

MittBayNot

Begründet 1864

1|2017

Januar/Februar 2017

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Dr. Katharina Hermannstaller,
Notarassessorin
David Sommer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Bandel:** Das Erbscheinsverfahren beim Vorliegen einer letztwilligen Schiedsverfügung – zugleich Anmerkung zu OLG Celle 1
- **Wälzholz:** Aktuelle Fragen der Grunderwerbsteuer in der notariellen Gestaltungspraxis 9
- **Weber:** Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil II: Risiken und Gestaltungsfragen 22

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Cramer** zu **BGH:** Unwirksamkeit von Abnahmeklauseln für Nachzügler-Erwerber in Bauträgerverträgen 41
- **Grziwotz** zu **OLG München:** Anwendbarkeit der MaBV bei Eigentumsübertragung durch Dritten 47
- **Rapp** zu **OLG Frankfurt a. M.:** Keine Grundbuchberichtigung wegen nicht zugeordneten Sondernutzungsrechts 51
- **Krauß** zu **BGH:** Kein Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers wegen Verzugs des früheren Erbbauberechtigten mit den geschuldeten Erbbauzinsen 57
- **Bergschneider** zu **KG:** Kein Anspruch des Versorgungsausgleichspflichtigen auf interne Teilung 67
- **S. Braun** zu **BGH:** Nachweis der Erbfolge durch eigenhändiges Testament gegenüber einer Bank 71
- **Soutier** zu **OLG München** und **OLG Frankfurt a. M.:** Bindung des Nachlassgerichts an die Feststellungen des Prozessgerichts 78
- **Hermanns** zu **KG:** Grenzüberschreitender Formwechsel einer französischen S. à. r. l. in eine deutsche GmbH 87
- **Wolfsteiner** zu **OLG Hamm:** Formerfordernis einer Nachverpfändungserklärung 91
- **Kilian** zu **OLG Hamm:** Reichweite des Nachweises einer notariellen Vollmachtsbescheinigung 94
- **Friz** zu **EuGH:** Steuerfreibetrag bei Schenkungen unter Gebietsfremden 97

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessorin Dr. Katharina
Hermannstaller,
Notarassessor David Sommer

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2017

AUFSÄTZE 1

Bandel: Das Erbscheinsverfahren beim Vorliegen einer letztwilligen Schiedsverfügung – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 10.12.2015, 6 W 204/15 (nachstehende Entscheidung Nr. 14) 1

Wälzholz: Aktuelle Fragen der Grunderwerbsteuer in der notariellen Gestaltungspraxis 9

Weber: Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil II: Risiken und Gestaltungsfragen 22

BUCHBESPRECHUNGEN 31

Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns: Handbuch GmbH & Co. KG (**Wälzholz**) 31

Wicke: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) (**S. Braun**) 32

Diehn: Notarkostenberechnungen (**Sikora**) 33

RECHTSPRECHUNG 35

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Unwirksamkeit von Abnahmeklauseln für Nachzügler-Erwerber in Bauträgerverträgen (BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15) mit Anmerkung **Cramer** 35
41

2. Verhinderung des Sachmängelhaftungsausschlusses durch arglistiges Verschweigen eines von mehreren Verkäufern (BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 150/15) 42

3. Anwendbarkeit der MaBV bei Eigentumsübertragung durch Dritten (OLG München, Urteil vom 17.3.2015, 9 U 1662/11) mit Anmerkung **Grziwotz** 45
47

4. Keine Grundbuchberichtigung wegen nicht zugeordneten Sondernutzungsrechts (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.6.2015, 20 W 54/15) mit Anmerkung **Rapp** 48
51

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Kein Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers wegen Verzugs des früheren Erbbauberechtigten mit den geschuldeten Erbbauzinsen (BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14) mit Anmerkung **Krauß** 52
57

6. Keine Löschung einer einen bedingten Rückübertragungsanspruch im Scheidungsfall sichernden Vormerkung nach dem Tod des Berechtigten (OLG München, Beschluss vom 17.10.2016, 34 Wx 208/16) 59

7. Zulässigkeit der Eintragung eines Vermerks über die Wirksamkeit einer Vormerkung gegenüber den Nacherben (OLG München, Beschluss vom 2.3.2016, 34 Wx 408/15) 61

