 Rdnr. 7.

⁵ *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 229.

⁶ Zum Beispiel BGH, Urteil vom 24.10.1962, V ZR 1/61, NJW 1963, 244.

⁷ Zum Beispiel *MünchKommBGB/Heldrich*, 4. Aufl., § 2040 Rdnr. 3 und Rdnr. 7 ff. m. w. N.

⁸ Auch ein solcher Verkauf kann ordnungsgemäße Verwaltung sein, BGH, Urteil vom 28.9.2005, IV ZR 82/04, *MittBayNot* 2006, 245.

⁹ BGH, Urteil vom 11.11.2009, XII ZR 210/05, DNotZ 2010, 210; BGH, Urteil vom 26.4.2010, II ZR 159/09, NJW-RR 2010, 1312; BGH, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 25/09, *MittBayNot* 2011, 131; BGH, Beschluss vom 3.12.2014, IV ZA 22/14, ZEV 2015, 339.

¹⁰ Der BGH hat seine Entscheidungen in der Begründung immer mit einem „jedenfalls für...“ auf solche Fälle beschränkt.

¹¹ *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2038 Rdnr. 5; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rdnr. 5; *Leipold*, Erbrecht, 20. Aufl., Rdnr. 736 f.

Handelt es sich bei der Veräußerung dagegen um keinen Fall ordnungsmäßiger Verwaltung, ist sie allein unter Mitwirkung des Pfändungsgläubigers und ohne den Pfändungsschuldner nicht möglich. Dies folgt zunächst aus der gesetzlichen Regelung des § 1276 Abs. 2 BGB, nach der für Änderungen des verpfändeten Rechts (und als solche kann man die Umgestaltung der gegenständlichen Zusammensetzung des Nachlasses sehen, wenn diese über ordnungsgemäße Verwaltung hinausgeht), der Inhaber des Rechts selbst zuständig bleibt. Aus § 1258 Abs. 1 BGB kann man nichts anderes ableiten, auch wenn man diese Norm (richtigerweise) auf das Pfandrecht am Erbteil anwendet. Beim dort unmittelbar geregelten Fall der Bruchteilsgemeinschaft kann der Gegenstand selbst nicht allein vom Pfandgläubiger (unter Mitwirkung der übrigen Eigentümer) veräußert werden. Richtig ist daher jedenfalls insoweit die Erwägung des OLG Köln, dass aus Schuldnerschutzgründen der Pfandgläubiger auf die gesetzlich ausdrücklich vorgegebenen Wege zur Verwirklichung seines Pfandes beschränkt ist, also hier die Verwertung des Erbteils selbst durch Verkauf, vor allem aber die Geltendmachung des Auseinandersetzungsanspruchs.

5. Für die Praxis spielt dies aber letztlich keine Rolle. Ob eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung vorliegt, kann im Grundbuchverfahren nicht geprüft werden. Damit ist im Grundbuchverfahren aber auch die Vertretungsmacht der handelnden Mehrheit für die Verfügung nicht nachweisbar. Mängel des Beschlusses schließen nach herrschender Meinung auch die Vertretungsmacht der Handelnden aus.¹² Diese Auffassung ist zwar unter Verkehrsschutzgesichtspunkten fragwürdig.¹³ Folgt man ihr, führt das aber dazu, dass die Entscheidung des Grundbuchamtes im entschiedenen Fall ebenso richtig war, wie die Abweisung der Beschwerde durch das OLG Köln.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, München

¹² BGH, Urteil vom 11.11.2009, XII ZR 210/05, DNotZ 2010, 210, 213.

¹³ Eingehende Kritik und Alternativvorschlag bei *Ruhwinkel*, Die Erbgemeinschaft, Rdnr. 53 f.

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BeurkG § 7 Nr. 1, § 27; BGB §§ 125, 2231 Nr. 1, § 2232 Satz 1 und 2, § 2361 Abs. 1, § 2368 Abs. 3; FamFG § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1 (*Wirksamkeit der Bestellung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker durch eine privatschriftliche Verfügung des Erblassers*)

Übergibt der Erblasser dem Notar nach Abschluss der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung gemäß § 2231 Nr. 1 BGB mit Anordnung der Testamentsvollstreckung eine verschlossene privatschriftliche letztwillige Verfügung, in der der Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird, führt dies auch dann nicht zur Formunwirksamkeit des privatschriftlichen Testaments gemäß §§ 7, 27 BeurkG, wenn beide Verfügungen vom Notar in einem Umschlag in die amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts gegeben werden (Abkehr von OLG Bremen, Beschluss vom 24.9.2015, 5 W 23/15, NJW-RR 2016, 76 = *MittBayNot* 2016, 347, in diesem Heft).

OLG Bremen, Beschluss vom 10.3.2016, 5 W 40/15

Der Beteiligte zu 1, Notar, begehrt die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses.

Am 21.7.2015 verstarb in Bremen die 1924 geborene Erblasserin. Die verwitwete Erblasserin hatte insgesamt fünf letztwillige Verfügungen errichtet, die vom AG – Nachlassgericht – Bremen am 10.9.2015 eröffnet worden waren. Soweit für das Verfahren von Bedeutung handelt es sich um einen in notarieller Urkunde des Beteiligten zu 1 errichteten Erbvertrag zwischen der Erblasserin und ihrer Schwester vom 27.5.2013 sowie eine privatschriftliche letztwillige Verfügung vom selben Tage. In Ziffer IV. des erwähnten Erbvertrages traf die Erblasserin folgende Einzelverfügung:

„1. Für die Schlusserben ordne ich Testamentsvollstreckung an.

2. Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen und in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar übergeben. Dieser Umschlag ist zusammen mit diesem Erbvertrag in die amtliche Verwahrung des AG Bremen zu geben.“

Eine inhaltlich identische Einzelverfügung ihrer Schwester findet sich in Ziffer V. 1 und 2. des Erbvertrages. Die privatschriftliche letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 27.5.2013 befand sich in einem mit der handschriftlichen Aufschrift „Testamentsvollstreckung“ versehenen weißen Briefumschlag und enthielt unter der (handschriftlichen) Überschrift „Bestimmung des Testament Vollstreckers“ den ebenfalls handschriftlichen Text „In Ergänzung zu unserem notariellen Erbvertrag vom 27.5.2013 bestimme ich Frau ... zum Testaments Vollstrecker Rechtsanwalt und Notar ...“, dem sodann Datum und Unterschrift der Erblasserin folgen. Eine nach Form und Inhalt identische privatschriftliche Erklärung der Schwester liegt ebenfalls vor. Ausweislich des Eröffnungsprotokolls vom 10.9.2015 waren der Erbvertrag und die privatschriftlichen Verfügungen vom 27.5.2013 bereits nach dem Tode der Schwester der Erblasserin am 28.7.2015 eröffnet worden. Dabei vermerkte die Rechtspflegerin im Eröffnungsprotokoll, dass sich in dem (von dem Beteiligten zu 1 am 3.6.2013 zur Verwahrung übergebenen) verschlossenen (braunen) Umschlag mit der Verwahrungsnummer ... die notarielle Verfügung sowie, mit einer Büroklammer daran befestigt, die beiden verschlossenen Briefumschläge mit der Aufschrift „Testamentsvollstreckung“ befanden.

Der Beteiligte zu 1 ließ durch den Beteiligten zu 2 am 21.10.2015 seinen Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beurkunden und am 26.10.2015 beim AG – Nachlassgericht – einreichen. Mit Beschluss vom 10.11.2015 wies das AG – Nachlassgericht – den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurück und bestellte den Beteiligten zu 3 zum Testamentsvollstrecker. Zur Begründung verwies das AG darauf, dass die Ernennung des Beteiligten zu 1 gemäß §§ 7, 27 BeurkG unwirksam sei und nahm insoweit auf die Beschlüsse des Senats vom 15.7.2014 (5 W 13/14) und 24.9.2015 (5 W 23/15) Bezug. Der letztgenannten Entscheidung lag ebenfalls ein Antrag des Beteiligten zu 1 zugrunde, in dem dieser unter vergleichbaren tatsächlichen Umständen die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses begehrt hatte.

Gegen den ihm zu Händen des Beteiligten zu 2 am 16.11.2015 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1 am 19.11.2015 beim AG Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Gründe der Senatsentscheidung vom 15.7.2014 seien schon deswegen auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil im dortigen Fall die privatschriftliche Verfügung des Erblassers „als Anlage zum Testament“ genommen worden sei, während es sich hier um eine gesonderte handschriftliche Niederschrift („Ergänzungstestament“) handele. Die Entscheidung des Gerichts vom 24.9.2015 sei rechtsfehlerhaft, weil der Senat den Hinweis im Text des notariellen Testaments auf das Ergänzungstestament („Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers ...“) zu Unrecht als Tatsachenprotokoll (Übergabeprotokoll) betrachtet und so das Ergänzungstestament als öffentliches Testament mit der Folge der Formungültigkeit gemäß §§ 7, 27 BeurkG bewertet habe. Richtigerweise könne ein Tatsachenprotokoll aber nur über tatsächlich vom Notar wahrgenommene Vorgänge der Außenwelt errichtet werden, nicht aber – wie hier – über zukünftige Tatsachen. Daran ändere auch die Aufnahme des Ergänzungsprotokolls in einen gemeinsamen Umschlag mit dem notariellen Testament nichts, denn damit würde das Ergänzungstestament lediglich zum „Zubehör“ der Testamentsurkunde (Reimann, DNotZ 1990, 433). Das AG – Nachlassgericht – hat der Beschwerde des Beteiligten zu 1 nicht abgeholfen und das Rechtsmittel durch Beschluss vom 24.11.2015 vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Das gemäß § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 2, §§ 63, 64 FamFG statthafte und zulässige Rechtsmittel ist begründet.

Die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 26.10.2015 erfolgte zu Unrecht, denn die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 27.5.2013 ist bezüglich der Benennung des Beteiligten zu 1 zum Testamentsvollstrecker wirksam. Insbesondere bestehen in Ansehung der §§ 7, 27 BeurkG i. V. m. § 125 BGB keine Bedenken gegen die Wirksamkeit. Soweit der Senat – in anderer Besetzung – in seiner Entscheidung vom 24.9.2015 (5 W 23/15) bei identischem Sachverhalt eine andere Auffassung vertreten hat, hält er hieran nicht mehr fest.

Die §§ 7, 27 BeurkG schließen den Notar insoweit von der Mitwirkung an der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung aus, als der beurkundende Notar darin zum Testamentsvollstrecker des Erblassers ernannt wird. Diese Norm kann mit den wohlverstandenen Interessen des Erblassers an der Bestellung des ihm vertrauten Notars zum Vollstrecker seines letzten Willens kollidieren, weil sie in ihrer generalisierenden Form auch Fälle sinnvoller Testamentsvollstreckung erfasst, um im Sinne des Verkehrsschutzes das Hinwirken auf Testamentsvollstreckungen in Fällen, die dafür keinen Anlass bieten, zu verhindern (BGH, Beschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, NJW 1997, 946). Rechtsfolge eines Verstoßes gegen §§ 7, 27 BeurkG ist die Unwirksamkeit des betroffenen Teils der Beurkundung (der Ernennung zum Testamentsvollstrecker – vgl. MünchKommBGB/Hagena, 6. Aufl. 2013, § 27 BeurkG Rdnr. 22 m. w. N.) mit der Folge, dass eine formnichtige Willenserklärung vorliegt (§ 125 BGB). Folgerichtig kommt die Anwendung der §§ 7, 27 BeurkG im Falle der Ernennung des Notars zum Testamentsvollstrecker nur dann zum Tragen, wenn die entsprechende Willenserklärung des Erblassers Bestandteil der Urkundstätigkeit des Notars geworden ist. Daran aber fehlt es vorliegend.

Eine unmittelbare Mitwirkung des Beteiligten zu 1 im Sinne einer beurkundenden Tätigkeit an der Erstellung der privatschriftlichen Verfügung durch die Erblasserin liegt offensichtlich nicht vor. Soweit das AG unter Hinweis auf die früheren Entscheidungen des Senats meint, es läge eine Urkundstätigkeit auf der Grundlage des § 2232 BGB vor, kann dem nicht gefolgt werden.

§ 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB lässt die Errichtung einer letztwilligen Verfügung im Wege eines öffentlichen Testaments auch in der Weise zu, dass der Erblasser dem Notar ein – offenes oder verschlossenes – Schriftstück mit dem Hinweis übergibt, es handele sich dabei um seinen letzten Willen, und der Notar diesen Vorgang beurkundet (§ 30 BeurkG). Diese Regelung findet auch auf Erbverträge Anwendung (§ 2276 Abs. 1 Satz 2 BGB). Übergabe bedeutet, dass die Schrift mit dem Willen des Erblassers in den Besitz des Notars gelangt (Staudinger/Baumann, 2012, § 2232 Rdnr. 1 m. w. N.). Zum öffentlichen Testament wird die Schrift indes erst mit der Errichtung eines Protokolls (sog. Tatsachenprotokoll) über die Übergabe durch den Notar (RGZ 84, 163, 185; Staudinger/Baumann, a. a. O., Rdnr. 48; MünchKommBGB/Hagena, 6. Aufl. 2013, § 2232 Rdnr. 31). Dabei können die beiden Testamentsformen des § 2232 BGB auch miteinander kombiniert werden, etwa wenn der Erblasser mit dem nach § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB beurkundeten Willen eine weitere letztwillige Verfügung geheimen Inhalts durch Übergabe einer verschlossenen Schrift verbinden will (RGZ 82, 149, 154; Staudinger/Baumann, a. a. O., Rdnr. 53; MünchKommBGB/Hagena, a. a. O., Rdnr. 33

m. w. N.). Schließlich kann die übergebene Schrift auch ihrerseits bereits ein gemäß § 2247 BGB formgerecht errichtetes Testament sein. Beide Urkunden – übergebene Schrift und notarielle Urkunde – bilden dann ein einheitliches öffentliches Testament (RGZ 82, 155; *Staudinger/Baumann*, a. a. O., Rdnr. 59; KG, Beschluss vom 5.10.2006, 1 W 46/06, ZEV 2007, 497). Für erbvertragliche Einzelverfügungen, wie sie hier vorliegen, kann insoweit nichts anderes gelten. Übergibt also der Erblasser dem Notar anlässlich der Beurkundung ein verschlossenes Schriftstück, in welchem er den beurkundenden Notar zum Testamentsvollstrecker bestimmt, und nimmt der Notar diesen Vorgang als Tatsachenprotoll in die Beurkundung der letztwilligen Verfügung mit auf, so liegt ein einheitliches Testament vor, welches hinsichtlich der übergebenen Schrift unter objektivem Verstoß gegen die §§ 7, 27 BeurkG errichtet worden ist. Ob dies auch zur Formunwirksamkeit einer nach den Grundsätzen des § 2247 BGB formwirksam errichteten letztwilligen Verfügung, die die Ernennung des Testamentsvollstreckers beinhaltet, führt (so OLG Bremen, Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14, FamRZ 2015, 533, MittBayNot 2016, 350 [in diesem Heft]); a. A. Münch-KommBGB/*Hagen*, § 2232 Rdnr. 34), kann vorliegend dahinstehen, denn im vorliegenden Fall wurde die privatschriftliche Verfügung der Erblasserin nicht gemäß § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB zum Bestandteil des notariellen Erbvertrages. Ausweislich des Wortlauts in Ziffer IV. 1 des Erbvertrages kündigte die Erblasserin nämlich nur die Abfassung und – spätere – Übergabe einer entsprechenden privatschriftlichen Verfügung an. Damit erfolgte die Übergabe außerhalb der notariellen Beurkundung, so dass sich auch die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde nicht auf den Vorgang der Übergabe erstrecken kann. Damit fehlt es am Vorliegen der Voraussetzungen des § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB, so dass kein einheitliches Testament und damit keine Beurkundung der Testamentsvollstreckerernennung erfolgt ist.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die verschlossene privatschriftliche letztwillige Verfügung dem Notar unmittelbar im Anschluss an die Beurkundung übergeben, von ihm mittels Büroklammer mit dem Erbvertrag verbunden und sodann in einem gemeinsamen Umschlag in die gerichtliche Verwahrung gegeben wurde. Ein unmittelbarer Anwendungsfall der §§ 7, 27 BeurkG liegt – wie dargelegt – nicht vor. Eine entsprechende Anwendung dieser Normen erscheint nicht geboten. Einerseits handelt es sich bei § 27 BeurkG um eine lediglich auf das Beurkundungsverfahren bezogene Norm. Dem darin liegenden Rechtsgedanken, den Rechtsverkehr vor möglicherweise unsachlichen Erwägungen des Urkundsnotars zu schützen, hat der Gesetzgeber im materiellen Erbrecht keinen Vorzug vor der Testierfreiheit des Erblassers eingeräumt. Vielmehr wird es allgemein als zulässig angesehen, dass der Erblasser den beurkundenden Notar zum Testamentsvollstrecker ernannt, wenn er hierzu den Weg über die Errichtung einer letztwilligen Verfügung bei einem anderen Notar – der auch Sozius des Urkundsnotars sein kann (BGH, Beschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, FamRZ 1997, 549) – oder über eine autonom errichtete privatschriftliche letztwillige Verfügung gemäß § 2247 BGB einschlägt (*Reimann*, DNotZ 1994, 659, 663; DNotI-Report 1999, 101, 102; *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 27 Rdnr. 6). Andererseits bestünde bei einer Ausdehnung des Rechtsgedankens aus §§ 7, 27 BeurkG die Gefahr, dass die notwendige Klarheit über die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung beeinträchtigt werden könnte. Die große Bedeutung, die dem öffentlichen Testament im Rechtsverkehr – zum Beispiel gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO – zukommt, erfordert, dass sich die Wirksamkeit der Beurkundung verhältnismäßig

leicht aus dem Inhalt der Urkunde feststellen lässt (BGH, Beschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, FamRZ 1997, 549). Sie würde in Fällen einer Ernennung zum Testamentsvollstrecker entwertet, wenn zunächst nähere Aufklärung darüber herbeizuführen wäre, unter welchen Bedingungen die privatschriftlich verfügte Ernennung des Testamentsvollstreckers erfolgte und in welcher zeitlichen und räumlichen Nähe zur notariellen Beurkundung sie geschah. Gerade in zeitlicher Hinsicht ließe sich kaum ein praktischer Abgrenzungsmaßstab finden, der eine sichere Einschätzung zuließe, ob sich der Wille des Erblassers autonom oder unter dem nachwirkenden Einfluss des Notars gebildet hat.

Weitere Gründe, die Bedenken gegen die Wirksamkeit der Ernennung des Beteiligten zu 1 zum Testamentsvollstrecker der Erblasserin begründen könnten, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Der angefochtene Beschluss war daher aufzuheben und das Nachlassgericht anzuweisen, dem Beteiligten zu 1 die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht mehr zu versagen.

(...)

Anmerkung (zugleich Anmerkung zu OLG Bremen, Beschluss vom 24.9.2015, 5 W 23/15, nachstehend Entscheidung Nr. 14, sowie zu OLG Bremen, Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14, nachstehend Entscheidung Nr. 15 [Ls.]):

1. Die Frage, ob der Urkundsnotar vom Erblasser gemäß § 2197 BGB zum Testamentsvollstrecker ernannt werden kann, liegt im Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und Beurkundungsrecht. Die mit diesem Problem bisher befassten Oberlandesgerichte (OLG Bremen, Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14, MittBayNot 2016, 350, Ls. [in diesem Heft]); OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.8.1989, 8 W 640/88, DNotZ 1990, 430; OLG Bremen, Beschluss vom 24.9.2015, 5 W 23/15, MittBayNot 2016, 347, (in diesem Heft) formulieren geradezu bausteinartig, es sei „nachvollziehbar und nicht von vornherein negativ zu bewerten“, wenn der Notar, „dem [der Erblasser] zu Lebzeiten seine Angelegenheit anvertraut hat, auch als Testamentsvollstrecker seinen letzten Willen vollziehen oder zumindest die Durchführung der Vollziehung überwachen soll“. Es ist also jedem Erblasser prinzipiell unbenommen, jede Person seiner Wahl zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, wenn kein gesetzlicher Ausschlussbestand gegeben ist, also auch den Urkundsnotar. Dem diesbezüglichen Wunsch des Erblassers stehen allerdings die beurkundungsrechtlichen Regelungen der §§ 27, 7 BeurkG entgegen, diese sollen das Beurkundungsverfahren von rechtlichen Verknüpfungen zwischen Erblasser und Notar freihalten. Ergebnis ist jedenfalls, dass der Notar nicht wirksam seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker durch den Erblasser beurkunden kann. Wegen Verstoßes gegen §§ 27, 7 BeurkG wäre die Beurkundung unwirksam, die materielle Nichtigkeit der Anordnung ergibt sich dann aus § 125 BGB. Die Frage einer möglichen Gesamt- oder Teilnichtigkeit ist dann beim Testament nach § 2085 BGB, beim Erbvertrag nach § 2298 BGB zu beurteilen. Die Unwirksamkeit der Beurkundung und Nichtigkeit der Verfügung ist unabhängig davon, ob der Notar weiß, dass er zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll. §§ 27, 7 BeurkG gelten auch, wenn eine Verfügung von Todes wegen durch Übergabe einer verschlossenen Schrift (*testamentum notario oblatum*) errichtet wurde.

2. Will der Erblasser gleichwohl den Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernennen, hat er zunächst die Mög-

lichkeit, die diesbezügliche Verfügung von einem anderen Notar beurkunden zu lassen. Die Variante, dass die Beurkundung durch den mit dem gewünschten Testamentsvollstrecker zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Notar erfolgt, ist durch § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG praktisch ausgeschlossen. Der BGH (Beschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, DNotZ 1997, 466) geht selbst dann von der Wirksamkeit der Ernennung aus, wenn der beurkundende Notar im Rahmen der Berufsausübungsgemeinschaft an der Testamentsvollstreckervergütung beteiligt ist, da §§ 27, 7 BeurkG auf den rechtlichen, nicht auf den wirtschaftlichen Vorteil abstellt.