FAMILIENRECHT

8. Anordnung einer Betreuung trotz erteilter Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14) 63

9. Kein Anspruch des Versorgungsausgleichspflichtigen auf interne Teilung (KG, Beschluss vom 8.3.2016, 13 UF 178/15) mit Anmerkung **Bergschneider** 65
67

ERBRECHT

10. Nachweis der Erbfolge durch eigenhändiges Testament gegenüber einer Bank (BGH, Urteil vom 5.4.2016, XI ZR 440/15) mit Anmerkung **S. Braun** 68
71

11. Keine Vorlage eines Erbscheins zur Eintragung eines Wohnungsrechts bei angeordneter Testamentsvollstreckung im Falle der Ausschlagung des Erbes durch sämtliche Erben (OLG München, Beschluss vom 11.7.2016, 34 Wx 144/16) 73

12. Bindung des Nachlassgerichts an die Feststellungen des Prozessgerichts (OLG München, Beschluss vom 8.3.2016, 31 Wx 386/15) mit Anmerkung **Soutier** 76
78 (zugleich Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.5.2015, 20 W 371/13, nachstehende Entscheidung Nr. 13)

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2017

13. Bindung des Nachlassgerichts im Erbscheinverfahren an prozessgerichtliches Feststellungsurteil (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.5.2015, 20 W 371/13) 79

14. Unzulässigkeit des Erbscheinantrags bei testamentarischer Bestimmung eines Schiedsgerichts (OLG Celle, Beschluss vom 10.12.2015, 6 W 204/15) 82

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Nichteintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum einer GbR stehenden Grundstücks (BGH, Beschluss vom 20.5.2016, V ZB 142/15) 83

16. Grenzüberschreitender Formwechsel einer französischen S. à. r. l. in eine deutsche GmbH (KG, Beschluss vom 21.3.16, 22 W 64/15) mit Anmerkung **Hermanns** 85
87

17. Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses einer KG-Gesellschafterversammlung analog § 179a AktG (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2015, I-10 W 120/15 – Ls.) 89

18. Auswirkungen der Anmeldung einer Gegenstandsänderung auf die Zulässigkeit der Firma (KG, Beschluss vom 31.7.2015, 22 W 45/15 – Ls.) 89

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. Zur Pfändbarkeit des Zustimmungsrechts des Eigentümers auf Löschung einer Grundschuld (OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 18/16) 89

20. Formerfordernis einer Nachverpfändungserklärung (OLG Hamm, Beschluss vom 30.12.2015, I-15 W 536/15) 91
mit Anmerkung **Wolfsteiner** 91

Beurkundungs- und Notarrecht

21. Reichweite des Nachweises einer notariellen Vollmachtsbescheinigung (OLG Hamm, Beschluss vom 10.3.2016, I-15 W 45/16) 93
mit Anmerkung **Kilian** 94

Kostenrecht

22. Grundbuchkosten der Zuordnung eines Sondernutzungsrechts (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.6.2016, 3 W 59/16) 96

Öffentliches Recht

23. Berücksichtigung der Dauertestamentsvollstreckung bei Kindergeld (BSG, Urteil vom 17.2.2015, B 14 KG 1/14 R – Ls.) 97

24. Abhängige Beschäftigung eines in Familiengesellschaft tätigen Fremdgeschäftsführers (LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19.3.2015, L 6 KR 41/11 – Ls.) 97

Steuerrecht

25. Steuerfreibetrag bei Schenkungen unter Gebietsfremden (EuGH, Urteil vom 8.6.2016, C-479/14 – Ls.) 97
mit Anmerkung **Friz** 97

26. Ansatz des Meistgebots als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer (BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 27/14) 99

27. Annahme einer freigebigen Zuwendung bei disquotaler Erbauseinandersetzung – Beginn der Festsetzungsfrist bei unterbliebener Anzeige (FG Münster, Urteil vom 22.10.2015, 3 K 1776/12 Erb – Ls.) 101

SONSTIGES 102

Hinweise für die Praxis 102

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes

Veranstaltungshinweise 106

Neuerscheinungen 108

STANDESNACHRICHTEN 109

AUFsätze

Das Erbscheinverfahren beim Vorliegen einer letztwilligen Schiedsverfügung

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 10.12.2015, 6 W 204/15¹

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügung angeordnet werden, die Vorschriften des Schiedsverfahrens (10. Buch der ZPO) entsprechend. Einordnung, Voraussetzungen, Bedeutung und Reichweite solcher letztwilliger Schiedsverfügungen sind stark umstritten und obergerichtlich wenig geklärt. Das OLG Celle wagte nun zu mehreren Streitpunkten im Zusammenhang mit dem Erbscheinverfahren vor staatlichen Gerichten klare, nur sehr kurz begründete Aussagen, die scheinbar die Schiedsgerichtsbarkeit in Nachlasssachen und die Testierfreiheit stärken.