3. Möglich bleibt es naturgemäß immer, dass der Erblasser in einem privatschriftlichen Ergänzungstestament denjenigen Notar, der die „Hauptverfügung“ beurkundet hat, zum Testamentsvollstrecker ernannt. Dann kann es zu den Komplikationen, die den Entscheidungen des OLG Bremen zugrunde lagen, kommen, wenn die privatschriftliche Verfügung in problematischer Weise mit der Hauptverfügung verbunden wird.

Das OLG Bremen hatte sich innerhalb von nicht ganz zwei Jahren dreimal mit diesem Fragenkomplex auseinandergesetzt. Ergebnis sind die Beschlüsse vom 15.7.2014, 5 W 13/14 (MittBayNot 2016, 350, Ls. in diesem Heft), vom 24.9.2015, 5 W 23/15 (MittBayNot 2016, 347, in diesem Heft) und vom 10.3.2016, 5 W 40/15. Es überrascht, dass ein Gericht – noch dazu ein und derselbe Senat – innerhalb kürzerer Zeit seine Rechtsprechung so grundlegend ändert, wie dies nunmehr in dem Beschluss vom 10.3.2016 geschehen ist. Die Gestaltungen waren nahezu identisch. In allen Fällen wurde eine notarielle Verfügung von Todes wegen beurkundet, in allen drei Fällen wurde dem Urkundsnotar ein verschlossener Umschlag übergeben, in dem der Erblasser ihn, den Urkundsnotar, zum Testamentsvollstrecker ernannte. In allen drei Fällen beauftragte der Erblasser den Notar, diesen verschlossenen Umschlag mit dem privatschriftlichen Testament in die amtliche Verwahrung beim AG zu geben. In dem Sachverhalt, der dem Beschluss vom 15.7.2014 zugrunde lag, ließ der Erblasser vermerken, er habe dem beurkundenden Notar den verschlossenen Umschlag bereits übergeben, in den Fällen, der durch Beschluss vom 24.9.2015 und vom 10.3.2016 entschieden wurde, wurde diese Übergabe nur angekündigt. Im ersten Fall ließ sich nicht mehr ermitteln, ob der „weiße“ Umschlag mit dem privatschriftlichen Testament separat beim AG abgeliefert wurde oder sich in dem versiegelten „braunen“ Umschlag des Notars befand, der das öffentliche Testament enthielt. Im zweiten und dritten Fall wurde der „weiße“ Umschlag mit der privatschriftlichen Bestimmung als Inhalt des „braunen“ Umschlages mit dem notariellen Testament beim AG abgeliefert.

In den Beschlüssen vom 15.7.2014 und vom 24.9.2015 ging der 5. Zivilsenat des OLG Bremen davon aus, die verfahrensrechtlichen Normen der §§ 7, 27 BeurkG seien durch die Verknüpfung von notariellem und privatschriftlichem Testament verletzt, und kam folglich zur Unwirksamkeit der Beurkundung und zur Nichtigkeit der Testamentsvollstreckerernennung, soweit der Urkundsnotar ernannt wurde. In dem Beschluss vom 10.3.2016 gelangte das Gericht zum – gegenteiligen – Ergebnis, ein unmittelbarer Anwendungsfall der §§ 27, 7 BeurkG liege nicht vor und eine entsprechende Anwendung sei ohne Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers nicht zulässig. Das OLG Bremen setzt somit in seiner Entscheidung vom 10.3.2016 den Akzent auf die Testierfreiheit des Erblassers. Zudem dürfe, so das OLG, die Wirksamkeit einer Verfügung nicht beeinträchtigt werden durch die

Notwendigkeit faktischer Ermittlungen über die Frage, ob und wie diese Verfügung an das AG gelangte. Die Frage, ob die gemeinsame Ablieferung von Haupturkunde und privatschriftlichem Ergänzungstestament in *einem* Umschlag gemäß § 34 BeurkG die letztgenannte Verfügung „infizieren“ könne (vgl. *Reimann*, DNotZ 1990, 433) spielt in der Begründung keine Rolle mehr.

4. Der Beschluss des OLG Bremen vom 10.3.2016 ist zu begrüßen. Der Testierfreiheit des Erblassers wird wieder der ihr gebührende Platz eingeräumt. Das Gericht stellt klar, dass eine analoge Anwendung verfahrensrechtlicher Verbotsnormen auf ähnlich gelagerte Sachverhalte zulasten der Testierfreiheit des Erblassers nicht statthaft ist, vor allem dann nicht, wenn erst Umstände außerhalb der Testamentsurkunde, etwa die Frage, ob und wie verwahrt wurde, geklärt werden müssten. Gleichwohl sollte unter der Maxime des sicheren Weges die vom OLG Bremen nunmehr bestätigte Gestaltung für die notarielle Praxis keine Modellwirkung haben.

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

14. BeurkG § 7 Nr. 1, § 27; BGB §§ 125, 2232 Satz 1 und 2, § 2361 Abs. 1, § 2368 Abs. 3; FamFG §§ 58 Abs. 2, § 59 Abs. 1 (*Unwirksame Bestellung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker durch privatschriftliche Verfügung der Erblasserin*)

Beurkundet der Notar in einem Testament, dass die Erblasserin die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen und diese in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar übergeben wird und bestellt die Erblasserin in dieser handschriftlichen Niederschrift den beurkundenden Notar zum Testamentsvollstrecker, kann die handschriftliche letztwillige Verfügung nach den Umständen des Einzelfalles gemäß §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG i. V. m. § 125 BGB unwirksam sein (im Anschluss an den Beschluss des OLG Bremen vom 15.7.2014, 5 W 13/14, ZEV 2014, 507 Ls. = MittBayNot, 350 Ls. in diesem Heft).

OLG Bremen, Beschluss vom 24.9.2015, 5 W 23/15

Notar X, der Beteiligte zu 1, begehrt seinem Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.5.2015 stattzugeben.

Die Erblasserin ließ von dem Beteiligten zu 1 am 12.3.2012 ein notarielles Testament beurkunden. In diesem Testament ordnete sie unter Ziffer III. die Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachlass an. Weiter heißt es:

„Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen und in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar übergeben. Dieser Umschlag ist zusammen mit diesem Testament in die amtliche Verwahrung des AG Bremen zu geben.“

Zudem fasste die Erblasserin ebenfalls am 12.3.2012 privatschriftlich und eigenhändig eine Erklärung ab, die die „Bestimmung des Testamentsvollstreckers“ enthält. Darin heißt es weiter:

„In Ergänzung zu meinem notariellen Testament vom 12.3.2012 ernenne ich zum Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt und Notar X.“

Diese Erklärung ist von der Erblasserin unterschrieben und dem Beteiligten zu 1 in einem verschlossenen weißen Briefumschlag mit der Aufschrift „Testamentsvollstreckung“ ausgehändigt worden.

Sowohl die notariell beurkundete letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 12.3.2012 als auch der weiße Umschlag mit der privatschriftlichen „Bestimmung des Testamentsvollstreckers“ vom 12.3.2012 sind in einem verschlossenen und versiegelten braunen

Umschlag von dem Beteiligten zu 1 dem AG Bremen in amtliche Verwahrung gegeben worden. In der Akte über die Verfügung von Todes wegen des AG Bremen befindet sich eine Verfügung vom 29.4.2015 über die besondere amtliche Verwahrung dieser streitgegenständlichen Dokumente. Der braune Umschlag, der sowohl die letztwillige Verfügung der Erblasserin zu der URNr. ... des Beteiligten zu 1 enthielt als auch die Erklärung zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers, ist mit der Verwahrungsbuch-Nummer [...] versehen worden. Dementsprechend trägt der weiße Briefumschlag auch keinen eigenen Eingangsstempel und keine vergebene Verwahrungsbuch-Nummer.

Die Erblasserin verstarb am 28.1.2015. In dem Protokoll des AG – Nachlassgericht – Bremen über die Eröffnung der letztwilligen Verfügungen von Todes wegen vom 30.4.2015 heißt es:

„Die in besonderer amtlicher Verwahrung befindlichen Verfügungen von Todes wegen aus der Verwahrung entnommen worden. Sie waren gemeinsam in einem versiegelten Umschlag verschlossen. Der Umschlag wurde geöffnet. Die Verfügungen wurden eröffnet. Sie sind beide wie folgt datiert: 12.3.2012.“

Unter „Auffälligkeiten/Besonderheiten“ heißt es weiter:

„Die handschriftliche Verfügung befand sich in einem kleinen Umschlag, der durch eine Büroklammer mit der notariellen Verfügung von Todes wegen verbunden war. Beide befanden sich gemeinsam in einem Verwahrungsbuch.“

Mit Beschluss vom 5.6.2015 hat das AG – Nachlassgericht – Bremen den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass eine „unmittelbare Verknüpfung“ beider Testamente schon dadurch erkennbar sei, dass die handschriftliche letztwillige Verfügung der Erblasserin, in der sie den Beteiligten zu 1 zum Testamentsvollstrecker ernenne, in einem kleinen weißen verschlossenen Umschlag mit einer Büroklammer an die notarielle Verfügung von Todes wegen geheftet worden sei und sich beide Dokumente in einem Verwahrungsbuch befunden hätten. Zudem sei in dem notariellen Testament vermerkt, dass der Umschlag mit der Testamentsvollstreckerernennung dem beurkundenden Notar übergeben und gemeinsam mit der notariellen Urkunde in die amtliche Verwahrung gegeben werden soll. Weiterhin seien beide Testamente am gleichen Tag verfasst worden.

Der Beteiligte zu 1 hat unter dem 12.6.2015 Beschwerde gegen den Beschluss des AG Bremen – Nachlassgericht – vom 5.6.2015 eingelegt und beantragt, unter Abänderung des Beschlusses des AG Bremen – Nachlassgericht – vom 5.6.2015 dem Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.5.2015 zu entsprechen.

Der Beteiligte zu 1 ist der Auffassung, dass seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker wirksam erfolgt sei. Die konkret gewählte Verfahrensweise sei mit dem vom Hanseatischen OLG in Bremen mit Beschluss vom 15.7.2014 entschiedenen Sonderfall nicht zu vergleichen und würde keine Umgehung der §§ 27, 7 BeurkG darstellen. Die gesonderte handschriftliche Verfügung der Erblasserin sei als Ergänzungstestament anzusehen. Auch die Beschriftung auf dem Briefumschlag nehme keinen Bezug auf das notarielle Testament vom 12.3.2012. Zudem seien im Eröffnungsprotokoll des AG Bremen – Nachlassgericht – vom 30.4.2015 beide Verfügungen erwähnt. Dass beide Testamente am selben Tag errichtet und das handschriftliche Ergänzungstestament in einem fest verschlossenen Umschlag gemeinsam mit dem notariellen Testament in einem Verwahrungsbuch dem Gericht überreicht worden seien, führe nicht zur Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Ergänzungstestaments.

Mit Beschluss vom 30.6.2015 hat das AG – Nachlassgericht – Bremen der Beschwerde des Beteiligten zu 1 nicht abgeholfen und sie dem Hanseatischen OLG in Bremen zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist statthaft und auch im Übrigen zulässig nach § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 2, §§ 63, 64 FamFG, § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG. Die Beschwerdefrist

von einem Monat nach § 63 Abs. 1 FamFG ist ebenso gewahrt wie die Formvorschriften der §§ 64, 65 FamFG.

2. Die Beschwerde ist aber unbegründet. Der Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.5.2015 ist zurückzuweisen. Der Beteiligte zu 1 kann nicht die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 Abs. 1 BGB verlangen, denn die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 12.3.2012 bezüglich der Ernennung des Beteiligten zu 1 zum Testamentsvollstrecker ist gemäß §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG i. V. m. § 125 BGB unwirksam.

a) Nachvollziehbar und nicht von vornherein negativ zu bewerten ist der Wunsch des Erblassers, dass der Notar, dem er zu Lebzeiten seine Angelegenheiten anvertraut hat, auch als Testamentsvollstrecker seinen letzten Willen vollziehen oder zumindest die Durchführung der Vollziehung überwachen soll (OLG Bremen, Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14, FamRZ 2015, 533, 534 = MittBayNot, 350 Ls. [in diesem Heft]); OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.8.1989, 8 W 640/88, DNotZ 1990, 430; *Reimann*, DNotZ 1994, 659). Den sich daraus für den Notar ergebenden Interessenkonflikt spiegeln die beurkundungsrechtlichen Regelungen in § 27 und § 7 BeurkG wider. § 27 BeurkG statuiert durch die Verweisung auf § 7 BeurkG ein Mitwirkungsverbot: Nach § 7 Nr. 1 BeurkG ist eine Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Normzweck des § 7 BeurkG ist es, das Beurkundungsverfahren freizuhalten von eigenen Interessen des beurkundenden Notars, denn aus der Doppelstellung als beurkundender Notar und Träger von Rechten als Testamentsvollstrecker – mit oder ohne Honorar – könnte sich ein Interessenkonflikt des Notars mit Rückwirkungen auf die Gestaltung der Urkunde ergeben. Dies will § 7 BeurkG von vornherein verhindern (OLG Bremen, a. a. O.; *Reimann*, a. a. O., 661). Der Notar darf deshalb nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG an der Beurkundung nicht mitwirken, wenn er in der von ihm protokollierten letztwilligen Verfügung zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll (OLG Bremen, a. a. O.; *Reimann*, DNotZ 1990, 433; DNotI-Report, 12/1999, 101; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 27 Rdnr. 9, jeweils m. w. N.). Erkennt der Notar, dass der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernennen will, muss er die Beurkundung ablehnen (§ 14 Abs. 2 BNotO, §§ 4, 7, 27 BeurkG). Missachtet der Notar dieses Mitwirkungsverbot, ist die Beurkundung insoweit gemäß § 125 BGB nichtig (OLG Bremen, a. a. O.; *Reimann*, DNotZ 1994, 659, 661; *Bengel/Reimann*, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Abschn. C Rdnr. 43; DNotI-Report 12/1999, 102; *Eylmann/Vaasen/Baumann*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 8; *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 6. Aufl., § 27 Rdnr. 3, *Keim* in *Würzburger Notarhandbuch*, 2. Aufl., Teil 4 Kapitel 1 Rdnr. 271 [S. 1844]; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2197 Rdnr. 6, jeweils m. w. N.). Dies gilt nicht nur dann, wenn der Notar von der Testamentsvollstreckerernennung wusste, sondern auch dann, wenn sie in einem öffentlichen Testament des Erblassers erfolgt ist, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde (OLG Bremen, a. a. O.; *Reimann*, DNotZ 1990, 433; DNotI-Report 12/1999, 102; *Bengel/Reimann*, a. a. O.).

Zwar wird es in der Praxis überwiegend als zulässige „Ersatzlösung“ angesehen, dass der Erblasser den Urkundsnotar, der das Testament mit der Testamentsvollstreckungsanordnung beurkundet, in einem gesonderten privatschriftlich und eigenhändigen oder von einem anderen Notar beurkundeten Ergänzungstestament zum Testamentsvollstrecker wirksam ernennen kann (OLG Bremen, a. a. O.; MünchKommBGB/

Zimmermann, 6. Aufl. 2013, § 2197 Rdnr. 12, Reimann, DNotZ 1994, 659, 663; Seger in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 27 Rdnr. 6, jeweils m. w. N.). Hier bedarf es aber einer Abgrenzung zum öffentlichen Testament gemäß § 2232 BGB, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde, denn jegliche Verknüpfung mit dem ursprünglichen notariellen Testament kann eine Umgehung von § 7 BeurkG begründen und im Hinblick auf dessen Wirksamkeit schädlich sein (OLG Bremen, a. a. O.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Rdnr. 94a). So wird etwa davon abgeraten, das eigenhändige Ergänzungstestament mit der Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker zusammen mit dem notariell beurkundeten Testament im Sinne von § 34 BeurkG zu verschließen und so in die amtliche Verwahrung zu geben. Der Umschlag wird dabei als „Zubehör“ der Testamentsurkunde angesehen (J. Mayer in Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2015, § 24 Rdnr. 9; Sandkühler in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, 11. Kapitel Rdnr. 28; Reimann, DNotZ 1994, 659, 663; vgl. auch BT-Drucks. 5/3282, S. 36). Stattdessen sollte das privatschriftlich verfasste Ergänzungstestament selbständig in Verwahrung gegeben werden (Reimann, a. a. O.: „Privatschriftliche Verfügungen haben in dem Umschlag eines notariellen Testaments buchstäblich keinen Platz.“).

b) Nach diesen Grundsätzen, die bereits im Beschluss des Senats vom 15.7.2014, 5 W 13/14 (FamRZ 2015, 533, 534 f. = MittBayNot 350 Ls. [in diesem Heft]), zur Anwendung gelangt sind, ist auch bei der hier zugrundeliegenden Fallkonstellation die Benennung des Beteiligten zu 1 zum Testamentsvollstrecker unwirksam. Diese Benennung des Beteiligten zu 1 durch die Erblasserin ist nicht in einem gesonderten eigenhändigen Ergänzungstestament vorgenommen worden, sondern vielmehr durch eine Einbeziehung in das Beurkundungsverfahren Bestandteil des von dem beurkundenden Notar protokollierten und beurkundeten Testaments vom 12.3.2012 geworden. In dieser konkret gewählten Vorgehensweise ist die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch den Notar im Sinne von § 2232 Satz 2 i. V. m. Satz 1 BGB zu sehen. Für den Errichtungsakt ist erforderlich, dass der Erblasser die von ihm selbst geschriebene und verschlossene Schrift mit der Willenserklärung, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte, dem Notar übergibt und der Notar über diese Vorgänge ein Tatsachenprotokoll bzw. eine notarielle Niederschrift errichtet (Staudinger/Baumann, Bearb. 2012, § 2232 Rdnr. 23). Die Erblasserin hat dem beurkundenden Notar die verschlossene Schrift mit der Aufschrift „Testamentsvollstreckung“ übergeben. Dieser Vorgang hat auch in Form eines Tatsachenprotokolls in die Niederschrift der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung der Erblasserin Eingang gefunden. Dazu heißt es unter Ziffer III. des notariellen Testaments: „Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen und in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar übergeben. Dieser Umschlag ist zusammen mit diesem Testament in die amtliche Verwahrung des AG Bremen zu geben.“ Zwar ist die Rede davon, dass die Bestimmung des Testamentsvollstreckers in einer „gesonderten“ handschriftlichen Niederschrift der Erblasserin erfolgt; allerdings kann dieser Umstand nicht als ausreichend angesehen werden, um vorliegend von einem separaten eigenhändigen Ergänzungstestament auszugehen. Dadurch, dass es zur Beurkundung des Übergabeprotokolls in der Niederschrift gekommen ist, ist auch die Erklärung der Erblasserin bezüglich der Testamentsvollstreckung unmittelbar mit dem notariell beurkundeten Testament verknüpft worden.

Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 1 kann es auch zu keinem anderen Ergebnis führen, dass vorliegend, anders als in der dem Beschluss des Senats vom 15.7.2014, 5 W 13/14, zugrundeliegenden Fallkonstellation, nicht ausdrücklich von einer „Anlage zum Testament“ die Rede ist. Auch wenn vorliegend in der Aufschrift des Briefumschlages zur „Testamentsvollstreckung“ auf das notarielle Testament nicht unmittelbar Bezug genommen wird, so wird aber im notariellen Testament eine „gesonderte handschriftliche Niederschrift“ genannt, in der „die Person des Testamentsvollstreckers“ bestimmt werden soll. Zumal auch die handschriftlich verfasste Erklärung der Erblasserin mit den Worten beginnt: „In Ergänzung zu meinem notariellen Testament vom 12.3.2012 ernenne ich zum Testamentsvollstrecker ...“ und dadurch zusätzlich auf das notarielle Testament Bezug genommen wird. Eine ausdrückliche Kennzeichnung als „Anlage“ ist nicht erforderlich, zumal die Aufschrift des Briefumschlages und die diesbezügliche Beschreibung im Protokoll unmittelbar miteinander in Zusammenhang zu bringen sind. Außerdem ist in dem notariellen Testament eine Niederschrift über die Entgegennahme einer handschriftlich verfassten und verschlossenen Schrift der Erblasserin mit der Erklärung, darin die Person des Testamentsvollstreckers bestimmen zu wollen, zu finden und damit ein Tatsachenprotokoll erstellt worden. Dies ist als ausreichend anzusehen, um eine unmittelbare Verknüpfung zwischen den Schriftstücken zu begründen und die Erklärung, in der die Erblasserin den Beteiligten zu 1 zum Testamentsvollstrecker ernannt, zum Inhalt des notariell beurkundeten Testaments werden zu lassen. Auch wenn die übergebene Schrift ein formgerecht gemäß § 2247 BGB errichtetes eigenhändiges Testament ist, ist es unter diesen Voraussetzungen als Bestandteil des notariell errichteten Testaments anzusehen (Staudinger/Baumann, Bearb. 2012, § 2232 Rdnr. 59 m. w. N.). Unabhängig von der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der privatschriftlichen und eigenhändigen Erklärung der Erblasserin hinsichtlich der Bestimmung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker, stellt die vorliegend gewählte Vorgehensweise eine Umgehung des Ausschließungstatbestandes nach den §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG dar. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass der beurkundende Notar durch Übergabe der verschlossenen Schrift nicht seiner materiellrechtlichen Belehrungspflicht nachkommen, die Wirksamkeit des Testaments überprüfen oder Unwirksamkeitsgründe als Folge eines Verstoßes gegen § 27 BeurkG erkennen konnte (Staudinger/Baumann, a. a. O., Rdnr. 50).

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die verschlossene Schrift in einem weißen Briefumschlag mit der Bestimmung des Testamentsvollstreckers zusammen mit der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung in einem verschlossenen braunen Umschlag von dem Beteiligten zu 1 in die besondere amtliche Verwahrung des AG Bremen gegeben wurden. Der weiße Umschlag zur „Testamentsvollstreckung“ erhielt damit keinen Eingangsstempel und keine eigene Verwahrung-Nummer zugeteilt. Ferner ist auch die Kostenrechnung nur für eine amtliche Verwahrung erstellt. Diese Vorgehensweise, die Dokumente gemeinsam in die Verwahrung zu geben, erfolgte auch auf ausdrücklichen Wunsch der Erblasserin. Auch dies spricht dafür, dass vorliegend ein öffentliches Testament errichtet worden ist. Nach § 34 Abs. 1 BeurkG soll der Notar die Niederschrift und die nach § 30 BeurkG beigefügte übergebene Schrift in einem Umschlag verschließen und zusammen in die besondere amtliche Verwahrung geben. Zwar ist im Rahmen der Testamentseröffnung im Eröffnungsprotokoll des AG Bremen vom 30.4.2014 von zwei letztwilligen Verfügungen die Rede, andererseits heißt es dort aber auch „die

handschriftliche Verfügung befand sich in einem kleinen Umschlag, der durch eine Büroklammer mit der notariellen Verfügung von Todes wegen verbunden war. Beide befanden sich gemeinsam in einem Verwahrumschlag.“ Von der Errichtung eines gesonderten Ergänzungstestaments kann, entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 1, allein aufgrund der Erwähnung von zwei letztwilligen Verfügungen nicht gesprochen werden. Zumal auch beide Dokumente zusätzlich mit einer Büroklammer aneinandergeheftet und damit zu einer Einheit verbunden worden sind. Dies alles spricht dafür, dass die Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch die Erblasserin als Bestandteil der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung anzusehen ist.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Reimann*, MittBayNot 2016, 346 (in diesem Heft).

15. BeurkG § 7 Nr. 1, § 27; BGB §§ 125, 2232 Satz 1 und 2, § 2361 Abs. 1, § 2368 Abs. 3; FamFG § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1 (*Keine Ernennung eines das Testament beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker durch Übergabe eines verschlossenen Umschlags mit einer privatschriftlichen Verfügung*)

Beurkundet der Notar in einem Testament, dass der Erblasser dem beurkundenden Notar einen verschlossenen Umschlag mit einer privatschriftlichen Verfügung übergeben hat, der die Ernennung des Testamentsvollstreckers beinhaltet und ist der Notar selbst in dieser als „Anlage zum Testament“ bezeichneten Verfügung vom Erblasser zum Testamentsvollstrecker ernannt worden, kann das Testament hinsichtlich der Ernennung des beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker nach den Umständen des Einzelfalls gemäß § 27, § 7 Nr. 1 BeurkG i. V. m. § 125 BGB nichtig sein.

OLG Bremen, Beschluss vom 15.7.2014, 5 W 13/14

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Reimann*, MittBayNot 2016, 346 (in diesem Heft).

Kostenrecht

16. GNotKG § 46 Abs. 2 und 3 Nr. 3, § 81 Abs. 5 Satz 1, 2, 4, § 83 Abs. 1 Satz 1, 3 bis 5, § 79 (*Geschäftswertfestsetzung des Grundbuchamts für Eigentumsübertragung nach Brandversicherungswerten*)

- Zur Zulässigkeit der Wertermittlung von bebauten Grundstücken nach Brandversicherungswerten.**
- Ist der Brandversicherungswert dem Grundbuchamt bekannt – etwa durch freiwillige Vorlage einer entsprechenden Urkunde –, kann er auch nach neuem Recht für die Grundstücksbewertung grundsätzlich herangezogen werden. Für Zwecke der Steuererhebung angegebene Werte genießen keinen gesetzlichen Vorrang.**

OLG München, Beschluss vom 3.5.2016, 34 Wx 7/16 Kost; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Gemäß notariellem Vertrag vom 6.8.2015 übertrug die Beteiligte zu 1 auf ihren volljährigen Sohn ein Grundstück (Gebäude- und Freifläche), und zwar unter Nießbrauchsvorbehalt für sich und aufschiebend bedingt auf ihren Todesfall für ihren Ehemann. Zur Sicherung des weiter vereinbarten Übertragungsanspruchs bewilligt wurde ferner die Eintragung einer auf den Tod des jeweils Berechtigten auflösend bedingte Vormerkung. Der Grundbuchvollzug fand am 11.8.2015 statt.

Der Kostenansatz vom 18.8.2015 bewertet das Grundstück mit 1.244.062 €, errechnet aus einem Grundstückswert von 348.480 € (1.936 m² x 180 €/m²) und einem nach dem Brandversicherungswert berechneten Gebäudewert von 895.582,80 €. In dem letztgenannten Betrag enthalten ist ein genereller Abschlag von 20 %.

Die Erinnerung der Beteiligten zu 1 als in Anspruch genommener Kostenschuldnerin geht von einem nach §§ 181 ff. BewG ermittelten Gebäudewert von 517.941 € und unter Übernahme des angesetzten Grundstückswerts mit 348.480 € von einem Verkehrswert i. H. v. 866.421 € aus.

Nach Anhörung der zuständigen Bezirksrevisorin – der Beteiligten zu 2 – hat das AG das Wertermittlungsverfahren eingeleitet und den Geschäftswert für die Eigentumsbeschreibung gemäß Beschluss vom 18.12.2015 mit 1.156.942,80 € festgesetzt. Zur Begründung hat es sich der Stellungnahme der Beteiligten zu 2 angeschlossen, wonach der Wert nach Bodenrichtwert und Brandversicherungswert zu bestimmen sei. Es hat einen Sicherheitsabschlag von 25 % auf den Bodenrichtwert von 348.480 € vorgenommen (Bodenwert: 261.360 €) und den Gebäudewert anhand der vorgelegten Brandversicherungsurkunde mit 895.582,80 € bemessen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1, die das zur Verkehrswertbemessung gesetzlich bestimmte Vorgehen nach § 46 Abs. 2 und 3 GNotKG nicht gewahrt sieht. Vorrangig heranzuziehen seien vielmehr die für Zwecke der Steuererhebung festgesetzten Werte (§ 46 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG). Die stattdessen angewandte Bewertungsmethode könne allenfalls nachrangig zur Anwendung kommen. Der für Zwecke der Schenkung- bzw. der Erbschaftsteuer maßgebliche Wert sei hier der mit 866.421 € bereits mitgeteilte und von ihrem sachkundigen Vertreter nach §§ 181 ff. BewG ermittelte Wert.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Die Vertreterin der Staatskasse verweist auf den Vorrang der Wertermittlung nach § 46 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG gegenüber den Hilfskriterien gemäß § 46 Abs. 3 GNotKG.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 83 Abs. 1 Satz 1, 3 bis 5, § 81 Abs. 5 Satz 1, 2 und 4 GNotKG, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 FamFG zulässige Beschwerde gegen die Geschäftswertfestsetzung nach § 79 GNotKG, über die gemäß § 83 Abs. 1 Satz 5 GNotKG i. V. m. § 81 Abs. 6 Satz 1 GNotKG der Einzelrichter des Senats entscheidet, hat in der Sache keinen Erfolg. Die Wertfestsetzung des AG ist zutreffend.

1. Der Wert der Sache, auch von Grundbesitz, wird gemäß § 46 Abs. 1 GNotKG durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (Verkehrswert). Zur Bestimmung des Verkehrswerts oder gemeinen Werts (vgl. § 9 BewG) von Grundstücken, sofern dieser nicht feststeht, stellt § 46 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 GNotKG Kriterien auf, und zwar in Abs. 2 sog. Hauptkriterien („ist er zu bestimmen“) und in Abs. 3 ergänzend sog. Hilfskriterien („können auch herangezogen werden“; siehe *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 2. Aufl., § 46 Rdnr. 9 und 25; a. A. *Hartmann*, Kostengesetze, 46. Aufl., § 46 GNotKG Rdnr. 6: Vorrang des Absatzes 3, jedoch Grundsatz umfassender Berücksichtigung aller Preisumstände). Kann der Wert bereits anhand der Kriterien nach Abs. 2 bestimmt werden, bedarf es in aller Regel keines Rückgriffs mehr auf die in Abs. 3 angeführten Kriterien, namentlich nicht auf für Zwecke der Steuererhebung (Erbschaft- oder Schenkungsteuer) festgesetzte

oder angemeldete Werte (vgl. *Fackelmann*, GNotKG, § 46 Rdnr. 64; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 19. Aufl., § 46 Rdnr. 14), die die wahren Wertverhältnisse nicht stets zuverlässig wiedergeben (vgl. *Hartmann*, § 46 GNotKG Rdnr. 17: „ziemlich verschleiertes Bild der wahren Wertverhältnisse“). Aus unterschiedlichen Gründen – zum Beispiel fehlende zeitnahe Feststellungen der Steuerbehörden (*Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 1562; *Fackelmann*, § 46 Rdnr. 70), fehlende Abbildung des Verkehrswerts (*Korintenberg/Tiedtke*, § 46 Rdnr. 14) – dürften Werte nach § 46 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG in der Praxis der Grundbuchämter nicht die primäre und schon gar nicht die ausschließliche Erkenntnisquelle bilden.

2. Jedenfalls erlaubt auch § 46 GNotKG, der in Abs. 4 für Bewertungszwecke eine Beweisaufnahme ausschließt, ohne diese grundsätzlich eine Verkehrswertermittlung unter Berücksichtigung der Brandversicherungswerte nach der Methodik, wie sie die Rechtsprechung zu § 19 Abs. 2 KostO entwickelt hatte (vgl. BayObLGZ 1972, 297, 301 und 303; 1976, 89, 91; 1997, 69, 75 f.; *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1550; *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, § 46 Rdnr. 14 und 21; *Fackelmann*, § 46 Rdnr. 38; *Korintenberg/Tiedtke*, § 46 Rdnr. 61), dies allerdings nunmehr unter der Einschränkung, dass die Werte etwa aus früheren Vorgängen amtsbekannt sein müssen oder auf – nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen (siehe auch BT-Drucks. 17/11471, S. 168 zu § 46 GNotKG; *Korintenberg/Tiedtke*, § 46 Rdnr. 60; *Fackelmann*, § 46 Rdnr. 39). Denn die Feststellung des Verkehrswerts „aus sonstigen ausreichenden Anhaltspunkten“ (§ 19 Abs. 2 KostO) ist entfallen.

Es mag sein, dass die Verkehrswertbestimmung anhand der Brandversicherungswerte unter dem neuen Recht an Bedeutung verliert, weil diese nicht bekannt sind oder nicht vorgelegt werden und deren Bekanntgabe auch nicht erzwungen werden kann (*Fackelmann*, § 46 Rdnr. 39; *Korintenberg/Tiedtke*, § 46 Rdnr. 60). Sind sie aber bekannt, steht der Bewertung nach dieser Methodik grundsätzlich nichts im Wege. Denn es handelt sich dann um nach § 46 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GNotKG zu berücksichtigende Umstände.

3. Hier lässt sich der Verkehrswert aus dem vorgelegten Versicherungsschein für das gegenständliche Objekt ermitteln, welcher das Baujahr (1996) und die Versicherungssumme zum Wert von 1914 ausweist. Anhaltspunkte, dass die daraus entwickelte Berechnung des aktuellen Wertes fehlerhaft wäre, finden sich nicht; solche werden auch nicht behauptet. Schließlich spricht auch nichts dafür, dass der vom Vertreter der Beteiligten zu 1 nach dem Ertragswertverfahren ohne dann aber erforderliche genauere Darlegung der maßgeblichen Multiplikatoren und ohne Vorlage eines nicht einfordernbaren Gutachtens (*Fackelmann*, § 46 Rdnr. 49; siehe BayObLGZ 1997, 69, Leit-satz 2; BayObLG, NJW-RR 2001, 287, 288) ermittelte Wert von 866.421 € den Marktwert zutreffend wiedergibt, während der aus der Brandversicherungssumme ermittelte Verkehrswert überhöht wäre. Die in der Dritten Abteilung des Grundbuchs eingetragenen Belastungen bestätigen vielmehr den höheren – festgesetzten – Betrag als zutreffenden Verkehrswert.

(...)

Öffentliches Recht

17. BauGB §§ 22, 172 Abs. 1; WEG § 8 Abs. 1; BlnUmwandV § 1; GBO § 19 (*Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung der Aufteilung in Wohnungs- bzw. Teileigentum bei Genehmigungsbefähigung*)

Das Grundbuchamt hat dem Antragsteller vor Vollzug der Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- bzw. Teileigentum die Vorlage einer Genehmigung der Gemeinde aufzugeben, wenn das Grundstück im Bereich einer Landesverordnung nach § 172 Absatz 1 Satz 4 BauGB belegen ist und die Gemeinde eine entsprechende Erhaltungssatzung erlassen hat. Auch wenn das Grundbuchamt keine gesicherte Kenntnis davon hat, ob ein Grundstück im Bereich einer Erhaltungssatzung belegen ist, kann die Eintragung dennoch nicht von der Vorlage eines Negativattests abhängig gemacht werden (Abgrenzung zu OLG München, Beschluss vom 26.8.2015, 34 Wx 188/15).

KG, Beschluss vom 8.12.2015, 1 W 680/15, mitgeteilt von *Renate Noack*, Richterin am KG

Die Beteiligte ist seit dem 10.8.2009 als Eigentümerin in Abt. I des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundbuchs eingetragen. Am 4.5.2015 bewilligte sie zur URNr. V. 2.../2... des Notars S. V. in B. unter Bezugnahme auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung Nr. 1...-0... des Bezirksamts M. von B. vom 5.2.2015 die Aufteilung des Grundstücks in sieben Wohnungseigentumsrechte und ein Teileigentumsrecht.

Mit Schriftsatz vom 8.5.2015 hat der Urkundsnotar unter Beifügung der vorgenannten Urkunden den Vollzug der Teilung im Grundbuch beantragt.

Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 29.5.2015 die Vorlage einer Genehmigung „der zuständigen Behörde“ gemäß § 172 BauGB bzw. deren Negativattest gefordert. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 5.6.2015, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 18.6.2015 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Hindernis besteht nicht, so dass insoweit keine Zwischenverfügung veranlasst ist, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

1. Die durch Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt erfolgte Teilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum, § 8 Abs. 1 WEG, wird mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam, § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG. Dies erfordert einen hierauf gerichteten Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, und eine Bewilligung, § 19 GBO, der als Anlagen ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung beizufügen sind, § 7 Abs. 2 Satz 1 WEG (vgl. *Briesemeister in Keller/Munzig*, GBO, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 94).

2. Zu bewilligen hat derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen ist, § 19 GBO. Das ist bei der Teilung eines Grundstücks gemäß § 8 Abs. 1 WEG der Eigentümer, der zudem bewilligungsbefugt sein muss. Die Befugnis zur Ausübung der Bewilligungsberechtigung leitet sich von der sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis ab (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 56). Das Grundbuchamt hat deshalb von Amts wegen zu prüfen, ob der Bewilligende Verfügungsbeschränkungen unterliegt (BGH, Beschluss vom 21.2.2013, V ZB 15/12, MDR 2013, 701).

a) Einer solchen Verfügungsbeschränkung unterliegen die Eigentümer von Grundstücken im Bereich einer Erhaltungssatzung im Sinne von § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB, die mit Gebäuden bebaut sind, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, wenn eine landesrechtliche Rechtsverordnung bestimmt, dass die Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum nicht ohne Genehmigung erfolgen darf, § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB (hierzu *Hügel*, GBO, 2. Aufl., Stichwort „Verfügungsbeeinträchtigungen“

Rdnr. 55; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3845 ff.; *Oehmen* in *Spannowsky/Uechtritz*, BauGB, 2. Aufl., § 172 Rdnr. 9 ff.). Das Grundbuchamt darf dann Eintragungen im Grundbuch nur vornehmen, wenn ein Genehmigungsbescheid, ein Zeugnis, dass die Genehmigung als erteilt gilt oder eine Freistellungserklärung der Gemeinde vorgelegt wird, § 172 Abs. 1 Satz 6, § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB.

Erfasst wird jede Art der Begründung von Wohnungseigentum, also auch die Begründung durch Teilung, § 8 Abs. 1, § 2 WEG (OLG München, Beschluss vom 26.8.2015, 34 Wx 188/15, NJW-RR 2016, 137; *Oehmen*, a. a. O., Rdnr. 12; *Stock* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 2014, § 172 Rdnr. 121).

Am 14.3.2015 ist die Umwandlungsverordnung des Senats von Berlin vom 3.3.2015 – UmwandV – in Kraft getreten, § 3 Satz 1 UmwandV (GVBl 2015, S. 43). Danach darf für alle Grundstücke im Bereich einer Erhaltungsverordnung nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB Wohnungs- oder Teileigentum an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, nicht ohne Genehmigung begründet werden, § 1 UmwandV.

b) Vor diesem Hintergrund ist es im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt eine Genehmigungsbedürftigkeit der angestrebten Teilung geprüft hat. Aufgrund der vorstehend dargestellten Rechtslage sind die Grundbuchämter in Berlin seit dem 14.3.2015 hierzu verpflichtet.

aa) Gleichwohl ist es nicht gerechtfertigt, von der Beteiligten die Vorlage eines entsprechenden Genehmigungsbescheids zu erfordern. Die beantragte Teilung ist nicht genehmigungspflichtig.

Die § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB, § 1 UmwandV setzen voraus, dass das in Wohnungs- bzw. Teileigentum aufzuteilende Grundstück im Gebiet einer Erhaltungssatzung belegen ist. Das verfahrensgegenständliche Grundstück befindet sich nicht in einem solchen Gebiet.

In Berlin werden Angelegenheiten, für die nach dem BauGB die Gemeinden zuständig sind, von den Bezirken wahrgenommen, § 246 Abs. 2 Satz 1 BauGB, § 1 AGBauGB. An die Stelle der Satzung nach § 172 Abs. 1 BauGB tritt eine von dem zuständigen Bezirksamt zu erlassende Rechtsverordnung, § 246 Abs. 2 Satz 1 BauGB, § 30 AGBauGB.

Bis zum Inkrafttreten der Umwandlungsverordnung hatten die Berliner Bezirksämter 21 Erhaltungssatzungen gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB erlassen (vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drucks. 17/2160, Verordnung Nr. 17/180), davon das Bezirksamt ... von Berlin lediglich am 17.6.2003 die Erhaltungsverordnung für das Gebiet „Oranienburger Vorstadt“ (GVBl 2003, S. 262). Seither hat nur das Bezirksamt ... von Berlin am 23.6.2015 eine weitere Erhaltungsverordnung für das Gebiet „Sch. Insel“ erlassen (GVBl 2015, S. 277).

Das verfahrensgegenständliche Grundstück ist im Ortsteil T. des Bezirks M. von B. belegen. Dieser Ortsteil wird von keiner Erhaltungsverordnung im Sinne des § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB betroffen, insbesondere auch nicht von der Erhaltungsverordnung des Bezirksamts M. von Berlin für das Gebiet „Oranienburger Vorstadt“.

bb) Hängt die Teilung des Grundstücks danach nicht von der Genehmigung des Bezirksamts M. von Berlin ab, kann für den grundbuchlichen Vollzug auch nicht die Vorlage eines Negativattests dieser Behörde verlangt werden.

Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass das Grundbuchamt nicht verpflichtet sei, von sich aus zu ermitteln, ob auch das betreffende Grundstück im Geltungsbereich einer entsprechenden Erhaltungsverordnung belegen sei (*Grziwotz*

in *Meikel*, GBO, 11. Aufl., Einl F Rdnr. 32; *Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 3 Rdnr. 49; a. A. *Köhler/Fieseler* in *Schrödter*, a. a. O., § 172 Rdnr. 52). Daraus wird das Erfordernis eines Negativzeugnisses vor Vollzug der Teilung im Grundbuch abgeleitet, wie es vorliegend von dem Grundbuchamt gefordert worden ist (*Hertel*, DNotI-Report 1997, 159, 161 f.; *Hügel*, a. a. O., Rdnr. 57; *Waldner* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., AT VIII Rdnr. 78.).

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Es erscheint bereits fraglich, ob nicht jedenfalls die Berliner Grundbuchämter zu entsprechenden Ermittlungen verpflichtet sind, weil die rechtlichen Grundlagen zur Prüfung einer Genehmigungspflicht allgemein zugänglich sind. Rechtsverordnungen werden im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin verkündet, § 1 Gesetz über die Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen vom 29.1.1953. Satzungen im Sinne von § 172 Abs. 1 Satz 1 BauGB werden in Berlin in Form von Rechtsverordnungen der Bezirksämter erlassen, § 246 Abs. 2 Satz 1 BauGB, § 30 AGBauGB. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen.

§ 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB hat durch das EAG Bau vom 24.6.2004 (BGBl I 2004, S. 1359) ab dem 20.7.2004 eine wesentliche Änderung erfahren. Bis dahin verwies § 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB auf § 20 Abs. 2 bis 4 BauGB, wo die Erteilung eines Negativattests ausdrücklich geregelt war. War eine Genehmigung nicht erforderlich, hatte die Gemeinde auf Antrag eines Beteiligten darüber ein Zeugnis auszustellen, § 20 Abs. 2 Satz 1 BauGB a. F. Das Grundbuchamt durfte eine Eintragung in das Grundbuch erst vornehmen, wenn das Zeugnis vorgelegt worden war, § 20 Abs. 2 Satz 2 BauGB a. F. Mit Wirkung ab dem 20.7.2004 ist § 20 BauGB a. F. aber aufgehoben worden. Seither finden die Regelungen des § 22 Abs. 2 Satz 3 und 4, Abs. 6 und 8 BauGB entsprechende Anwendung, § 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB.

Gemäß § 22 Abs. 2 Satz 3 BauGB hat die Gemeinde dem Grundbuchamt den Beschluss über die Satzung, das Datum ihres Inkrafttretens sowie die genaue Bezeichnung der betroffenen Grundstücke vor ihrer Bekanntmachung rechtzeitig mitzuteilen. Der Gesetzgeber wollte damit das Grundbuchverfahren in Bezirken, in denen die Gemeinde von der Ermächtigung zum Erlass einer Satzung keinen Gebrauch gemacht hat, erleichtern. Ein gegebenenfalls in jedem Einzelfall erforderliches Negativattest sollte entbehrlich werden (BT-Drucks. 15/2250, S. 52).