Die Konsequenzen dieser Entscheidung sind jedoch wenig erfreulich. Die letztwillige Schiedsverfügung verbaut die Möglichkeit, den Rechtsstreit über die Erbenstellung kostengünstig im Erbscheinverfahren klären zu lassen, dieses wird vielmehr „unzulässig“. Trotz dieses erheblichen Eingriffs in bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten hält das Gericht die nachträgliche einseitige Anordnung einer solchen Schiedsverfügung auch nicht für eine Verfügung, die bestehende wechselbezügliche oder erbvertraglich bindende Verfügungen beeinträchtigt.

Dies darf nicht das letzte Wort sein. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass andere OLG und der BGH ebenfalls die Chance erhalten, solche Sachverhalte zu entscheiden.

I. Schiedsgerichtsbarkeit im Erbrecht

Obwohl das Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (SchiedsVfG) mit Wirkung zum 1.1.1998 das Schiedsverfahren im 10. Buch der ZPO umfassend neu regelte, blieb der Text des § 1066 ZPO (zuvor § 1048 ZPO a. F.) unverändert.² Statt der Klärung von Streitfragen ergaben sich hierdurch neue zusätzliche Probleme, da der Verweis zwar unverändert, die Vorschriften, auf die verwiesen wurde, jedoch neu und erheblich umfangreicher waren. Dennoch oder vielleicht gerade deshalb führte die Neuregelung zu einer gesteigerten

Zahl wissenschaftlicher Abhandlungen³ und wohl auch zu einer Mehrung von Fällen, in denen Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart bzw. verfügt wurde und damit letztlich auch langsam zu einer Zunahme von Entscheidungen⁴ in diesem Bereich.

Rechtlich gesichert ist, dass erbrechtliche Streitigkeiten in großem Umfang schiedsfähig sind, die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte nicht nur durch Schiedsvereinbarung gemäß § 1029 ZPO, sondern auch durch einseitige Schiedsverfügung abbedungen und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsspruch, der gemäß § 1055 ZPO in seinen Wirkungen dem Urteil eines Gerichts gleichsteht, begründet werden kann. Die Form der Schiedsverfügung des Erblassers richtet sich nicht nach § 1031 ZPO entsprechend, sondern nach den Formvorschriften des Erbrechts, nämlich insbesondere §§ 2231, 2247, 2267 und 2276 BGB bzw. international nach Art. 27 f. EU ErbRVO bzw. dem Haager Testamentsformübereinkommen vom 5.10.1961.⁵

3 Z. B. *Bandel*, Schiedsklauseln in Testamenten und Erbverträgen, NotBZ 2005, 381; *Haas*, Letztwillige Schiedsverfügungen i. S. d. § 1066 ZPO, ZEV 2007, 49; *Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, Berlin 2007; *Lange*, Letztwillig angeordnete Schiedsklauseln, ZP 128 (2015), 407; *Mankowski*, Erbrechtliche Schiedsgerichte in Fällen mit Auslandsbezug und die EuErbVO, ZEV 2014, 395; *Muscheler*, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, 317; *Otte*, Die Zulässigkeit testamentarischer Schiedsgerichte, in Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft: Jubiläums-FS des Rheinischen Notariats, 1998, 241 ff. (zit.: *Otte* in Notar und Rechtsgestaltung); *Pawlytta*, Erbrechtliches Schiedsgericht und Pflichtteilsrecht, ZEV 2003, 89 ff.; *Schulze*, Letztwillig eingesetzte Schiedsgerichte, MDR 2000, 314; *Wagner*, Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren, in FS Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001, 535; *Wegmann*, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Nachlasssachen, ZEV 2003, 20; *Werner*, Das Schiedsverfahren als Instrument zur Lösung erbrechtlicher Streitigkeiten, ZEV 2011, 506.

4 Neben der eingangs genannten Entscheidung insbesondere BayObLG, Beschluss vom 14.2.2001, 1 Z BR 116/99, FamRZ 2001, 871, 872; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.7.2009, 11 Wx 94/07, NJW 2010, 688; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 4.5.2012, 8 U 62/11, ZEV 2012, 665 (Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt: BGH, IV ZR 189/12); LG Hechingen, Beschluss vom 7.12.2000, 3 T 15/96, FamRZ 2001, 721; LG Heidelberg, Urteil vom 22.10.2013, 2 O 128/13, ZEV 2014, 310.

5 Vgl. zum Verhältnis des Haager Abkommens zu Art. 27 f. EU ErbRVO MünchKomm-BGB/*Dutta*, ErbRVO, 6. Aufl. 2015, Art. 27 Rdnr. 1 ff.

1 MittBayNot 2017, 82 (in diesem Heft, nachstehende Entscheidung Nr. 14).

2 Zur historischen Einordnung der Vorschrift vgl. *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren, Gestaltungsmöglichkeiten, Berlin 2014 (zit. *Dawirs*, Gestaltungsmöglichkeiten), S. 36 ff.

Unstreitig ist auch, dass eine Kompetenz des Schiedsgerichts, einen Erbschein, ein Testamentvollstreckerzeugnis oder ein Europäisches Nachlasszeugnis zu erlassen oder zumindest den Erlass eines solchen zu verfügen, nicht begründet werden kann.⁶

Soweit ein Schiedsspruch zwischen den Parteien gemäß § 1055 ZPO Rechtskraft entfaltet, bindet er allerdings jedenfalls nach rechtskräftiger Vollstreckbarerklärung das Nachlassgericht in seiner Entscheidung.⁷

II. Die Entscheidung des OLG Celle: Einordnung und Kritik

Das OLG Celle hat mit seiner Entscheidung in fünf Leitsätzen mehrere Streitfragen entschieden.

1. Bei letztwilliger Verfügung schiedsrichterlicher Entscheidung eines Erbprätendentenstreits ist ein Erbscheinsantrag unzulässig, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat.
2. Eine solche Verfügung ist nicht nach § 2065 Abs. 1 BGB unwirksam.
3. Eine solche Verfügung des überlebenden Ehegatten beeinträchtigt nicht die bindende Erbeinsetzung eines Erben durch ihn in dem gemeinschaftlichen Testament mit seinem vorverstorbenen Ehegatten.
4. Der Erblasser kann die Benennung der Schiedsrichter einem Dritten überlassen.
5. Es spricht vieles dafür, dass die Schiedsgerichtsklausel nicht nur auf Rüge eines Beteiligten vom staatlichen Gericht zu beachten ist.

Insbesondere die Leitsätze 1, 3 und 5 stehen im Widerspruch zur bisher vorherrschenden Meinung oder zumindest der publizierten Rechtsprechung. Deshalb verwundert die Kürze der Begründung. Die Leitsätze 2 und 4 sprechen hingegen Selbstverständlichkeiten aus, geben angesichts der gerichtlichen Erwägungen dennoch Anlass zur Kommentierung. Im Einzelnen:

1. Das Schiedsgericht als Dritter im Sinne von § 2065 BGB

Der Hinweis, dass eine Schiedsverfügung nicht dazu führen darf, die Regelung des § 2065 BGB außer Kraft zu setzen, wonach der Erblasser die Entscheidung darüber, ob sein Testament gelten soll, nicht einem Dritten übertragen kann, und auch grundsätzlich selbst die Person, die eine Zuwendung erhalten soll und den Gegenstand der Zuwendung bestimmen

muss, findet sich seit bald hundert Jahren in jeder Abhandlung und Entscheidung zur Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen.⁸ Bei Lichte betrachtet hat sie mit der Zulässigkeit von Schiedsverfahren gar nichts zu tun, sondern mit der Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts. Hierzu als Beispiel einschlägige unzulässige Formulierungen:

- Drittbestimmung des Erben im Testament:
Meine Erbschaft soll die Person bzw. sollen die Personen erhalten, die das Schiedsgericht/das Nachlassgericht/das einen Erbstreit entscheidende Gericht nach freiem Ermessen bestimmt.
- Gültigkeitsentscheidung:
Meine Nachlassverteilung habe ich vollständig und ausschließlich in der Videobotschaft vom ... (Angabe zum Fundort) geregelt. Das Schiedsgericht/das Nachlassgericht/das einen Erbstreit entscheidende Gericht hat gemäß diesen Vorgaben zu entscheiden.