Im Rahmen von § 22 BauGB lässt sich danach die Forderung des Grundbuchamts nach Vorlage eines Negativattests nicht mehr rechtfertigen (vgl. *Grziwotz* in *Spannowsky/Uechtritz*, a. a. O., § 22 Rdnr. 19; *Rieger* in *Schrödter*, BauGB, 8. Aufl., § 22 Rdnr. 13 und 26; *Reidt* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl., § 22 Rdnr. 11; *Söfker* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 2015, § 22 Rdnr. 7a und 58; insoweit unklar *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3841).

Die Verweisung in § 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB auf § 22 BauGB dient den gleichen Zielen. Der Gesetzgeber bezweckte auch insoweit eine Erleichterung der Praxis in den Grundbuchämtern (BT-Drucks. 15/2996, S. 70). Die Grundbuchämter sind von den Gemeinden auch über die Aufstellung von Erhaltungssatzungen im Sinne von § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB zu unterrichten, so dass kein Bedürfnis für ein allgemeines Negativzeugnis besteht (vgl. *Stock*, a. a. O., § 172 Rdnr. 127; *Köhler/Fieseler*, a. a. O., § 172 Rdnr. 52). Das Grundbuchamt hat also das geltende Ortsrecht nicht von sich aus zu ermitteln, allerdings hat es entsprechende Satzungen bzw. Verordnungen von Amts wegen zu beachten, wenn sie ihm von der Gemeinde mitgeteilt werden.

Dem steht die Auffassung des OLG München (a. a. O.) nicht entgegen, das es für unbedenklich erachtet hat, wenn das Grundbuchamt im Rahmen des § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB neben der Genehmigung zur Mängelbeseitigung die Beibringung eines Negativattests für zulässig erachtet hat. Dort lag das aufzuteilende Grundstück im Gebiet einer Erhaltungssatzung der Gemeinde und die dortige Landesregierung hat durch Rechtsverordnung von der Möglichkeit eines Genehmigungsvorbehalts Gebrauch gemacht. Ein Negativattest mag insoweit der Beseitigung von Zweifeln dienen, ob eine Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum unter das Genehmigungserfordernis fällt, was etwa bei neu zu errichtenden Gebäuden umstritten ist (vgl. *Grziwotz*, a. a. O., Rdnr. 24). Insofern mag ein Bedürfnis für ein solches Attest der Gemeinde bestehen. Hiervon ist aber der vorliegende Fall zu unterscheiden, in dem das Grundstück überhaupt nicht im Gebiet einer Erhaltungssatzung belegen ist. Dann können keine Zweifel bestehen, dass die Aufteilung insoweit genehmigungsfrei ist und ein Bedürfnis nach einem Negativattest besteht nicht.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Grziwotz*, MittBayNot 2016, 355 (in diesem Heft).

18. BauGB § 22 Abs. 1, § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 4; GBO §§ 18, 71 Abs. 1; WEG §§ 1, 2, 3, 8, 9 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 DVWoR (Bayern – i. d. F. v. 4.2.2014, GVBl, S. 39) § 5 (*Neuaufteilung erfordert Negativattest*)

Wird ein in Wohnungs- bzw. Teileigentum aufgeteiltes (mit einem Wohnzwecken dienendes Gebäude bebaut) Grundstück, das im Gebiet einer kommunalen Erhaltungssatzung liegt, vom Eigentümer sämtlicher Einheiten vollständig geändert aufgeteilt, darf das Grundbuchamt die Aufteilung nur eintragen, wenn die gemeindliche Genehmigung (oder ein entsprechendes Negativattest) vorgelegt wird.

OLG München, Beschluss vom 26.8.2015, 34 Wx 188/15; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterinnen am OLG München

Dem Beteiligten gehört ein durch Teilungserklärung (§ 8 WEG) vom 1.8.2008 gebildetes und am 11.11.2010 eingetragenes Wohnungs- und Teileigentum, das aus zwei Miteigentumsanteilen zu je 500/1.000 Anteilen besteht. Dabei ist der eine Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an sämtlichen Räumen der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Lager, dem Ladengeschäft, der Pension im 1. Obergeschoss, den Pensionszimmern im 2. Obergeschoss und dem unausgebauten Speicher, während der zweite Miteigentumsanteil verbunden ist mit dem Sondereigentum an sämtlichen Räumen der im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Wohnungen mit Kellerabstellräumen sowie – gemäß Nachtrag vom 15.10.2010, Räumen im 3. Obergeschoss.

Der weitere Nachtrag vom 17.10.2014 hat unter Punkt 3. die „Neuaufteilung gemäß § 8 WEG“ des Eigentums am Grundstück in der Weise zum Gegenstand, dass mit jedem Miteigentumsanteil Sondereigentum wie in der der Urkunde beigefügten Anlage verbunden ist. Nach dieser wird das gesamte Wohnungs- und Teileigentum in 15 Wohnungen und eine gewerbliche Einheit aufgeteilt.

Das betroffene Grundstück liegt im Geltungsbereich der Satzung „G.-platzviertel“ der Landeshauptstadt M. zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB vom 24.5.2011 (Amtsbl. Nr. 15, S. 141). Gemäß § 5 der (landesrechtlichen) Verordnung zur Durchführung des Wohnungsrechts und des besonderen Städtebaurechts (DVWoR) vom 8.5.2007 (GVBl, S. 326) i. d. F. v. 4.2.2014 (GVBl, S. 39), in Kraft seit 1.3.2014, darf in Bayern für Grundstücke im Gebiet einer derartigen Erhaltungssatzung Wohnungseigentum oder Teileigentum gemäß § 1 WEG an Gebäuden, die

ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, nicht ohne Genehmigung durch die Gemeinde begründet werden.

Die auf Vollzugsvorlage ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 30.3.2015 beanstandete unter anderem, dass eine „Neuaufteilung“ – sofern tatsächlich gewollt – die Aufhebung der bestehenden Sondereigentumseinheiten erfordere. Weil das fragliche Flurstück im Gebiet der örtlichen Erhaltungssatzung („G.-platzviertel“) liege, sei wegen der Neuaufteilung die Genehmigung des Sozialreferats (der Landeshauptstadt M.) erforderlich.

Der Notar stellte daraufhin klar, dass es sich nicht um die Aufhebung der bestehenden Aufteilung und um die Neubegründung von Sondereigentum handle, sondern um eine Änderung der bestehenden Aufteilung. Die angeforderte Genehmigung des Sozialreferats sei daher nicht notwendig.

Mit weiterer fristsetzender Zwischenverfügung vom 13.4.2015 bemängelte das Grundbuchamt erneut die fehlende Genehmigung des Sozialreferats „gemäß der Umwandlungsverordnung“. Faktisch handele es sich bei der Maßnahme um eine Neuaufteilung. Ohne Genehmigung würde der Schutzzweck hier allein aufgrund geänderter Formulierung umgangen. Genehmigungsbedürftig sei die „Begründung“ von Wohnungseigentum; zwischen „Neubegründung“ und weiterer Unterteilung werde nicht ausdrücklich unterschieden. Es sei deshalb zum Vollzug eine entsprechende Genehmigung oder aber ein Negativattest der Behörde vorzulegen. Auf die Gegenvorstellung des Notars hielt das Grundbuchamt mit Schreiben vom 26.5.2015 an seiner Zwischenverfügung ausdrücklich fest.

Gegen diese richtet sich die Beschwerde des beurkundenden Notars vom 12.6.2015. Er meint, ein vom Genehmigungsvorbehalt für die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum erfasster Vorgang liege nicht vor; mit der gegenständlichen Änderung werde gerade kein Wohnungs- und Teileigentum begründet, sondern bereits begründetes Wohnungs- und Teileigentum durch weitere Teilung geändert. Dies sei nach dem Wortlaut der Norm nicht genehmigungspflichtig, was sich auch aus einem Vergleich mit § 22 BauGB ergebe, der die „Begründung oder Teilung“ genehmigungspflichtig mache.

Schließlich komme es auch nicht darauf an, ob der Schutzzweck der Vorschrift durch eine weitere Unterteilung ohne Genehmigung umgangen werde. Dies könne aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zur Genehmigungspflicht führen. Denn aus dem Grundbuch wäre nicht ersichtlich, ob der Schutzzweck erfüllt und somit eine Genehmigung erforderlich sei oder nicht.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel gegen die beanstandete Zwischenverfügung hat keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie richtet sich gegen die Zwischenverfügung vom 13.4.2015, die ein Eintragungshindernis auf der Grundlage der zur Zwischenverfügung vom 30.3.2015 abgegebenen notariellen Erklärung aufzeigt. Zwischenverfügungen des Grundbuchamts nach § 18 GBO sind mit Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO anfechtbar (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 1). Diese ist im Übrigen formgerecht eingelegt (vgl. § 73 GBO). Auch wenn der Notar dabei nicht erklärt hat, dass er das Rechtsmittel für den (Urkundens-)Beteiligten ergreift, unterliegt dies keinen Zweifeln (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 15 Rdnr. 20); denn Beschwerdeführer ist oder sind stets der (oder die) Antragsteller (*Wilke in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 30) und ist nicht der beurkundende Notar selbst.

2. Das Rechtsmittel ist unbegründet. Weil das betroffene Grundstück im Gebiet der Erhaltungssatzung „G.-platzviertel“ der Stadt M. liegt, bedarf die Aufteilung des Wohnungs- und Teileigentums gemäß Nachtrag vom 17.10.2014 der Genehmigung der Stadt M.

a) Das Grundstück ist vor Einführung des Genehmigungsvorbehalts in das bayerische Landesrecht am 1.3.2014 bereits

seit 11.11.2010 wirksam nach § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt, nämlich in zwei Miteigentumsanteile jeweils verbunden mit Sondereigentum an Räumen. Eigentümer beider Einheiten ist (noch) der Beteiligte zu 1; Eigentumsvormerkungen enthalten die Wohnungsgrundbücher bisher nicht. In diesem Stadium steht es dem Eigentümer der Anteile frei, Änderungen der Wohnungseigentumsrechte entsprechend § 8 WEG unbeschränkt vorzunehmen (BayObLG, Beschluss vom 8.5.1974, BReg. 2 Z 17/74, BayObLGZ 1974, 217, 219; BayObLG, Beschluss vom 24.6.1993, 2 Z BR 56/93, BayObLGZ 1993, 259; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 17; *Staudinger/Rapp*, Bearb. Juli 2005, § 8 WEG Rdnr. 21; *Bärman/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 8 Rdnr. 34; *Schüller*, RNotZ 2011, 203, 204), denn als Alleineigentümer könnte er die Teilung auch komplett wieder aufheben (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 3 WEG; *Weitnauer/Briesemeister*; *Staudinger/Rapp*; *Schüller*, je a. a. O.).

b) Zunächst hat der Beteiligte mit Erklärung vom 7.4.2015 ausreichend klargestellt, dass das einseitig mit Erklärung vom 1.8.2008 nach §§ 2 und 8 WEG begründete Wohnungseigentum mit der Erklärung vom 17.10.2014 nicht im Ganzen wieder aufgehoben und anschließend sogleich durch (erneute) Teilung neu begründet werden sollte („Der Eigentümer teilt hiermit das Eigentum am vorbezeichneten Grundstück ... neu in der Weise auf, dass ...“). Dies hätte zur Folge gehabt, dass die bisherigen Wohnungsgrundbücher geschlossen werden (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 WEG) und für jeden Miteigentumsanteil von Amts wegen ein (neues) besonderes Grundbuchblatt angelegt werden müsste (§ 8 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 WEG). Auch wenn die gemäß Anlage zur notariellen Urkunde vom 17.10.2014 vorgenommene Aufteilung in nunmehr 16 Einheiten „komplett“ ist, d. h. alle Miteigentumsanteile erfasst und eine Ableitung derselben aus dem einen oder dem anderen der beiden bisherigen Miteigentumsanteile nicht erkennen lässt, sieht der Senat auf der Grundlage der Wohnungsgrundbuchverfügung (WGV vom 24.1.1995, BGBl I, S. 134) für das Grundbuchamt keine durchgreifenden Vollzugsschwierigkeiten (siehe § 3 Abs. 5 und 6 WGV). Bei derartigen Änderungen müssen zusätzlich die Voraussetzungen von § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 WEG erfüllt sein (*Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 11. Aufl., § 8 Rdnr. 22; *Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 3 Rdnr. 76 für Unterteilung; *Schüller*, RNotZ 2011, 203, 204). Wenn es auch in Bezug auf den beschränkten Prüfungsgegenstand des Beschwerdegerichts darauf hier nicht ankommt, sind nach Behebung der mit der vorausgegangenen Zwischenverfügung vom 30.3.2015 aufgezeigten Mängel keine Anhaltspunkte mehr ersichtlich, die noch für ein darauf bezogenes fortbestehendes Eintragungshindernis sprächen.

c) Zu Recht besteht das Grundbuchamt auf den Nachweis der gemeindlichen Genehmigung (oder aber eines Negativtests) gemäß § 5 DVWoR in Verbindung mit der kommunalen Erhaltungssatzung vom 24.5.2011 nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 BauGB. Eine genehmigungsbedürftige, aber zu Unrecht in das Grundbuch eingetragene Rechtsänderung wäre in entsprechender Anwendung von § 135 BGB im Verhältnis zur Gemeinde unwirksam (§ 172 Abs. 1 Satz 5 BauGB; *Köhler/Fieseler in Schrödter*, BauGB, 8. Aufl., § 172 Rdnr. 51; *Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand November 2014, § 172 Rdnr. 125). Es besteht eine Grundbuchsperrung, die erst durch den Genehmigungsbescheid der Gemeinde überwunden wird (§ 172 Abs. 1 Satz 6 i. V. m. § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB; *Köhler/Fieseler in Schrödter*, a. a. O., § 172 Rdnr. 52; *Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, a. a. O., § 172 Rdnr. 126).

(1) Genehmigungspflichtig ist im Bereich von Erhaltungssatzungen nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB die Begründung

von Wohnungs- oder Teileigentum (§ 1 WEG) an (bestehenden) Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind. Der Genehmigungsvorbehalt ist seiner Intention nach weit angelegt, so dass schon die Existenz einer Wohnung oder eines Wohnraums in einem Gebäude genügt. Ob Räume dem Wohnen dienen sollen, richtet sich nach ihrem planungsrechtlichen Nutzungszweck, nicht nach der tatsächlich ausgeübten Nutzung (*Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, a. a. O., § 172 Rdnr. 122). Dass das auf dem Grundstück befindliche Bestandsgebäude jedenfalls auch und überwiegend zum Wohnen bestimmte Räume enthält (vgl. Nr. 4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes vom 19.3.1974, BAnz Nr. 58 vom 23.3.1974), ergibt sich aus den vorliegenden Aufteilungsplänen.

(2) Nach der gesetzlichen Fassung unterliegt die „Begründung“ von Wohnungs- oder Teileigentum der Genehmigungspflicht. Begründet wird Wohnungseigentum gemäß § 2 WEG durch vertragliche Einräumung nach § 3 WEG oder durch (einseitige) Aufteilung nach § 8 WEG. Dass die gesetzliche Fassung des § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB ohne den in § 22 Abs. 1 BauGB enthaltenen Zusatz („oder Teilung“) nur die eine (vertragliche) Form der Begründung erfassen würde, liegt angesichts des Gesetzeszwecks fern (vgl. *Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, a. a. O., § 172 Rdnr. 121; *Bank in Brüggemann*, BauGB, Stand Okt. 2011, § 172 Rdnr. 38). Indessen ist der Anwendungsbereich der Norm für Fälle späterer Änderungen nach bereits vollzogener Teilung nicht ganz eindeutig. Wohl nicht erfasst werden Änderungen der Teilungserklärung, die kein neues Sondereigentum schaffen, sondern entweder bestehendes ändern, etwa in der Zusammensetzung des Wohnungseigentums durch Neuordnung von Räumen im Sondereigentum oder durch Verkleinerung oder Vergrößerung von Miteigentumsanteilen (*Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 3 Rdnr. 87), oder solche, die die Gestaltung der Gemeinschaftsordnung betreffen (*Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 3 Rdnr. 82). Ob als Änderung des vereinbarten Inhalts des Sondereigentums nach § 15 Abs. 1 WEG (*Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, a. a. O., § 1 Rdnr. 20 m. w. N.) auch die Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt dem Genehmigungsvorbehalt unterliegt, wird unterschiedlich beurteilt (verneinend *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3846; bejahend *Meikell/Grziwotz*, GBO, 11. Aufl., Einl F Rdnr. 24). Indessen bedarf es einer Beantwortung dieser Fragen hier nicht. Denn jedenfalls sind solche Änderungen genehmigungspflichtig, durch die neues Sondereigentum geschaffen wird (*Hertel*, DNotI-Report 1997, 159, 160), das zuvor so nicht bestanden hat, etwa durch Aufteilung in kleinere Einheiten (*Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, a. a. O., § 172 Rdnr. 121; *Hügel*, GBO, 2. Aufl., Verfügungsbeeinträchtigungen Rdnr. 56; *KEHE-Munzig*, GBO, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 154).

(3) Der Wortlaut des Gesetzes steht dem nicht entgegen; er spricht von „Begründung“, nicht von „erstmaliger Aufteilung“.

Ein Umkehrschluss aus der Formulierung in § 22 Abs. 1 BauGB, der „die Begründung oder Teilung“ von Wohnungs- oder Teileigentum der Genehmigungspflicht unterstellt, lässt sich für die gegenständliche Konstellation nicht ziehen. Auch Teilung führt zur Begründung von Wohnungseigentum (siehe oben). Wenn schon der Fall der „Unterteilung“ bestehenden Wohnungs- oder Teileigentums (*Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 3 Rdnr. 73; *Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, a. a. O., § 8 Rdnr. 30) nach der ganz herrschenden Meinung erfasst wird (vgl. *Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 3 Rdnr. 49; *von Oefele in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., AT

V Rdnr. 228; *Meikel/Grziwotz*, a. a. O., Einl F Rdnr. 24; *Hügel*, a. a. O., Verfügungsbeeinträchtigungen Rdnr. 56; *KEHE-Munzig*, a. a. O., § 20 Rdnr. 154; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3846; *Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, a. a. O., § 172 Rdnr. 121; *Hertel*, DNotI-Report 1997, 159, 160; *Grziwotz*, DNotZ 1997, 916, 937; wohl auch *Bank in Brügelmann*, BauGB, Stand Okt. 2011, § 172 Rdnr. 38; a. A. *Schlichter/Stich*, Berliner Schwerpunkte-Komm. BauGB, 1998, § 172 Rdnr. 7), gilt die Genehmigungspflicht hier erst recht. Denn gegenständlich handelt es sich schon nicht lediglich um eine Unterteilung des jeweiligen 500/1.000-Anteils, sondern um eine die beiden bestehenden Miteigentumsanteile erfassende Rechtsbegründung in Form einer vollständig geänderten Aufteilung, die auch nicht an die bereits im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile anknüpft. Auf den formalen Umstand, dass am Gebäude bereits Wohnungseigentum bestand, kommt es nicht an.

(4) Ohne dass es noch entscheidend wäre, spricht für dieses Gesetzesverständnis auch der Schutzzweck des Genehmigungsvorbehalts. Milieuschutzsatzungen der gegenständlichen Art dienen der Vermeidung nachteiliger städtebaulicher Entwicklungen, die infolge einer Veränderung in der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung zu befürchten sind (vgl. 25 Jahre Erhaltungssatzungen in München, herausgegeben von der Landeshauptstadt München, Juli 2012, S. 15). Nachteilig sind Entwicklungen, die darin liegen, dass wegen der Verdrängungsprozesse stadtnaher preisgünstiger Wohnraum wegfällt und an anderer Stelle Ersatzwohnraum geschaffen werden muss, vorhandene Infrastruktureinrichtungen, die auf den Bedarf der angestammten Bevölkerung zugeschnitten sind, nicht mehr ausgelastet sind und funktionslos werden, Infrastruktureinrichtungen an anderer Stelle mit erheblichem Aufwand neu geschaffen werden müssen und bestehende Infrastruktur angepasst, verändert bzw. erweitert werden muss (25 Jahre Erhaltungssatzungen in München, a. a. O.); hingegen dienen Erhaltungssatzungen als städtebauliches Instrument nicht dem Schutz des einzelnen Mieters, wiewohl sie, rechtlich unbedenklich (*Bank in Brügelmann*, a. a. O., § 172 Rdnr. 24 m. w. N.), als Rechtsreflex sozialen Mieterschutz auslösen können. Gerade in Gebieten mit aufwertungsverdächtigem Wohnungsbestand sollen Erhaltungssatzungen Modernisierungen und Nutzungsänderungen so steuern, dass die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung erhalten bleibt. Denn durch Modernisierungen wie Aufteilung in Wohnungseigentum unterliegen Wohnungen einem Veränderungsdruck und führen zu einer Verdrängung angestammter Bewohner, die in ihrem Viertel keinen geeigneten und finanzierbaren Wohnraum mehr finden.

Es liegt auf der Hand, dass die gegenständliche Änderung der Teilungserklärung vom Schutzzweck umfasst ist. Denn die Auflösung der beiden Sondereigentumseinheiten in deren Gesamtheit und die Schaffung von 16 neuen Einheiten ist dazu geeignet, in dem Bestandsgebäude die Wohnstruktur grundlegend zu verändern.

d) Schließlich ist es unbedenklich, dass das Grundbuchamt neben dem Nachweis durch Vorlage der Genehmigung die Mängelbehebung durch Negativattest aufzeigt (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 20.5.1999, 15 W 124/99, Rpfleger 1999, 487; *Meikel/Grziwotz*, a. a. O., Einl F Rdnr. 24; *Hügel*, a. a. O., Verfügungsbeeinträchtigungen Rdnr. 56; *Köhler/Fieseler*, a. a. O., § 172 Rdnr. 52). In Milieugebieten der bezeichneten Art kann das Grundbuchamt grundsätzlich ein derartiges Attest verlangen (*Meikel/Grziwotz*, a. a. O., Einl F Rdnr. 24; *KEHE-Munzig*, a. a. O., § 20 Rdnr. 154). Dieses wäre hier einer Genehmigung gleichzustellen, weil der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt dem Schutz öffentlicher, nicht privater Interessen (siehe II. 2. C 4) dient (vgl. BGH,

Urteil vom 22.9.2009, XI ZR 286/08, NJW 2010, 144; *Bank in Brügelmann*, a. a. O., § 172 Rdnr. 24 m. w. N.).

(...)

Anmerkung (zugleich Anmerkung zu KG, Beschluss vom 8.12.2015, 1 W 680/15, vorstehend Entscheidung Nr. 17):

1. Beide Entscheidungen betreffen die Fragen, wann für eine Aufteilung nach dem WEG eine behördliche Genehmigung bzw. ein Negativzeugnis erforderlich ist und in welchen Fällen das Grundbuchamt eine diesbezügliche Erklärung fordern darf.

2. § 22 BauGB macht in Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen die „Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum“ von einer Genehmigung der Baugenehmigungsbehörde, die im Einvernehmen mit der Gemeinde erteilt wird, abhängig, wenn eine diesbezügliche Satzung über eine Genehmigungspflicht besteht. Im Gebiet einer Milieuschutzsatzung (§ 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB) unterliegt die „Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum ... an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind“, der Genehmigung der Gemeinde (§ 173 Abs. 1 Satz 1 BauGB), wenn für dieses Gebiet durch Rechtsverordnung der Landesregierung die diesbezügliche Genehmigungspflicht bestimmt wurde (§ 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB). Die grundbuchamtlichen Erfordernisse bestimmen sich in beiden Fällen nach § 22 Abs. 2 Satz 3 und 4, Abs. 6 und 8 BauGB, in Milieuschutzgebieten i. V. m. § 172 Abs. 1 Satz 6 BauGB.

3. Die Genehmigungspflicht knüpft nach dem Gesetzeswortlaut an unterschiedliche Vorgänge an. § 22 Abs. 1 Satz 1 BauGB nennt als genehmigungspflichtige Vorgänge die Begründung oder die Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum, § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB nur die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum. Zudem ist der Gesetzeszweck nicht identisch. Während § 22 BauGB die Bildung von Zweitwohnungen in Fremdenverkehrsgebieten, vor allem die Umwandlung von Beherbergungsbetrieben und Wohngebäuden in Eigentumswohnungen, die als Zweitwohnsitz genutzt werden, verhindern will,¹ geht es beim Milieuschutz um die Verhinderung der Spekulationsumwandlung durch die Bildung von Wohnungs- und Teileigentum an Wohngebäuden, durch welche die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung vor unerwünschten Veränderungen geschützt werden soll.² Für die Vertragsgestaltung ist entscheidend, dass die planungsrechtliche Nutzungsmöglichkeit zu Wohnzwecken ausreicht, auch wenn die aufgeteilten Wohnungen leer stehen oder gewerblich genutzt werden. Geht man vom Gesetzeszweck aus, unterliegt auch die Unterteilung, mit der neues Sondereigentum geschaffen wird, insbesondere eine völlige Neuaufteilung, der Genehmigungspflicht. Im Hinblick auf den Gesetzeszweck, die Verhinderung einer Strukturveränderung eines Stadtquartiers,³ gilt dies auch bei der Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum umgekehrt; in beiden Fällen wird die Wohnstruktur (schrittweise) grundlegend verändert.

4. Das Genehmigungserfordernis entsteht im Bereich des § 22 BauGB mit dem Inkrafttreten der entsprechenden Satzung. Im Milieuschutzgebiet greift der Genehmigungsvorbe-

¹ Siehe nur *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 22 Rdnr. 1.

² Siehe nur *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Stock*, BauGB, Stand: August 2015, § 172 Rdnr. 40 ff.

³ Ausführlich *Karow-Kluge/Schmitt*, vhw FWS 2013, 180 ff.

halt erst, wenn kumulativ sowohl die Milieuschutzsatzung als auch die Rechtsverordnung der Landesregierung in Kraft getreten sind. Ist die Aufteilung genehmigungspflichtig, muss die Genehmigung dem Grundbuchamt in grundbuchmäßiger Form vorgelegt werden. Um einerseits das Grundbuchamt rechtzeitig auf die Genehmigungspflicht hinzuweisen und andererseits überflüssige Negativzeugnisse entbehrlich zu machen, hat der Gesetzgeber in beiden Fällen vorgesehen, dass die Gemeinde dem Grundbuchamt die betroffenen Grundstücke und das Datum des Inkrafttretens der Satzung vor deren Bekanntmachung mitteilt. Die Aufhebung des Genehmigungsvorbehalts hat die Gemeinde dem Grundbuchamt unter Angabe der betroffenen Flurstücksnummern und der betroffenen Gemarkung mitzuteilen; erst mit Eingang dieser Mitteilung, also unabhängig vom Außerkrafttreten der Genehmigungspflicht, ist keine Genehmigung bzw. kein Negativzeugnis mehr erforderlich. Ist die Mitteilung über die Genehmigungspflicht versehentlich unterblieben und eine Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum trotz fehlender Genehmigung im Grundbuch eingetragen worden, kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit im Grundbuch eingetragen werden. Die Mitteilung über den Eintritt der Genehmigungspflicht hat somit keine konstitutive Wirkung. Bereits aus diesem Grund wird der Notar bei einer Aufteilung, die § 22 bzw. § 172 BauGB unterfällt, regelmäßig eine Genehmigung bzw. ein Negativzeugnis einholen. Nachdem auch im Bereich einer Milieuschutzsatzung für einen vor Inkrafttreten der Genehmigungspflicht beim Grundbuchamt gestellten Antrag § 878 BGB keine Anwendung finden soll,⁴ wenn die Wohnungsgrundbücher noch nicht angelegt sind, empfiehlt sich auch aus diesem Grund die Einholung einer Genehmigung bzw. eines Negativzeugnisses.

Das Grundbuchamt kann diese jedenfalls dann verlangen, wenn es Kenntnis von einer entsprechenden Genehmigungspflicht für das betroffene Grundstück, zum Beispiel aufgrund der diesbezüglichen Anzeige der Gemeinde, hat. Liegt eine solche nicht vor, weil sie versehentlich vergessen wurde, hat das Grundbuchamt aber hiervon Kenntnis, darf es, unbeschadet der Möglichkeit der Eintragung eines Widerspruchs, nicht dabei mitwirken, dass das Grundbuch unrichtig wird. Die bayerische Staatsregierung hat durch Verordnung zur Stärkung des städtebaulichen Milieuschutzes vom 4.2.2014 in die DVWoR einen § 5 eingefügt, wonach für Grundstücke in Gebieten einer Erhaltungssatzung Wohnungs- und Teileigentum an Gebäuden, die ganz oder teilweise Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind, bis zum Ablauf des 28.2.2019 (§ 6 Satz 2 DVWoR) nicht ohne Genehmigung durch die Gemeinde begründet werden darf. Die betroffenen Gebiete hinsichtlich der Milieuschutzsatzung kann das Grundbuchamt nur dadurch ermitteln, dass sie in der Gemeinde recherchiert, ob eine Milieuschutzsatzung besteht. Dies wird im bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt nicht allgemein veröffentlicht, sondern im jeweiligen gemeindlichen Bekanntmachungsblatt. Entsprechend gilt dies für die Fremdenverkehrsatzung nach § 22 BauGB.

Auch nach Benachrichtigung des Grundbuchamtes durch die Gemeinde wird die Grundbuchsperrung im Grundbuch nicht eingetragen, und zwar auch nicht deklaratorisch. Der Rechtsverkehr kann somit nicht darauf vertrauen, dass zu einer Auf- oder Unterteilung nach dem WEG keine Genehmigung erforderlich ist. Selbst eine Anfrage an das Grundbuchamt kann diesbezüglich keine Sicherheit bringen. Im Hinblick auf die Mitteilungspflicht der Gemeinde darf jedoch das Grundbuchamt trotz der für den Rechtsverkehr nicht sicheren gesetzlichen Regelung nicht stets ein Negativzeugnis fordern. Hat

es jedoch Kenntnis von der Einführung eines Genehmigungsvorbehalts durch eine entsprechende baurechtliche Satzung der Gemeinde, kann es die Vorlage der Genehmigung oder ein entsprechendes Fiktionszeugnis verlangen, da es – anders als in Berlin – keine andere sonstige allgemein zugängliche Informationsmöglichkeit hat. Zur Anfrage an die Gemeinde ist es wegen der gesetzlichen Regelung, die von einer Mitteilungspflicht der Gemeinde ausgeht, nicht verpflichtet.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen und Zwiesel

Steuerrecht

19. ErbStG a. F. § 10 Abs. 6, § 13a (*Verbindlichkeiten aus Pflichtteil und Zugewinnausgleich des überlebenden Ehegatten auch bei nach § 13a ErbStG a. F. begünstigtem Erwerb eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft voll abziehbar*)

Die Verpflichtungen zur Zahlung des geltend gemachten Pflichtteils und des Zugewinnausgleichs an den überlebenden Ehegatten des Erblassers sind auch dann in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeiten abziehbar, wenn zum Nachlass ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft gehört, dessen Erwerb nach § 13a ErbStG begünstigt ist.

BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 12/14

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist neben ihrem Bruder (B) zur Hälfte Miterbin ihres im November 2001 verstorbenen Vaters (V), nachdem die Ehefrau (E) des V die Erbschaft ausgeschlagen hatte. Zum Nachlass gehörten unter anderem Beteiligungen des V von jeweils 76 % an einer GmbH mit einem Stammkapital von 50.000 DM und an einer KG. An der GmbH waren vor dem Erbfall auch die Klägerin und B beteiligt gewesen, an der KG aber nicht.

Zur Erfüllung des Anspruchs der E auf Zugewinnausgleich übertrugen die Klägerin und B durch notariell beurkundete Vereinbarung vom 17.5.2002 Anteile an der GmbH im Nominalwert von 20.000 DM sowie 40 % der Anteile am Vermögen der KG auf E. Sie teilten dazu den GmbH-Anteil des V in zwei Stammeinlagen von 20.000 DM und 18.000 DM und traten die Stammeinlage von 20.000 DM an E ab.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte die Erbschaftsteuer gegen die Klägerin zunächst mit Bescheid vom 5.3.2004 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung fest. Dabei nahm das FA an, dass die Übertragung der Gesellschaftsanteile an der GmbH und der KG auf E zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs zum anteiligen Wegfall der Steuervergünstigung nach § 13a Abs. 2 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (ErbStG) geführt habe. Den auf die Klägerin entfallenden Anteil am Zugewinnausgleichsanspruch der E berücksichtigte das FA in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit. Den von E geltend gemachten Pflichtteilsanspruch zog das FA im Hinblick auf die Steuervergünstigung nach § 13a Abs. 2 ErbStG, die für den Erwerb des der Klägerin verbliebenen Anteils an der GmbH gewährt wurde, nur zum Teil als Nachlassverbindlichkeit ab.

Mit der Einspruchsentscheidung vom 17.11.2010 erhöhte das FA die Erbschaftsteuer auf 1.867.225 DM (954.696,98 €). Für die von der Klägerin erworbenen Anteile an der GmbH und der KG im Wert von 21.361.320 DM bzw. 826.385 DM gewährte es neben dem in § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG vorgesehenen Freibetragsanteil von 250.000 DM einen Abschlag nach § 13a Abs. 2 ErbStG i. H. v. 4.103.986 DM. Den auf die Klägerin entfallenden Anteil am Pflichtteilsanspruch der E ließ es nur mit einem Teilbetrag von 1.744.535 DM zum Abzug als Nachlassverbindlichkeit zu. Den Anteil an der Pflichtteilslast, der nach seiner Ansicht auf den nach § 13a Abs. 2 ErbStG begünstigten Erwerb der Beteiligung an der GmbH entfällt und sich auf 288.983 DM beläuft, berücksichtigte es nicht als abziehbare Nachlassverbindlichkeit. Die Begünstigung des Erwerbs der Beteiligung an der KG nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 ErbStG führte nicht zu einer weiteren Kürzung der abziehbaren Pflichtteilslast.

⁴ KG, Urteil vom 8.12.2015, I W 518/15, WUM 2016, 116.

Mit dem während des Klageverfahrens ergangenen Änderungsbescheid vom 17.5.2011 setzte das FA die Erbschaftsteuer wegen einer Neuberechnung der Erbfallkosten ausgehend von einem nicht abgerundeten steuerpflichtigen Erwerb von 9.789.568 DM auf 1.860.005 DM (951.005,46 €) herab.

Das FG wies die Klage mit der Begründung ab, das FA habe die Übertragung der Gesellschaftsanteile an der GmbH und der KG auf E zum Ausgleich ihres Zugewinnausgleichsanspruchs zu Recht als Veräußerung im Sinne des § 13a Abs. 5 ErbStG angesehen und ebenfalls zutreffend die Pflichtteilsschuld nur teilweise als Nachlassverbindlichkeit abgezogen. Das Urteil des FG ist in der Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2014, 566 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 und Nr. 4 und § 10 Abs. 6 ErbStG.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 17.5.2011 dahingehend zu ändern, dass bei der Berechnung der Erbschaftsteuer die Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG für den vollen Wert der erworbenen Anteile an der GmbH (21.361.320 DM) und an der KG (826.385 DM) gewährt werden und die Pflichtteilslast in voller Höhe von 2.033.518 DM als Nachlassverbindlichkeit abgezogen wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das Bundesministerium der Finanzen, das dem Verfahren aufgrund einer Aufforderung durch den BFH (Beschluss vom 18.2.2015, II R 12/14, BFHE 248, 222, BStBl II 2015, S. 501) gemäß § 122 Abs. 2 FGO beigetreten ist, teilt die Ansicht des FA.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Herabsetzung der Erbschaftsteuer auf 922.930,42 € (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zwar zutreffend angenommen, dass die teilweise Übertragung der Anteile an der GmbH und der KG auf E zum anteiligen rückwirkenden Wegfall der Steuervergünstigung nach § 13a Abs. 2 ErbStG geführt hat. Entgegen der Ansicht des FG ist aber die Pflichtteilsschuld in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit abzuziehen.

1. Die teilweise Übertragung der Gesellschaftsanteile an der GmbH und der KG auf E zur Erfüllung ihres Zugewinnausgleichsanspruchs führte gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 4 ErbStG zum anteiligen rückwirkenden Wegfall des verminderten Wertansatzes (§ 13a Abs. 2 ErbStG).

a) Der Freibetrag oder Freibetragsanteil des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG und der verminderte Wertansatz nach dessen Abs. 2 werden unter anderem gewährt, wenn inländisches Betriebsvermögen im Sinne des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG oder Anteile an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG beim Erwerb von Todes wegen auf den Erwerber übergehen. Zum begünstigten inländischen Betriebsvermögen (§ 12 Abs. 5 ErbStG) gehören gemäß § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG auch Anteile an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 ErbStG.

b) Nach § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG fallen der Freibetrag oder Freibetragsanteil und der verminderte Wertansatz mit Wirkung für die Vergangenheit unter anderem weg, soweit der Erwerber innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb einen Anteil an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 ErbStG veräußert. Unter Veräußerung ist jede entgeltliche Übertragung des begünstigt erworbenen Mitunternehmeranteils zu verstehen. Die Steuervergünstigungen fallen unabhängig davon weg, aus welchen Gründen der Mitunternehmeranteil veräußert wird und ob die Veräußerung freiwillig oder unfreiwillig erfolgt, und somit auch dann, wenn der Erwerber den Mitunternehmeranteil zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen oder sonstigen Nachlassverbind-

lichkeiten auf den Gläubiger überträgt (BFH, Urteil vom 26.2.2014, II R 36/12, BFHE 244, 449, BStBl II 2014, S. 581). Zu den Nachlassverbindlichkeiten in diesem Sinne zählt auch ein Zugewinnausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten.

Wird nur ein Teil des erworbenen Mitunternehmeranteils veräußert, fallen die Steuervergünstigungen nur zu einem entsprechenden Teil weg. Der Freibetrag oder Freibetragsanteil des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG entfällt nur, soweit der Wert des nach der Veräußerung verbleibenden begünstigt erworbenen Vermögens niedriger als der Freibetrag oder Freibetragsanteil ist (zutreffend R 67 Abs. 1 Satz 5 und 6 ErbStR vom 21.12.1998, BStBl I 1998, Sondernummer 2, 2, und R 67 Abs. 1 Satz 5 und 6 ErbStR 2003, BStBl I 2003, Sondernummer 1, 2).

c) Veräußert der Erwerber einen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 Nr. 3 ErbStG begünstigt erworbenen Anteil an einer Kapitalgesellschaft innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb ganz oder teilweise, führt dies ebenfalls unabhängig vom Grund der Veräußerung und deren Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 4 Satz 1 ErbStG zum vollständigen oder teilweisen rückwirkenden Wegfall der Steuervergünstigungen.

Ist der Erwerber bereits vor dem nach § 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ErbStG begünstigten Erwerb eines Anteils an einer GmbH an dieser als Gesellschafter beteiligt gewesen, so behalten sein ursprünglicher Anteil und der hinzuerworbene Anteil gemäß § 15 Abs. 2 GmbHG ihre Selbständigkeit. Veräußert der Erwerber seinen ursprünglichen Anteil, wirkt sich dies auf die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 Nr. 3 ErbStG für den hinzuerworbenen Anteil nicht aus. Veräußert er hingegen den begünstigt erworbenen Anteil innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb, führt dies gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 4 Satz 1 ErbStG zum rückwirkenden Wegfall der Steuervergünstigungen. Hält ein Gesellschafter einer GmbH mehrere Anteile und veräußert er diese teilweise, so muss in dem notariell beurkundeten Vertrag über die Abtretung oder die Verpflichtung zur Abtretung (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) hinreichend bestimmt angegeben werden, auf welchen Geschäftsanteil sich diese Vereinbarung bezieht (Urteil des OLG Brandenburg vom 11.2.1998, 3 U 55/97, OLGR Brandenburg 1998, 250). Wird in einem derartigen notariell beurkundeten Vertrag ausdrücklich die Veräußerung und Abtretung des von Todes wegen erworbenen Anteils an der GmbH vereinbart, gibt es keine Grundlage für die Anwendung der Regelung in R 66 Abs. 1 Satz 2 ErbStR 1998 und 2003, nach der dann, wenn der Erwerber begünstigter Anteile an einer Kapitalgesellschaft bereits vor dem Erwerb an dieser Gesellschaft beteiligt war, bei einer teilweisen Veräußerung seiner Anteile an der Kapitalgesellschaft davon auszugehen ist, dass er zunächst die ihm bereits früher gehörenden Anteile veräußert (Crezelius, Der Betrieb 1997, 1588). Dies berücksichtigt nunmehr die einschränkende Regelung in R E 13a, 9 Abs. 1 Satz 2 ErbStR 2011 (BStBl I 2011, Sondernummer 1, 2), nach der in den genannten Fällen „regelmäßig davon ausgegangen werden kann“, dass der Erwerber zunächst die ihm bereits früher gehörenden Anteile veräußert. Die ausdrückliche Veräußerung des von Todes wegen erworbenen Anteils an einer GmbH ist eine Ausnahme von dieser Regel.

d) Aufgrund der teilweisen Übertragung der Anteile an der KG und der GmbH auf E zur Erfüllung ihres Zugewinnausgleichsanspruchs sind somit gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 4 ErbStG die Voraussetzungen für die Steuervergünstigung nach § 13a Abs. 2 ErbStG rückwirkend anteilig weggefallen. Da die Klägerin für die Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs einen Teil des von V geerbten Anteils an der

GmbH verwendet hat, kann sie nicht so behandelt werden, als hätte sie dazu den ihr bereits früher gehörenden Anteil übertragen.

2. Der von E gegen die Klägerin geltend gemachte Pflichtteilsanspruch von 2.033.518 DM ist in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen.

a) Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG kann der Erbe vom Wert des gesamten Vermögensanfalls die Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen abziehen. § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG begründet in Fällen, in denen zum Nachlass ein Anteil an einer GmbH gehört, dessen Erwerb nach § 13a ErbStG begünstigt ist, keine Einschränkung dieses Abzugs.

aa) Schulden und Lasten, die mit dem nach § 13a ErbStG befreiten Vermögen eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft oder mit den nach § 13a ErbStG befreiten Anteilen an Kapitalgesellschaften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, sind gemäß § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG nur mit dem Betrag abzugsfähig, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13a ErbStG anzusetzenden Werts dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht. Schulden und Lasten, die mit dem nach § 13a ErbStG befreiten Betriebsvermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, sind demgegenüber gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG in vollem Umfang abzugsfähig.

bb) Mit dem auch in den Sätzen 1, 2 und 3 des § 10 Abs. 6 ErbStG verwendeten Merkmal des wirtschaftlichen Zusammenhangs ist dasselbe gemeint wie in § 103 Abs. 1 BewG (BFH, Urteil vom 6.7.2005, II R 34/03, BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797). Ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Schulden mit der Gesamtheit oder einzelnen Teilen des Betriebsvermögens im Sinne des § 103 Abs. 1 BewG wird angenommen, wenn die Entstehung der Schuld ursächlich und unmittelbar auf Vorgängen beruht, die das Betriebsvermögen betreffen (BFH, Urteile vom 19.2.1982, III R 108/80, BFHE 135, 338, BStBl II 1982, S. 449, und in BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797). Dieser Zusammenhang ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Schuld zum Erwerb, zur Sicherung oder zur Erhaltung des jeweiligen Vermögens eingegangen worden ist. Dagegen reicht es nicht aus, wenn lediglich ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Schuld und dem begünstigten Vermögen besteht (BFH, Urteil in BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797).

cc) Schulden und Lasten können danach nur mit bestimmten zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen oder Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Erbe ein Darlehen zu tilgen hat, das der Erblasser zum Kauf eines zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstands (zum Beispiel Grundstück, Beteiligung an einer Personengesellschaft oder Anteil an einer Kapitalgesellschaft) aufgenommen hatte. Fehlt es an einem solchen konkreten Zusammenhang einer Nachlassverbindlichkeit mit bestimmten zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen oder Vermögen, so wird ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen und Vermögen nicht allein dadurch begründet, dass der Erbe zur Erfüllung der Verbindlichkeit verpflichtet ist. Diese Verpflichtung des Erben begründet keinen wirtschaftlichen, sondern allenfalls einen rechtlichen Zusammenhang.

Hätte der Gesetzgeber anordnen wollen, dass sämtliche Nachlassverbindlichkeiten, die nicht in einem konkreten wirtschaftlichen Zusammenhang mit bestimmten zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenständen oder Vermögen stehen, nur mit dem Anteil abzugsfähig sind, der dem Verhält-

nis der Verkehrswerte oder Steuerwerte der steuerpflichtigen Vermögensgegenstände zum entsprechenden Wert des steuerfreien Vermögens entspricht, hätte er dies anordnen können und müssen. Für eine derartige Aufteilung durch die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung findet sich in § 10 Abs. 6 ErbStG keine Rechtsgrundlage. Der Wortlaut des § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG betrifft nur den Fall, dass nach Anwendung des § 13a ErbStG ein anzusetzender Wert des nach § 13a ErbStG begünstigten Vermögens verbleibt.

Für diese Auslegung des § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG spricht auch die in § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG getroffene Regelung, nach der Schulden und Lasten, die mit dem nach § 13a ErbStG befreiten Betriebsvermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, in vollem Umfang abzugsfähig sind. Dies bestätigt die Ansicht, dass der von § 10 Abs. 6 ErbStG vorausgesetzte wirtschaftliche Zusammenhang nur gegeben ist, wenn Schulden oder Lasten bestimmten zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenständen oder Vermögen zugeordnet werden können, nicht aber bei anderen Nachlassverbindlichkeiten, bei denen eine solche konkrete Zuordnung nicht möglich ist. Hätte der Gesetzgeber dies anders gesehen, ist anzunehmen, dass er unter Berücksichtigung der Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) an Steuergesetze für den nach § 13a ErbStG begünstigten Erwerb von Betriebsvermögen keine Ausnahme von der nur anteiligen Abziehbarkeit solcher Nachlassverbindlichkeiten wie etwa der Pflichtteilsschuld gemacht hätte.

dd) Von dieser Auslegung des § 10 Abs. 6 ErbStG geht im Grundsatz auch die Finanzverwaltung aus. Nach R 31 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2003 und R E 10.10 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2011 besteht „bei anderen allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten“ kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen. Diese allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten sind daher auch dann in voller Höhe abziehbar, wenn zum Erwerb von Todes wegen ganz oder teilweise steuerbefreite Vermögensgegenstände oder Vermögen im Sinne des § 10 Abs. 6 ErbStG gehören. Zu den allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten rechnet die Finanzverwaltung beispielsweise Steuerschulden, ein Konsumentendarlehen (H E 10.10 „Pflichtteilkürzung“ der Hinweise zu den ErbStR 2011, BStBl I 2011, Sondernummer 1, 117) und die Erbfallkosten (§ 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG), ferner bisher auch die Pflicht des Erben zur Zahlung des Zugewinnausgleichs an den überlebenden Ehegatten des Erblassers (anders nunmehr der im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangene Erlass des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg vom 14.1.2015, 3-S381.0/46, ErbSt-Kartei BW § 10 ErbStG Karte 31).

ee) Bei Pflichtteilsansprüchen besteht demgegenüber nach Ansicht der Finanzverwaltung (R 31 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2003, R E 10.10 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2011) ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen unabhängig davon, inwieweit sie steuerbar oder steuerbefreit sind, so dass diese Last von der Beschränkung des Abzugs nach § 10 Abs. 6 ErbStG erfasst wird.

Dieser Ansicht der Finanzverwaltung kann nicht gefolgt werden. Die Pflicht des Erben zur Erfüllung eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs steht ebenso wenig in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen wie die anderen allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten.

Die Bemessung des Pflichtteils nach dem Wert des Nachlasses (§§ 2311 ff. BGB) begründet keinen wirtschaftlichen, sondern allenfalls einen rechtlichen Zusammenhang der Pflichtteilslast mit den zum Nachlass gehörenden aktiven Ver-

mögensgegenständen oder Vermögen (*Meincke*, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2006, 199; *ders.*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 10 Rdnr. 55). Nach dem BFH, Urteil vom 2.3.1993, VIII R 47/90 (BFHE 170, 566, BStBl II 1994, S. 619, unter 1. d) ist der Pflichtteilsanspruch nicht gegenständlich konkretisiert in Bezug auf das Betriebsvermögen oder einzelne betriebliche Wirtschaftsgüter. Diese Entscheidung lässt sich dahingehend verallgemeinern, dass der Pflichtteilsanspruch nicht gegenständlich konkretisiert in Bezug auf die zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenstände oder Vermögen ist und es somit an einem wirtschaftlichen Zusammenhang der Pflichtteilslast mit diesen Vermögensgegenständen oder Vermögen fehlt.

Ein anderer sachlicher Grund, der es unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtfertigen könnte, dass bei teilweiser Steuerpflicht und teilweiser Steuerfreiheit eines Erwerbs von Todes wegen der Erbe, der einen bestimmten Betrag als Pflichtteil schuldet, mit einer höheren Erbschaftsteuer belastet wird als wenn er diesen Betrag beispielsweise als Vermächtnis an den Pflichtteilsberechtigten oder an einen Dritten oder als andere allgemeine Nachlassverbindlichkeit (zum Beispiel vom Erblasser aufgenommenes Konsumentendarlehen) zahlen müsste, ist nicht ersichtlich.

Dem BFH, Urteil vom 21.7.1972, III R 44/70 (BFHE 107, 147, BStBl II 1973, S. 3) lässt sich nichts anderes entnehmen. Der BFH hat in diesem Urteil zwar ausgeführt, zwischen dem Vermögensübergang aufgrund des Erbfalls und der durch den Erbfall ausgelösten Verpflichtung der Erben zur Zahlung des Pflichtteils bestehe grundsätzlich ein bei der Besteuerung zu beachtender wirtschaftlicher Zusammenhang. Dieses Urteil betraf aber zum einen nicht die Auslegung des § 10 Abs. 6 ErbStG, sondern die Frage, ob die Verpflichtung der Erben zur Zahlung des Pflichtteils bei der Ermittlung des nach dem Lastenausgleichsgesetz abgabepflichtigen Inlandsvermögens vom Rohvermögen abzuziehen ist, soweit sie auf das Inlandsvermögen entfällt. Zum anderen setzen das Entstehen eines Pflichtteilsanspruchs und die Pflicht zur Erfüllung dieses Anspruchs anders als vom BFH in dem Urteil angenommen keine Verfügung des Erblassers von Todes wegen voraus, durch die ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen und der zur Zahlung des Pflichtteils verpflichtete Erbe eingesetzt wurde. Vielmehr kann es auch bei gesetzlicher Erbfolge zum Entstehen eines Pflichtteilsanspruchs kommen, nämlich in den Fällen des § 1371 Abs. 3 Hs. 1 i. V. m. § 2303 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Ausschlagung der Erbschaft bzw. des Erbteils. Auch einem Erben kann gemäß § 2305 BGB ein Pflichtteilsanspruch zustehen, nämlich wenn der Erbteil geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

b) Der von E gegen die Klägerin geltend gemachte Pflichtteilsanspruch von 2.033.518 DM ist somit in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen.

3. Das FA hat den auf die Klägerin entfallenden Anteil am Zugewinnausgleichsanspruch der E zu Recht in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit abgezogen. Diese Nachlassverbindlichkeit ist ebenfalls unabhängig von der Zusammensetzung des Nachlasses in voller Höhe abziehbar. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenständen oder Vermögen wird nicht dadurch begründet, dass diese Vermögensgegenstände oder Vermögen gemäß § 1371 Abs. 2 i. V. m. §§ 1373 bis 1376, 1378 BGB bei der Berechnung der Höhe des Anspruchs auf Zugewinnausgleich berücksichtigt werden.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Ihle*, MittBayNot 2016, 361 (in diesem Heft).

20. ErbStG § 10 Abs. 6, § 13a (*Aufzahlung von Geld gerichtetes Untervermächtnis auch bei vermächtnisweisem Erwerb einer nach § 13a ErbStG begünstigten Beteiligung an einer Personengesellschaft in voller Höhe abziehbar*)

Der Wert eines auf die Zahlung von Geld gerichteten Untervermächtnisses ist auch dann in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit abziehbar, wenn der vermächtnisweise Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft nach § 13a ErbStG begünstigt ist.

BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 21/13

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erhielt aufgrund eines Vermächtnisses ihres im Juli 2007 verstorbenen Vaters (V) ^{9/16} seines Anteils am Gesellschaftsvermögen einer GmbH & Co. KG (KG). Den restlichen Anteil erhielt ebenfalls vermächtnisweise ihr Bruder (B). Mit den Vermächtnissen war die Ehefrau des V (E) als Alleinerbin beschwert. Die Klägerin und B waren ihrerseits mit dem Untervermächtnis beschwert, an E eine in entsprechender Anwendung des § 323 der Zivilprozessordnung veränderliche lebenslange Versorgungsrente von anfangs monatlich 5.000 € zu zahlen.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) besteuerte den Erwerb der Klägerin auf deren Antrag gemäß Art. 3 des Erbschaftsteuerreformgesetzes (ErbStRG) vom 24.12.2008 (BGBl 2008 I, S. 3018) nach den Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der Fassung des Art. 1 ErbStRG (ErbStG), soweit diese neuen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 ErbStRG anwendbar sind. Das FA berücksichtigte dementsprechend in dem unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Erbschaftsteuerbescheid vom 6.8.2010 die Steuervergünstigungen nach §§ 13a und 13b ErbStG. Die von der Klägerin an E zu zahlende Versorgungsrente bewertete es mit 320.190 € (Jahreswert 30.000 €, Vervielfältiger: 10,673) und beschränkte deren Abzug gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG. Der Einspruch blieb erfolglos.

Mit dem während des Klageverfahrens erlassenen Bescheid vom 18.3.2013 erhöhte das FA die Erbschaftsteuer unter Berücksichtigung von Vorerwerben (§ 14 ErbStG) auf 66.811 € und erklärte die Steuerfestsetzung gemäß § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Abgabenordnung für vorläufig hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit des ErbStG. Für den Anteilserwerb im Wert von 2.714.640 € gewährte es die Steuervergünstigungen nach §§ 13a und 13b ErbStG i. H. v. 2.272.364 €. Die Rentenschuld ließ es nur mit einem Teilbetrag von 52.167 € zum Abzug als Nachlassverbindlichkeit zu.

Das FG wies die auf den ungekürzten Abzug der Rentenschuld gerichtete Klage mit der Begründung ab, diese stehe in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem nach § 13a ErbStG begünstigten Vermögenserwerb der Klägerin und sei daher gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG nur anteilig als Nachlassverbindlichkeit abzuziehen. Das Urteil des FG ist in EFG 2013, 1246 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG. Die Rentenverpflichtung müsse ungekürzt i. H. v. 320.190 € als Nachlassverbindlichkeit berücksichtigt werden.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Bescheid vom 18.3.2013 dahingehend zu ändern, dass die Erbschaftsteuer auf 24.936 € herabgesetzt wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das Bundesministerium der Finanzen, das dem Verfahren aufgrund einer Aufforderung durch den BFH (Beschluss vom 18.2.2015, II R 21/13, BFH/NV 2015, 842) gemäß § 122 Abs. 2 FGO beigetreten ist, teilt die Ansicht des FA.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Herabsetzung der Erbschaftsteuer auf 24.936 € (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass der Wert der Rentenverpflichtung nur zum Teil als Nachlassverbindlichkeit abgezogen werden könne.

1. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG kann der Erwerber vom Wert des gesamten Vermögensanfalls die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen abziehen. Hierzu zählen auch Untervermächtnisse im Sinne des § 2186 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, mit denen ein Vermächtnisnehmer beschwert ist. Ist das Untervermächtnis auf die Zahlung von Geld gerichtet, ist die sich aus dem Untervermächtnis ergebende Schuld auch dann in voller Höhe vom Wert des Vermächtnisses abzuziehen, wenn das Vermächtnis auf den nach § 13a ErbStG begünstigten Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft gerichtet ist. § 10 Abs. 6 ErbStG begründet keine Einschränkung dieses Abzugs.

a) Schulden und Lasten, die mit nach § 13a ErbStG befreitem Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, sind gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG nur mit dem Betrag abzugsfähig, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13a ErbStG anzusetzenden Werts dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht.

b) Mit dem auch in den Sätzen 1 bis 3 und 5 des § 10 Abs. 6 ErbStG verwendeten Merkmal des wirtschaftlichen Zusammenhangs ist dasselbe gemeint wie in § 103 Abs. 1 BewG (BFH, Urteil vom 6.7.2005, II R 34/03, BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797). Ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Schulden mit der Gesamtheit oder einzelnen Teilen des Betriebsvermögens im Sinne des § 103 Abs. 1 BewG wird angenommen, wenn die Entstehung der Schuld ursächlich und unmittelbar auf Vorgängen beruht, die das Betriebsvermögen betreffen (BFH, Urteile vom 19.2.1982, III R 108/80, BFHE 135, 338, BStBl II 1982, S. 449, und in BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797). Dieser Zusammenhang ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Schuld zum Erwerb, zur Sicherung oder zur Erhaltung des jeweiligen Vermögens eingegangen worden ist. Dagegen reicht es nicht aus, wenn lediglich ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Schuld und dem begünstigten Vermögen besteht (BFH, BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797).

c) Schulden und Lasten können danach nur mit bestimmten zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen oder Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Erbe ein Darlehen zu tilgen hat, das der Erblasser zum Kauf eines zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstands (zum Beispiel Grundstück oder Anteil an einer Kapitalgesellschaft) aufgenommen hatte. Fehlt es an einem solchen konkreten Zusammenhang einer Nachlassverbindlichkeit mit bestimmten zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen oder Vermögen, so wird ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen und Vermögen nicht allein dadurch begründet, dass der Erbe zur Erfüllung der Verbindlichkeit verpflichtet ist. Diese Verpflichtung des Erben begründet keinen wirtschaftlichen, sondern allenfalls einen rechtlichen Zusammenhang.

Hätte der Gesetzgeber anordnen wollen, dass sämtliche Nachlassverbindlichkeiten, die nicht in einem konkreten wirtschaftlichen Zusammenhang mit bestimmten zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenständen oder Vermögen stehen, nur mit dem Anteil abzugsfähig sind, der dem Verhältnis der Verkehrswerte oder Steuerwerte der steuerpflichtigen

Vermögensgegenstände zum entsprechenden Wert des steuerfreien Vermögens entspricht, hätte er dies anordnen können und müssen. Für eine derartige Aufteilung durch die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung findet sich in § 10 Abs. 6 ErbStG keine Rechtsgrundlage. Der Wortlaut des § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG betrifft nur den Fall, dass nach Anwendung des § 13a ErbStG ein anzusetzender Wert des nach § 13a ErbStG begünstigten Vermögens verbleibt.

d) Davon geht im Grundsatz auch die Finanzverwaltung aus. Nach R 31 Abs. 2 Satz 2 der Erbschaftsteuer-Richtlinien (ErbStR) 2003 (BStBl I 2003, Sondernummer 1, 2) und R E 10.10 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2011 (BStBl I 2011, Sondernummer 1, 2) besteht „bei anderen allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten“ kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen. Diese allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten sind daher auch dann in voller Höhe abziehbar, wenn zum Erwerb von Todes wegen ganz oder teilweise steuerbefreite Vermögensgegenstände oder Vermögen im Sinne des § 10 Abs. 6 Satz 1, 3, 4 oder 5 ErbStG gehören. Zu den allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten rechnet die Finanzverwaltung beispielsweise Steuerschulden, ein Konsumentendarlehen (H E 10.10 „Pflichtteilskürzung“ der Hinweise zu den ErbStR 2011, BStBl I 2011, Sondernummer 1, 117) und die Erbfallkosten (§ 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG), ferner bisher auch die Pflicht des Erben zur Zahlung des Zugewinnausgleichs an den überlebenden Ehegatten des Erblassers (anders nunmehr der im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangene Erlass des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg vom 14.1.2015, 3-S381.0/46, ErbSt-Kartei BW § 10 ErbStG Karte 31).

e) Eine auf die Zahlung von Geld gerichtete Vermächtnisschuld eines Erben ist ebenfalls eine allgemeine Nachlassverbindlichkeit, bei der kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen besteht und die deshalb unabhängig von der Zusammensetzung des Nachlasses in voller Höhe abziehbar ist.

f) Gleiches muss auch dann gelten, wenn ein Vermächtnisnehmer seinerseits mit einem Geldvermächtnis beschwert ist. Auch der Wert dieses Geldvermächtnisses ist unabhängig davon, ob der Erwerb aufgrund des Vermächtnisses ganz oder teilweise steuerbefreit ist, in vollem Umfang abziehbar. Einen sachlichen Grund, der die unterschiedliche Behandlung von Erben und Vermächtnisnehmern in diesem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtfertigen könnte, gibt es nicht.

g) Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist spruchreif. Der Wert der von der Klägerin an E zu zahlenden Versorgungsrente von 320.190 € ist in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeit abziehbar. Die gegen die Klägerin festzusetzende Erbschaftsteuer berechnet sich abweichend vom Bescheid vom 18.3.2013 wie folgt:

Erwerb durch Vermächtnis	2.714.60 €
abzüglich Rentenschuld	320.190 €
Wert des Erwerbs	2.394.450 €
abzüglich Steuerbefreiungen nach § 13a ErbStG	2.272.364 €
Erwerb von Todes wegen	122.086 €
Vorerwerbe	412.481 €
abzüglich Freibetrag gemäß § 16 Abs. 1 ErbStG	205.000 €
steuerpflichtiger Erwerb (abgerundet)	329.500 €
Steuer bei Steuersatz von 15 %	49.425 €
Berücksichtigung der Härtefallregelung des § 19 Abs. 3 Buchst. a ErbStG:	

anzusetzen sind 11 % von 300.000 € = 33.000 €	
zzgl. 50 % von 29.500 € = 14.750 €, also	47.750 €
abzüglich Steuer für Vorerwerbe	22.814 €
festzusetzende Steuer	24.936 €

Für die von der Klägerin beantragte weitere Herabsetzung der Steuer gibt es keine Grundlage.

(...)

Anmerkung (zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 12/14, vorstehend Entscheidung Nr. 19):

Die neue Rechtsprechung des BFH zum vollen Abzug von Verbindlichkeiten aus vom Ehegatten des Erblassers geltend gemachten Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsansprüchen beim Erwerb begünstigten Unternehmensvermögens eröffnet Steuerpflichtigen vorteilhafte Gestaltungsmöglichkeiten. Nach der durch das ErbStG 2009 grundlegend reformierten Vergünstigungsnorm des § 13a ErbStG bleibt der Erwerb von begünstigungsfähigem Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13b Abs. 1 ErbStG unter den dort genannten Voraussetzungen bis zu 85 % bzw. 100 % steuerfrei und unter Umständen bis zu einem Betrag von 150.000 € außer Ansatz. Bei einer vermächtnisweisen Zuwendung von Betriebsvermögen geht die Steuerbefreiung nach § 13a Abs. 3 Satz 1 ErbStG auf den Vermächtnisnehmer über. Verbleibt danach noch ein steuerpflichtiger Erwerb, ordnet § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG an, dass Schulden und Lasten, die mit dem begünstigten Vermögen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nur mit dem Betrag abzugsfähig sind, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13a ErbStG anzusetzenden Wertes dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der bereicherungsmindernde Abzug solcher Schulden und Lasten über den Betrag hinausgeht, mit dem der verbleibende Wertansatz des begünstigten Vermögens in die steuerliche Bemessungsgrundlage einfließt.¹

1. Unterschiedliche Beurteilung von Verbindlichkeiten aus Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsansprüchen durch Finanzverwaltung und Rechtsprechung

Um eine Doppelbegünstigung des Steuerpflichtigen zu verhindern, vertritt die Finanzverwaltung die Auffassung, dass bei Pflichtteilsansprüchen ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen erworbenen Vermögensgegenständen besteht, und zwar unabhängig davon, ob diese steuerbar oder steuerbefreit sind.² Die Finanzverwaltung hat diese Beurteilung zuletzt auch auf Verbindlichkeiten ausgedehnt, die auf einer güterrechtlichen Zugewinnausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners des Erblassers nach § 1371 Abs. 2 BGB (i. V. m. § 6 Satz 2 LPartG) beruhen.³ Diese Sichtweise

kann im Ergebnis zu einer erheblichen Kürzung der abzugsfähigen Pflichtlast bzw. Zugewinnausgleichsforderung führen.⁴

Mit seinen beiden Urteilen vom 22.7.2015 hat der BFH jedoch klargestellt, dass in diesen Fällen für die Anwendung des anteiligen Abzugsverbots des § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG beim Erwerb begünstigten Vermögens nach § 13a ErbStG, gleich ob dieser durch einen Erben oder einen Vermächtnisnehmer verwirklicht wird, kein Raum ist. Pflichtteilslasten und Zugewinnausgleichsforderungen sind somit wie andere allgemeine Nachlassverbindlichkeiten auch⁵ unabhängig von der Zusammensetzung des Nachlasses voll abzugsfähig.⁶ Die Entscheidung des BFH in dem Verfahren II R 12/14 erging zwar noch zur Rechtslage vor 2009. Sie lässt sich aber ohne Weiteres auf das geltende Erbschaftsteuerrecht übertragen.⁷

Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsansprüchen sind nach zivilrechtlichen Bestimmungen zu berechnen, d. h. unter Einbeziehung des (partiell) steuerbefreiten Betriebsvermögens. Der sich daraus ergebende Zusammenhang zwischen den (teilweise) steuerbefreiten Vermögensgegenständen und den von ihrem Erwerber zu tragenden Pflichtteilslasten und zu erfüllenden Zugewinnausgleichsforderungen ist jedoch dem BFH zufolge nur rein rechtlicher Natur, da die Entstehung dieser Ansprüche nicht kausal und unmittelbar mit den das Betriebsvermögen oder Teile davon betreffenden Vorgängen zusammenhängen. Dem anteiligen Abzugsverbot des § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG unterfallen damit nach dieser Anschauung in der Regel nur Verbindlichkeiten, die zur Anschaffung, Herstellung, Erhaltung oder Verbesserung eines im Erbgang übergegangenen oder aufgrund eines Vermächtnisses erworbenen steuerbegünstigten Vermögensgegenstandes aufgenommen wurden.⁸ Dazu zählt beispielsweise eine beim Erfall bereits existente Darlehensschuld, die der Erblasser zum Kauf eines zum Nachlassvermögen gehörenden Gesellschaftsanteils eingegangen ist und die der Erwerber der Beteiligung aufgrund der letztwilligen Anordnungen des Erblassers zu übernehmen hat.

Die Finanzverwaltung hat die beiden Urteile des BFH bislang noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht, sondern lediglich in den Erbschaftsteuerhinweisen in zwei Fußnoten auf diese hingewiesen. Damit ist bis auf Weiteres ungewiss, ob die Finanzbehörden an ihrer bisherigen Auffassung festhalten werden. Zudem bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber das laufende Gesetzgebungsverfahren zur Anpassung des ErbStG an die Vorgaben des BVerfG für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Verschonungsregelungen für Betriebsvermögen zum Anlass nimmt, auch den Abzug von Nachlassverbindlichkeiten nach § 10 Abs. 6 ErbStG für diese Fälle neu zu regeln. Der Bundesrat hat jedenfalls schon eine Neufassung des § 5 Abs. 1 Satz 5 ErbStG angeregt, um eine Doppelbegünstigung des überlebenden Ehegatten/Lebenspartners zu unterbinden.⁹ Diese entstünde dadurch, dass zwar bürgerlich-rechtlich ein Zugewinn ohne Berücksichtigung von Steuerbefreiungen berechnet werde, erbschaftsteuerlich jedoch der

¹ Troll/Gebell/Jülicher/Gebel, ErbStG, Stand: Juli 2015, § 10 Rdnr. 262.

² Vgl. R E 10.10 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2011.

³ Vgl. den im Envernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangenen Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg v. 14.1.2015, 3 – S381.0/46, ErbSt-Kartei BW § 10 ErbStG Karte 31; siehe auch FinMin Bayern vom 24.10.2014, 34 – S 3810 – 5/1, ZEV 2015, 67. Dagegen handelt es sich bei der steuerbefreiten fiktiven Zugewinnausgleichsforderung nach § 5 Abs. 1 ErbStG zivilrechtlich weder um eine Schuld noch um eine Last im Sinne des § 10 Abs. 5 ErbStG. Eine Kürzung beim Erwerb steuerbegünstigter Vermögensgegenstände gemäß § 10 Abs. 6 ErbStG scheidet hier demnach schon dem Grunde nach aus, vgl. auch Grootens, ErbStB 2015, 333, 336.

⁴ Siehe hierzu das in H E 10.10 „Pflichtteilkürzung“ ErbStH 2011 abgedruckte Rechenbeispiel.

⁵ Allgemeine Nachlassverbindlichkeiten sind beispielsweise Steuerschulden, ein Konsumentendarlehen oder Erbfallkosten im Sinne des § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG.

⁶ Vgl. dazu die rechnerische Korrektur des vorzitierten Beispiels aus den ErbStH auf der Grundlage der BFH-Auffassung bei Grootens, ErbStB 2015, 333, 337 f.

⁷ So auch Grootens, ErbStB 2015, 333, 336.

⁸ So auch Birnbaum, ZEV 2015, 664 in seiner Urteilsanmerkung; vgl. dazu auch H E 10.10 „Wirtschaftlicher Zusammenhang von Schulden und Lasten mit Vermögensgegenständen“ ErbStH 2011.

⁹ Vgl. BR-Drucks. 353/1/15 v. 15.9.2015, S. 5 ff.

maßgebliche Erwerbswert, der potentiell erbschaftsteuerbar sei, sich wegen der Befreiungsvorschrift zum Beispiel des § 13a ErbStG von vornherein nur auf einen deutlich niedrigeren Wert beschränke. Die steuerfreie Ausgleichsforderung müsse daher zur Vermeidung einer erbschaftsteuerlichen Doppelprivilegierung anteilig auf den erbschaftsteuerlich relevanten Erwerbswert umgerechnet werden.

2. Steuerliche Vorteile bei Wahl eines güterrechtlichen Zugewinnausgleichs im Erbfall

Die durch die Rechtsprechung des BFH eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten zeigen sich exemplarisch bei Eheleuten, die für ihre Ehe zunächst den Güterstand der Gütertrennung vereinbart haben und später durch Änderung ihres Ehevertrags zum Güterstand der Zugewinnngemeinschaft wechseln, wobei nunmehr der gesamte seit der Eheschließung entstandene Zugewinn ausgeglichen werden soll. Erbschaftsteuerrechtlich wird ein solcher zivilrechtlich möglicher rückwirkender Ausgleich des vor Abschluss des zweiten Ehevertrags erzielten Zugewinns nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und 4 ErbStG nicht anerkannt, wenn der überlebende Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer wird und den Abzug der fiktiven Zugewinnausgleichsforderung im Rahmen des pauschalierten erbrechtlichen Zugewinnausgleichs verlangt. Der überlebende Ehegatte kann indes die Erbschaft oder das Vermächtnis ausschlagen und nach § 1371 Abs. 2 BGB neben dem sog. kleinen Pflichtteil, der nach dem nicht um ein Viertel erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Partners berechnet wird, den tatsächlichen Ausgleich des Zugewinns fordern. Bei diesem güterrechtlichen Zugewinnausgleich werden der vorverlegte Stichtag für die Berechnung des Zugewinns und auch sonstige abweichende zivilrechtliche Vereinbarungen berücksichtigt, was durch die Bestimmung in § 5 Abs. 2 ErbStG ausdrücklich bestätigt wird.¹⁰

Die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft stellt nach Auffassung der Finanzverwaltung grundsätzlich auch keine Schenkung auf den Todesfall (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG) oder eine aufschiebend bedingte Schenkung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) dar.¹¹ Voraussetzung für die erbschaftsteuerliche Anerkennung des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs ist lediglich, dass im Erbfall tatsächlich eine güterrechtliche Abwicklung, d. h. eine konkrete Ermittlung der Zugewinnausgleichsforderung stattfindet.¹² Wird nun dem überlebenden Ehegatten zur Abgeltung seines geltend gemachten Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsanspruchs (teilweise) steuerfreies Betriebsvermögen übertragen, kann der Erbe nach der Rechtsprechung des BFH ohne Beschränkung nach § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG die von ihm zu tragenden Lasten ungekürzt von seinem eigenen Erwerb von Todes wegen abziehen. Gleiches gilt, wenn dem Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsberechtigten zur Erfüllung seiner Ansprüche ein Mietobjekt übertragen würde, für das nach § 13c ErbStG ein Verschonungsabschlag von 10 % gewährt wird.

Allerdings sollten auch die erbschaftsteuerlichen Folgen auf Seiten des anspruchsberechtigten Ehegatten nicht ausgeblendet werden, beispielsweise dann, wenn sich der überlebende

Ehepartner und der Erbe des erstverstorbenen Ehegatten in einem Erbvergleich auf eine pauschale Abgeltung der geltend gemachten Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsansprüche einigen. Für den Erben ist es dabei nach der Rechtsprechung des BFH erbschaftsteuerrechtlich gleichgültig, in welchem Umfang er auf den Pflichtteilsanspruch oder den Zugewinnausgleichsanspruch leistet. Er kann beide daraus resultierenden Zahlungsverpflichtungen ungekürzt als Nachlassverbindlichkeiten von seinem Erwerb abziehen. Bei dem anspruchsberechtigten Ehegatten unterliegt dagegen nur der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b ErbStG der Erbschaftsteuer, und zwar in der Höhe, auf die sich die Beteiligten vergleichsweise geeinigt haben.¹³ Zahlungen zur Erfüllung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 2 BGB bleiben dagegen gemäß § 5 Abs. 2 ErbStG erbschaftsteuerfrei. Vor diesem Hintergrund sollte in einem Erbvergleich ausdrücklich geregelt werden, dass vom Erben erbrachte Zahlungen (oder eine Übertragung steuerbefreiten Vermögens) vorrangig zur Abgeltung des steuerfreien Zugewinnausgleichsanspruchs und erst dann auf den steuerpflichtigen Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten des Erblassers erfolgen.

3. Übertragung der neuen BFH-Urteile auf gemischte Schenkungen und Schenkungen unter Auflagen?

Eine steuerliche Ungleichbehandlung von Verbindlichkeiten existiert auch bei einem Erwerb von Todes wegen und einer Schenkung unter Lebenden. Denn nach Ansicht der Finanzverwaltung besteht bei übernommenen Schulden und Leistungsaufgaben (zum Beispiel Rentenleistungen), die erst mit dem Erwerb begründet werden, ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen zugewendeten Gegenständen.¹⁴ Die steuerliche Folge dieser Zurechnung ist, dass daraus erwachsene Lasten und Verbindlichkeiten des Beschenkten nach dem Verhältnis der Steuerwerte auf alle ihm zugewandten Vermögensgegenstände aufzuteilen und – soweit sie danach auf begünstigtes Unternehmensvermögen entfallen – nach § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG nur beschränkt abzugsfähig sind.¹⁵ Im Gegensatz dazu können Verbindlichkeiten aus einem Rentenvermächtnis, auch wenn die Rentenleistungen aus den Erträgen des steuerlich begünstigt erworbenen Betriebsvermögens bestritten werden, ungekürzt abgezogen werden. Diese steuerliche Schlechterstellung lebzeitiger Zuwendungen beruht jedoch darauf, dass es für die Annahme eines wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen dem Zuwendungsgegenstand und der Übernahme der Schuld bzw. der Leistungsaufgabe für den Beschenkten nach der Rechtsprechung des BFH genügt, dass dieser – anders als in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge – durch den Erwerbsvorgang selbst, d. h. durch die konkreten Vereinbarungen im Schenkungsvertrag, hergestellt wird.¹⁶ Folglich scheidet eine Anwendung der für den Erbfall näher präzisierten Kriterien des BFH für die Anerkennung eines wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Verbindlichkeiten und nach § 13a ErbStG steuerbefreitem Vermögen auf gemischte Schenkungen und Schenkungen unter Leistungsaufgaben aus.¹⁷

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch-Gladbach

¹⁰ Vgl. nur *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, Stand: Juli 2015, § 5 Rdnr. 60.

¹¹ Vgl. R E 5.2 Abs. 2 Satz 2 und 3 ErbStR 2011; siehe auch FG Düsseldorf, Urteil vom 14.6.2006, 4 K 7107/02 Erb, ZErB 2007, 24 m. Anm. *Wachter*, MittBayNot 2007, 250. Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit werden nur dann verletzt, wenn einem Ehegatten eine erhöhte Ausgleichsforderung dadurch verschafft wird, dass der Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung überschritten wird, vgl. dazu BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, MittBayNot 2006, 271.

¹² Vgl. BFH, Urteil vom 28.6.1989, II R 82/86, MittBayNot 1989, 282; BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, MittBayNot 2006, 271.

¹³ Vgl. hierzu BFH, Urteil vom 1.7.2008, II R 71/06, ZEV 2008, 549; BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 52/11, DSrR 2013, 906.

¹⁴ Vgl. R E 7.4 Abs. 3 ErbStR 2011, H E 7.4 Abs. 3 Nr. 3 ErbStH 2011.

¹⁵ Vgl. dazu auch die instruktive Vergleichsrechnung bei *Grootens*, ErbStB 2015, 333, 339.

¹⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 11.3.1966, III R 281/62, DB 1966, 1458; *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, Stand: Juli 2015, § 10 Rdnr. 248.

¹⁷ A. A. *Grootens*, ErbStB 2015, 333, 339 f.

21. ErbStG § 7 Abs. 7 Satz 1, § 20 Abs. 1 Satz 1 (*Steuer-schuldner in den Fällen des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG*)

Vereinbaren die Gesellschafter einer GmbH, dass sie beim Erreichen einer bestimmten Altersgrenze ihren Geschäftsanteil zum Nominalwert an einen Treuhänder verkaufen, der den Geschäftsanteil nach außen im eigenen Namen, im Innenverhältnis aber für die verbleibenden Gesellschafter erwirbt und hält und von diesen Gesellschaftern auch den Kaufpreis zur Verfügung gestellt bekommt, so ist jedenfalls nicht die GmbH Erwerberin im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG.

BFH, Urteil vom 4.3.2015, II R 51/13

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine Wirtschaftsprüfungs-GmbH, ist durch formwechselnde Umwandlung der ... KG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (A-KG) mit Wirkung zum 1.7.2000 entstanden. Ihr Stammkapital beträgt 5 Mio. €.

Neben dem Gesellschaftsvertrag haben die Gesellschafter der Klägerin einen Poolvertrag abgeschlossen, der am 30.6.2004 zu notarieller Urkunde neu gefasst wurde. Gegenstand des Poolvertrags ist die Regelung des Verhältnisses der Gesellschafter der Klägerin untereinander und die gemeinschaftliche Ausübung der Gesellschafterrechte in der Klägerin. Scheidet ein Poolmitglied aus dem Poolvertrag aus, wird er unter den übrigen Poolmitgliedern fortgesetzt.

Der Poolvertrag hat mehrere Anlagen, insbesondere verschiedene aufschiebend bedingte Kaufverträge über die Geschäftsanteile, deren Anwendbarkeit jeweils vom Grund des Ausscheidens aus der Klägerin abhängt, sowie einen Treuhandvertrag für den Pooltreuhänder. Darin ist unter anderem Folgendes vorgesehen:

Die Gesellschafter halten jeweils einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000 €, den sie als frühere Gesellschafter der A-KG bei deren Umwandlung in die Klägerin oder durch Kauf zum Nominalwert erworben haben. Einer der Gesellschafter fungiert als Pooltreuhänder. Er hält einen Geschäftsanteil im Nominalwert von 50.000 € im eigenen Namen und zudem als fremdnütziger Treuhänder für alle Gesellschafter den Geschäftsanteil, der nach Abzug der von ihm im eigenen Namen und den übrigen Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile vom Stammkapital der Klägerin verbleibt. Wesentliche Aufgabe des Pooltreuhänders ist es auch, Geschäftsanteile von jeweils 50.000 € zum Nominalwert auf neu aufzunehmende Poolmitglieder zu übertragen und die Geschäftsanteile ausscheidender Poolmitglieder für sämtliche verbleibenden Poolmitglieder zu erwerben. Im Außenverhältnis ist der Pooltreuhänder Vollrechtsinhaber.

Die Poolmitglieder scheiden spätestens mit Erreichen einer bestimmten Altersgrenze aus der Klägerin aus. Für den Fall des Ausscheidens enthält der Poolvertrag als Anlagen je nach dem Grund des Ausscheidens unterschiedliche, aufschiebend bedingte Kaufverträge zwischen dem ausscheidenden Poolmitglied bzw. dessen Erben und dem Pooltreuhänder. Beim Ausscheiden aus Altersgründen ist der Kaufvertrag Typ A maßgebend. Danach verkauft und überträgt der ausscheidende Gesellschafter sowohl den von ihm direkt gehaltenen Geschäftsanteil als auch die von ihm indirekt über den Pooltreuhänder gehaltenen Geschäftsanteile an den Pooltreuhänder. Der Pooltreuhänder hat an den ausscheidenden Gesellschafter als Kaufpreis die Nominalwerte dieser Geschäftsanteile zu zahlen. Diese Zahlungsverpflichtungen des Pooltreuhänders bestehen allerdings nur insoweit, als ihm die hierfür erforderlichen Beträge von der Klägerin zulasten der übrigen Poolmitglieder zur Verfügung gestellt werden können. Die aktiven Poolmitglieder sind verpflichtet, dem Pooltreuhänder das von ihm zu zahlende Entgelt für die zu erwerbenden Geschäftsanteile in der Weise zur Verfügung zu stellen, dass jedes Poolmitglied sein Gesellschafterdarlehen und hilfsweise sein Genussrechtskapital II oder I reduziert. Ein Anspruch auf stille Reserven oder einen Goodwill steht dem ausscheidenden Gesellschafter nicht zu.

Gesellschafter der Klägerin war unter anderem X, der bereits Gesellschafter der A-KG gewesen war und einen Geschäftsanteil von 50.000 € hielt. X übertrug seinen Geschäftsanteil aus Altersgründen auf der Grundlage der für ihn geltenden Übergangsregelung für Gesellschafter der vormaligen A-KG und des dem Poolvertrag als Anlage beigefügten, aufschiebend bedingten Kaufvertrags zum 30.6.2005 gegen einen Kaufpreis von 50.000 € auf den Pooltreuhänder.

Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) nahm an, dass die Übertragung des Geschäftsanteils des X auf den Pooltreuhänder gegen Zahlung eines Kaufpreises von 50.000 € nach § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG bei der Klägerin der Schenkungsteuer unterliege, und setzte demgemäß gegen die Klägerin Schenkungsteuer fest.

Dagegen erhob die Klägerin Einspruch. Das FA zog die anderen am 30.6.2005 vorhandenen Gesellschafter der Klägerin bzw. deren Erben gemäß § 174 Abs. 5 Satz 2 der Abgabenordnung zum Einspruchsverfahren hinzu. Es ging in der Einspruchsentscheidung um einen höheren gemeinen Wert des Geschäftsanteils des X aus und erhöhte demgemäß die festgesetzte Schenkungsteuer. Mit dem während des Klageverfahrens ergangenen Bescheid vom 13.11.2013 setzte das FA die Schenkungsteuer auf der Grundlage eines niedrigeren gemeinen Werts des Geschäftsanteils wieder herab.

Das FG gab der auf Aufhebung der Steuerfestsetzung gerichteten Klage mit der Begründung statt, der Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG sei nicht verwirklicht. Jedenfalls sei die Klägerin nicht Steuerschuldnerin. Das Urteil des FG ist in EFG 2014, 220 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt das FA eine Verletzung des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG. Der Tatbestand dieser Vorschrift sei erfüllt. Steuerschuldnerin sei die Klägerin. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Kapitalgesellschaft sei stets die Kapitalgesellschaft Steuerschuldnerin, da es in erster Linie um das Verhältnis des ausscheidenden Gesellschafters zur Gesellschaft gehe. Die unmittelbare Abtretung des Anteils des X an den Pooltreuhänder sei somit zur Abkürzung des Leistungswegs erfolgt.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin auch dann nicht Steuerschuldnerin wäre, wenn der Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG erfüllt sein sollte.

1. Als Schenkung gilt nach § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG auch der auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhende Übergang des Anteils oder des Teils eines Anteils eines Gesellschafters einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft, soweit der Wert, der sich für seinen Anteil zur Zeit seines Ausscheidens nach § 12 ErbStG ergibt, den Abfindungsanspruch übersteigt.

a) Wer Steuerschuldner ist, folgt auch im Hinblick auf § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG aus § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG. Danach ist Steuerschuldner der Erwerber, bei einer Schenkung auch der Schenker. § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG bestimmt den Steuerschuldner nicht hiervon abweichend. Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, dass beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Kapitalgesellschaft stets diese die Steuerschuldnerin sei. Hätte der Gesetzgeber anordnen wollen, dass § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG in diesem Fall nicht anwendbar sei, hätte er dies hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist indes nicht geschehen.

b) Wer bei einer Schenkung der Erwerber und somit Steuerschuldner ist, richtet sich nach Zivilrecht. Für die Fälle des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG gilt insoweit nichts anderes als für freigebige Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, bei denen sich die Beurteilung der Frage, welche Personen als Zuwendender und als Bedachter beteiligt sind, ausschließlich nach der Zivilrechtslage bestimmt (Urteile des BFH vom 18.7.2013, II R 37/11, BFHE 242, 158, BStBl II 2013, S. 934 Rdnr. 12 m. w. N., und vom 27.8.2014, II R 43/12, BFHE 246, 506, BStBl II 2015, S. 241 Rdnr. 37).

c) Vereinbaren die Gesellschafter einer GmbH in einem zusätzlich zum Gesellschaftsvertrag geschlossenen Vertrag, dass sie beim Erreichen einer bestimmten Altersgrenze ihren Geschäftsanteil gemäß einem dem Vertrag als Anlage beigefügten aufschiebend bedingten Kaufvertrag zum Nominalwert an einen Treuhänder verkaufen, der den Geschäftsanteil nach außen im eigenen Namen, im Innenverhältnis aber für die verbleibenden Gesellschafter erwirbt und hält und von diesen Gesellschaftern auch den Kaufpreis zur Verfügung gestellt bekommt, so ist entgegen der Auffassung des FA jedenfalls nicht die GmbH Erwerberin im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG. Die GmbH erwirbt in diesem Fall weder den Geschäftsanteil noch handelt der Treuhänder im Innenverhältnis für sie. Sie braucht auch den Kaufpreis für den Anteil nicht aufzubringen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines abgekürzten Leistungswegs. Für die Annahme, die unmittelbare Übertragung des Geschäftsanteils des ausscheidenden Gesellschafter auf den Treuhänder sei zivilrechtlich als Übertragung des Anteils vom ausscheidenden Gesellschafter auf die GmbH und von dieser auf den Treuhänder zu werten, gibt es keine vertragliche Grundlage. Die GmbH ist weder Vertragspartei des allein zwischen den Gesellschaftern der GmbH geschlossenen Vertrags noch des durch Eintritt der aufschiebenden Bedingung zustande gekommenen Kaufvertrags zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und dem Treuhänder. Die GmbH kann demgemäß vom ausscheidenden Gesellschafter nicht verlangen, dass er seinen Anteil auf sie überträgt.

Der schenkungsteuerrechtlichen Berücksichtigung der tatsächlichen zivilrechtlichen Gegebenheiten kann auch nicht entgegengehalten werden, bei der Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft auf einen Dritten gehe es in erster Linie um das Verhältnis des ausscheidenden Gesellschafter zur Gesellschaft. Entscheidend ist vielmehr, dass der Anteil ohne Beteiligung der GmbH unmittelbar vom ausscheidenden Gesellschafter auf den Anteilserwerber (bereits vorhandener oder neuer Gesellschafter) übergeht. Nähme man demgegenüber an, dass es bei der Übertragung von Anteilen an einer GmbH in erster Linie um das Verhältnis des ausscheidenden Gesellschafter zu dieser gehe und deshalb stets die GmbH Erwerberin des Anteils und Steuerschuldnerin sei, müsste dies auch für eine schenkweise Übertragung des Geschäftsanteils auf Dritte, beispielsweise Ehegatten oder Verwandte, gelten. Diese Ansicht wird indes auch von der Finanzverwaltung nicht vertreten.

d) Diese Auslegung des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG wird durch § 7 Abs. 7 Satz 2 ErbStG bestätigt. Wird aufgrund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag einer GmbH der Geschäftsanteil eines Gesellschafter bei dessen Ausscheiden eingezogen und übersteigt der sich nach § 12 ErbStG ergebende Wert seines Anteils zur Zeit seines Ausscheidens den Abfindungsanspruch, gilt die insoweit bewirkte Werterhöhung der Anteile der verbleibenden Gesellschafter nach § 7 Abs. 7 Satz 2 ErbStG als Schenkung des ausgeschiedenen Gesellschafter. Erwerber und somit Steuerschuldner gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG ist in diesem Fall ebenfalls nicht die GmbH. Vielmehr sind die verbleibenden Gesellschafter Erwerber und somit Steuerschuldner (*Gebel* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 409; *Geck* in *Kapp/Ebeling*, § 7 ErbStG Rdnr. 198; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 150; *Schuck* in *Viskorff/Knobell/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 7 ErbStG Rdnr. 249). Es ist kein sachlich einleuchtender Grund ersichtlich, warum bei der Einziehung des Anteils durch die GmbH

(vgl. § 34 GmbHG) die verbleibenden Gesellschafter Erwerber und Steuerschuldner sind, jedoch bei der Übertragung des Anteils eines aus Altersgründen ausscheidenden Gesellschafter auf einen Treuhänder der verbleibenden Gesellschafter die GmbH Erwerberin und Steuerschuldnerin sein soll.

2. Das FG hat demgemäß zu Recht angenommen, dass die Klägerin auch dann, wenn im Streitfall durch die Übertragung des Geschäftsanteils des X auf den Pooltreuhänder der Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG verwirklicht worden sein sollte, nicht Erwerberin und Steuerschuldnerin ist. Sie war weder als Vertragspartei an dem Poolvertrag noch an dem Kaufvertrag zwischen X und dem Pooltreuhänder beteiligt und war nicht verpflichtet, den Kaufpreis für den Geschäftsanteil des X aufzubringen. Der Pooltreuhänder hielt den Geschäftsanteil auch nicht für die Klägerin.

Aus dem vom FA weiter angeführten Gesichtspunkt, dass die Gesellschafter der Klägerin mit der erforderlichen Mehrheit ihre Liquidation beschließen und ihr Vermögen nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile auf die Gesellschafter verteilen könnten, lässt sich ebenfalls nicht entnehmen, dass die Klägerin Erwerberin und Steuerschuldnerin sei. Dies gilt auch hinsichtlich der für die Gesellschafter der Klägerin bestehenden Möglichkeit, den Poolvertrag dahingehend zu ändern, dass künftig keine Verpflichtung mehr besteht, den Geschäftsanteil beim Erreichen einer Altersgrenze zum Nominalwert zu veräußern und/oder neue Gesellschafter aufzunehmen. Zum einen ändern diese Möglichkeiten nichts daran, dass aufgrund der im Poolvertrag und im Kaufvertrag getroffenen Vereinbarungen zivilrechtlich nicht die Klägerin, sondern der Pooltreuhänder den Geschäftsanteil des X erworben und für die verbleibenden Gesellschafter, nicht aber für die Klägerin gehalten hat. Zum anderen handelt es sich nicht um Handlungsmöglichkeiten der Klägerin, sondern von deren Gesellschaftern.

3. Ob im Streitfall der Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG verwirklicht wurde, braucht somit nicht entschieden zu werden. Es kann auch auf sich beruhen, wer Steuerschuldner ist, wenn die Klage einer GmbH auf Ausschluss eines Gesellschafter Erfolg hat (zu den Voraussetzungen und gesellschaftsrechtlichen Folgen einer solchen Klage vgl. zum Beispiel *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., Anh § 34 Rdnr. 1 ff.).

(...)

Anmerkung:

1. Kontext der Entscheidung

Für den Fall des Ausscheidens aus einer Personen- und Kapitalgesellschaft sehen Gesellschaftsverträge für den ausscheidenden Gesellschafter nicht selten eine Abfindung unter dem Verkehrswert vor. Insbesondere bei sog. „Mitarbeiter-“ oder „Managermodellen“, in denen die Gesellschafterstellung von vornherein nur auf Zeit eingegangen wurde, erhält der Ausscheidende häufig nur den eingezahlten „Buchwert“ seiner Beteiligung. Der BGH¹ hält solche Buchwertklauseln in diesen Fällen für sachlich gerechtfertigt. Ist der Wert der Gesellschaft während der Zeit der Mitgliedschaft gestiegen, stellt sich aus steuerlicher Sicht allerdings die Frage, ob dieser Wertzuwachs bei den verbleibenden Gesellschaftern im Zeitpunkt des Ausscheidens zu einer Schenkung gemäß § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG führt. Die zivilrechtlich zulässige Vertragsge-

¹ Vgl. BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, BGHZ 164, 98 (Managermodell); „erst recht“ für Mitarbeitermodelle: BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, BGHZ 164, 107 (Mitarbeitermodell).

staltung würde dann zur steuerlichen Stolperfalle. Mit der vorstehend wiedergegebenen Entscheidung vom 4.3.2015 hatte sich der BFH erstmals seit Mitte der neunziger Jahre² wieder mit der Vorschrift des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG zu befassen, wobei in dem vorliegenden Sachverhalt eine Besonderheit darin bestand, dass der „ausscheidende“ Gesellschafter keine Buchwertabfindung erhielt, sondern die Beteiligung stattdessen zu einem bereits zum Eintrittszeitpunkt festgelegten Kaufpreis im Zeitpunkt des Ausscheidens an einen Treuhänder veräußern musste. Die Entscheidung dürfte auch in der kautelarjuristischen Beratungspraxis von großem Interesse sein.

2. Kernpunkte

Nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt waren die Gesellschafter einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH über eine Poolvereinbarung dazu verpflichtet ihren Geschäftsanteil mit Erreichen einer bestimmten Altersgrenze an einen Treuhänder zum Nominalwert von 50.000 € zu veräußern, wobei der entsprechende Kaufvertrag der Poolvereinbarung als Anlage beigefügt war. Der Treuhänder, selbst Poolmitglied, hatte die Aufgabe die Geschäftsanteile der ausscheidenden Gesellschafter für die übrigen Poolmitglieder zum Nominalwert zu erwerben und diese bei Aufnahme neuer Gesellschafter ebenfalls zum Nominalwert an die „neuen“ Gesellschafter zu veräußern.

Das FA sah den Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG aufgrund der Übertragung eines Geschäftsanteils zum Nominalwert durch einen aus Altersgründen ausscheidenden Gesellschafter als erfüllt an und setzte Schenkungsteuer gegenüber der Gesellschaft fest. Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb erfolglos. Das FG Düsseldorf gab der auf Aufhebung der Steuerfestsetzung gerichteten Klage der Gesellschaft statt und stellte fest, dass weder der Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG erfüllt noch die Gesellschaft richtige Steuerschuldnerin im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG sei.³ Der BFH hat die Revision des FA mit dem Verweis auf eine fehlende Steuerschuldnerschaft der Gesellschaft gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG als unbegründet zurückgewiesen.

Diese Ausführungen überraschen nicht, spiegelt sich darin doch die bereits zuvor durch den BFH postulierte Sichtweise wider, wonach es „bei der Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt ist, ausschließlich auf die Zivilrechtslage und nicht darauf ankommt, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist“⁴. Aufgrund der vorhandenen Struktur, wonach nicht die GmbH, sondern der Treuhänder den Geschäftsanteil von dem ausscheidenden Gesellschafter erwarb, konnte die Gesellschaft somit nicht Steuerschuldner im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG sein. Denn sie hat nichts erworben. Der BFH stellte dementsprechend fest, dass sich die Steuerschuldnerschaft auch im Anwendungsbereich des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG nach der allgemeinen Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG richte und sich die Frage wer bei einer Schenkung der Erwerber sei, „ausschließlich“ nach Zivilrecht beurteile.

Das von der Finanzverwaltung zur Begründung einer Steuerschuldnerschaft angeführte Vorliegen eines „abgekürzten Zahlungsverweges“, aufgrund dessen die Übertragung des Geschäftsanteils des ausscheidenden Gesellschafters auf den Treuhänder als eine Übertragung auf die Gesellschaft und von dieser auf den Treuhänder zu werten sei, lehnte der BFH letztlich ebenfalls mit einer streng am Zivilrecht orientierten Sichtweise ab. Dies wird auch durch den Hinweis deutlich, wonach es für die Annahme eines abgekürzten Zahlungsverweges „keine vertragliche Grundlage“ gebe. Aus der Forderung nach einer – wie auch immer aussehenden – Vertragsabrede folgt ebenfalls die Notwendigkeit des Vorliegens zivilrechtlich wirksamer Abreden. Diese gab es aber vorliegend gerade nicht gegenüber der Gesellschaft.

Schade, aber verständlich ist, dass der BFH – anders als die Vorinstanz – die „eigentliche“ Sachentscheidung zur Frage der Steuerbarkeit nach § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG offen gelassen hat. Da die durch das FA in Anspruch genommene Gesellschaft nicht Steuerschuldnerin und die Revision bereits aus diesem Grunde zurückzuweisen war, konnte eine sachliche Auseinandersetzung mit § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG dahinstehen.

3. Konsequenzen und Ausblick

Auch wenn der BFH keine grundsätzlichen Aussagen über die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG auf „Mitarbeiter-“ oder „Managermodelle“ getroffen hat, besteht nunmehr zumindest Klarheit darüber, dass auch für solche Fallgestaltungen auf die allgemeine Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG zur Steuerschuldnerschaft zurückzugreifen ist. Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich der BFH in naher Zukunft auch in der Sache zur Anwendbarkeit des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG äußern müssen. Denn die Vorschrift hat vor allem aufgrund der mit der Erbschaftsteuerreform 2009 eingeführten, am Verkehrswert orientierten Bewertung von Personen- und Kapitalgesellschaftsanteilen erheblich an Brisanz gewonnen. Zwei Themen sind dabei von besonderem Interesse:

Zum einen stellt sich die in der Literatur diskutierte Frage nach der Reichweite der in § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG angelegten Fiktionswirkung, wobei insoweit vor allem zu klären sein wird, ob der Tatbestand des § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG auch das Vorhandensein einer „objektiven Bereicherung“ fingiert.⁵ Zum anderen stellt sich bei „Mitarbeiter-“ oder „Managermodellen“ zwangsläufig auch die Frage nach der Abgrenzung von Einkommensteuer einerseits und Erbschaft- und Schenkungsteuer andererseits. Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BFH wird ein Vorgang, der der Einkünftezielung am Markt dient, von vornherein nicht vom ErbStG erfasst.⁶ In der Konsequenz dürfte diese Rechtsprechungslinie eine Steuerbarkeit von „Mitarbeiter-“ oder „Managermodellen“ zumindest dann ausschließen, wenn die Eingehung, das Halten und die Veräußerung der von vornherein zeitlich begrenzt eingegangenen Gesellschaftsbeteiligung nur als Erwerb von Arbeitseinkommen anzusehen ist.

Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Jochen Kotzenberg,
LL.M. (Nashville), Bonn

² Vgl. BFH, Urteil vom 31.1.1996, II R 76/93, BFH/NV 1996, 609.

³ FG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2013, 4 K 834/13, BeckRS 2013, 96717; GmbHR 2014, 105 m. Komm. Kotzenberg/Maetz.

⁴ BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 39/98, BFH/NV 2001, 908; Urteil vom 9.7.2009, II R 47/07, BStBl II 2010, S. 74, Urteil vom 9.12.2009, II R 22/08, BStBl II 2010, S. 363.

⁵ Verneinend Kotzenberg/Maetz, BB 2013, 2391 ff.

⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 2.9.2015, II B 146/14, BFH/NV 2015, 1586; BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 44/13, BStBl II 2015, S. 249.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Vorstand der Landesnotarkammer Bayern:

Zusammensetzung des Vorstands der Landesnotarkammer Bayern seit 30.4.2016:

Ehrenpräsidenten:

Notar a. D. Dr. Helmut Keidel, München
Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim

Präsident:

Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg
Stellvertreter des Präsidenten (1. Vizepräsident):

Notar Dr. Winfried Kössinger, München

Weitere Mitglieder des Vorstands:

Notarin Dr. Gabriele Bartsch, Wasserburg a. Inn
Notar Dr. Thomas Baumann, Würzburg
Notar Dr. Jens Eue, Bamberg
Notar Dr. Stefan Görk, München
Notar Bernhard Hille, Augsburg
Notar Gerhard Thoma, Nürnberg

2. Verstorben:

Notar Dr. Erkki Bernhard, Augsburg,
verstorben am 2.6.2016

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.7.2016:
Notar Lothar Walter Lederer, Rosenheim

4. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Markus Müller, München
(Notarstelle Dr. Schaub), ab 1.5.2016 in München
(Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor David Sommer, Bayreuth
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon), ab 1.5.2016 in München
(Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Stefan Künkele, München
(Landesnotarkammer Bayern), ab 6.6.2016 in Starnberg
(Notarstellen Klöcker/Volmer)

Notarassessor Benedikt Goslich, München
(Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel),
ab 1.7.2016 in München
(Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Notarassessorin Dr. Judith Ulshöfer, Annweiler a. Tr.
(Notarstelle Spall), ab 15.8.2016 in Würzburg (DNotI)

Oberinspektorin i. N. Stefanie Amthor, Ebern
(Notarstelle Ulbricht),
ab 1.7.2016 in Bad Neustadt a. d. Saale
(Notarstelle Dr. Schmitkel)

Inspektorin i. N. Katharina Janser, Lindau i. Bodensee
(Notarstellen Dr. Reibenspies/Kühnlein),
ab 1.7.2016 in München (Notarstelle Ellert)

Oberinspektor i. N. Bastian Sack, Tirschenreuth
(Notarstelle Greiner),
ab 1.7.2016 in Selb (Notarstelle Dr. Roßner)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtfrau i. N. Karin Weber, Bad Neustadt a. d. Saale
(Notarstelle Dr. Schmitkel),
zum 30.6.2016 ausgeschieden

Notariatsrat i. N. Georg Hofbauer, Regensburg
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann),
ab 1.7.2016 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Anton Schollwöck, Erding
(Notarstellen Burghart/Inninger),
ab 1.7.2016 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Wolfgang Müller, Dachau
(Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky),
ab 1.8.2016 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Geisenfeld, Notarstelle Kuhne
Rathausstraße 11, 85290 Geisenfeld

Haßfurt, Notarstelle Theilig
E-Mail: info@notar-theilig.de
Homepage: www.notar-theilig.de

Vilsbiburg, Notarstelle Dr. König
Telefax: 08741 9494826

SONSTIGES

6. Dresdner Forum für Notarrecht der Notarkammer Sachsen in Zusammenarbeit mit der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. und der Juristischen Fakultät der TU Dresden

„Das Notariat der Zukunft – Von aktuellen Entwicklungen zur Geschäftsstelle 4.0“

Freitag, 27. Januar 2017,
im Konferenzzentrum der Sächsischen Aufbaubank, Pirnaische Straße 9, 01069 Dresden

Tagungsprogramm:

Vormittag: Aktuelle Entwicklungen

- Elektronisches Urkundsarchiv – rechtliche Grundlagen und Anwendung in der Praxis
- Zukunftsprojekte der Bundesnotarkammer (z. B. Vollzugsplattformen, Elektronische Nebenakte, Elektronisches Notaranderkonto)

Nachmittag: Das Notariat der Zukunft

- Vorstellung der Studienergebnisse zu den künftigen Anforderungen an die praktisch-technische Tätigkeit des Notars
- Workshop zur Arbeitswelt des Notars im Jahr 2027

Der Tagungsbeitrag beträgt 140 €, für Notarassessoren 40 €, für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. 90 € und für Notarassessoren, die Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind, 20 €.

Rahmenprogramm:

Im Zusammenhang mit der Tagung wird ein Besuch der Semperoper Dresden angeboten. Am 27.1.2017 wird um 19 Uhr die Oper „Carmen“ von Georges Bizet aufgeführt. Bis zum 30.9.2016 ist bei der Semperoper ein begrenztes Abrufkontingent für Karten in verschiedenen Preisgruppen (PG 1: 117 €, PG 2: 109 €, PG 3: 87 €) eingerichtet. Die Karten können auch per E-Mail an die E-Mail-Adresse gruppen@semperoper.de abgerufen werden. Bitte geben Sie bei Abruf die Kundennummer 30042272 an.

Anmeldungen können bereits jetzt erfolgen. Ihre Anmeldung richten Sie bitte per E-Mail an info@notarkammer-sachsen.de, per Telefax an 0351 80727-50 oder schriftlich an die Notarkammer Sachsen, Königstraße 23, 01097 Dresden.

Hotelreservierungen nehmen Sie bitte eigenverantwortlich vor. Zimmerkontingente sind unter dem Stichwort „Notarkammer“ in folgenden Hotels reserviert: Inside Dresden, Salzgasse 4, 01067 Dresden, Tel.: 0351 795151007, E-Mail: reservations.inside.dresden@melia.com (EZ: 99 €, DZ: 119 €), Swissôtel Dresden am Schloss, Schlossstraße 16, 01067 Dresden, Tel.: 0351 50120622, E-Mail: reservations.dresden@swissotel.com (EZ: 105 €, DZ: 125 €) sowie Taschenbergpalais, Taschenberg 3, 01067 Dresden, Tel.: 0351 4912636, Fax: 0351 4912626, E-Mail: reservations.taschenbergpalais@kempinski.com (EZ: 179 €, DZ: 199 €). Die Kontingente stehen bis zum 19.12.2016 zur Verfügung.

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller
Notarassessor David Sommer

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte
(*Cording/Renner*)
8.7.2016 in Kassel
2. Intensivkurs Grundstücksrecht
(*Krauß/Wälzholz/Wegerhoff*)
14.–16.7.2016 in Lübeck
3. Notariat für Einsteiger
Vorkurs zum Vorbereitungslehrgang
auf die notarielle Fachprüfung
(*Scholten/Tondorf*)
11.–13.8.2016 in Bremen
4. Notariat für Einsteiger
Vorkurs zum Vorbereitungslehrgang
auf die notarielle Fachprüfung
(*Scholten/Tondorf*)
18.–20.8.2016 in Bochum
5. Aktuelles aus dem Handelsregister
– Update 2016
(*Melchior*)
30.8.2016 in Bochum

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. Demharter: Grundbuchordnung. 30. Aufl., Beck, 2016. 1325 S., 79 €
2. Dutta/Weber (Hrsg.): Internationales Erbrecht. Beck, 2016. 718 S., 169 €
3. Emmerich/Habersack/Schürnbrand: Aktien- und GmbH-Konzernrecht. 8. Aufl., Beck, 2016. 1033 S., 159 €
4. Hüffner/Koch: Aktiengesetz. 12. Aufl., Beck, 2016. 2297 S., 169 €
5. Kanzler/Nacke (Hrsg.): Steuerrecht aktuell. NWB, 2016. 171 S., 49,90 €
6. Laukemann: Die Partnerschaftsgesellschaft. 3. Aufl., Beck, 2016. 226 S., 44,90 €
7. Musielak/Voit (Hrsg.): Zivilprozessordnung. 13. Aufl., Vahlen, 2016. 3200 S., 169 €
8. Prütting/Gehrlein (Hrsg.): ZPO. 8. Aufl., Luchterhand, 2016. 3188 S., 139 €
9. Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.): BGB. 11. Aufl., Luchterhand, 2016. 3908 S., 130 €
10. Schmidt (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Band 1: §§ 1-104a, 4. Aufl., Beck, 2016. 1616 S., 259 €
11. Staudinger: Buch 5 Erbrecht. §§ 2346-2385 (Erbverzicht, Erbschein, Erbschaftskauf). 16. Aufl., Sellier-de Gruyter, 2016. 741 S., 249 €
12. Suyr: Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung nach § 8 Abs. 4 PartGG und des Gläubigerschutzes. Band 283. Duncker & Humblot, 2016. 224 S., 79,90 €
13. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung. 37. Aufl., Beck, 2016. 2368 S., 63 €
14. Weber-Grellet (Hrsg.): Einkommensteuergesetz. 35. Aufl., Beck, 2016. 2616 S., 105 €
15. Wilsch: NotarFormulare Erbbaurecht. Deutscher Notarverlag, 2016. 384 S., 79 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F