Unter der Anwendung deutschen Sachrechts ist es zweifelsfrei, dass die erste Verfügung gegen § 2065 Abs. 1 BGB verstößt und deshalb unwirksam ist und das Testament in einer Videobotschaft gemäß §§ 125, 2231 BGB formnichtig ist. Dabei ist es völlig gleichgültig, welcher Person oder Instanz die Entscheidung hierüber zugewiesen ist. Findet sich kein anderer, formgültig formulierter und inhaltlich zulässiger letzter Wille des Erblassers, bestimmt in diesem Fall ausschließlich die gesetzliche Erbfolge gemäß §§ 1923 ff. BGB den Erbfall, und genau dies hat die Instanz, die zur Entscheidung hierüber berufen ist, im Schiedsspruch, in der Verfügung des Erbscheins oder im streitentscheidenden Urteil festzustellen.

Bedeutsam für die Kompetenz des Schiedsgerichts kann dies überhaupt nur werden, wenn die Schiedsverfügung gemeinsam mit der ungültigen letztwilligen Verfügung, d. h. in der Regel im selben Dokument, errichtet wurde. Ist das Dokument insgesamt formnichtig, so ist es auch die Schiedsverfügung mit der Folge, dass dem Schiedsgericht die Kompetenz fehlt und sich ein bereits konstituiertes Schiedsgericht gemäß § 1040 Abs. 1 Satz 1 ZPO für unzuständig erklären muss, wenn es nicht aus anderen Gründen (Vereinbarung der streitenden Parteien gemäß § 1029 ZPO, rügelose Einlassung gemäß § 1040 Abs. 2 ZPO) eine neue Kompetenzgrundlage erhält.⁹

Ist das Dokument formgültig, jedoch die letztwillige Verfügung zum materiellen Erbrecht ganz oder teilweise unwirksam, so ist nach dem Rechtsgedanken der § 2085 BGB und § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Schiedsverfügung nur dann unwirksam, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die

6 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 14.2. 2001, 1 Z BR 116/99, FamRZ 2001, 873, 874; LG Hechingen, Beschluss vom 7.12.2000, 3 T 15/96, FamRZ 2001, 721, 723; Lange, ZZZ 128 (2015), 407, 426; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 1937 Rdnr. 11; Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit und freiwillige Gerichtsbarkeit, in Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, S. 97 f.

7 Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 1066 Rdnr. 2; Zöller/Geimer, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 1066 Rdnr. 20.

8 Vgl. nur RG, Urteil vom 27.9.1920, IV 2/20, RGZ 100, 76, 78; Groll/Grötsch, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl. 2015, B XIV Rdnr. 49 ff.; Kohler, DNotZ 1962, 125, 129; MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 1937 Rdnr. 37; Schiffer, BB 1995, Beilage 5 Satz 2, 5; Schulze, MDR 2000, 314, 315 f.; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 32 Rdnr. 26.; Staudinger/Otte, Bearb. 2008, vor §§ 1937-1941 Rdnr. 10; Utz, MittRhNotK 1984, 69, 77 f.

9 Nimmt das Schiedsgericht seine Zuständigkeit in diesem Fall zu Unrecht an, kann der Schiedsspruch analog § 1059 Abs. 2 Nr. 2a) ZPO aufgehoben werden, Lange, ZZZ 128 (2015), 407, 420.

unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde,¹⁰ was im Einzelfall durchaus denkbar ist.

Fazit: § 2065 Abs. 1 BGB sollte im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens gar nicht mehr diskutiert werden, sondern allein in Bezug auf die materielle Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung und damit, nach welchen Kriterien das grundsätzlich zuständige Schiedsgericht hierüber zu entscheiden hat.

Die Diskussion zum § 2065 Abs. 1 BGB im Schiedsverfahren verdeckte die erst in letzter Zeit stärker ans Licht tretende Problematik, ob und in welchem Umfang ein Schiedsgericht bei seiner Entscheidung an das materielle deutsche Erbrecht gebunden ist und von dieser Bindung gemäß § 1066 i. V. m. § 1051 Abs. 1 und 3 ZPO befreit werden kann. Die Frage harrt noch der vertieften Klärung, doch dürfte im Ergebnis klar sein, dass zwingendes Erbrecht – und somit auch § 2065 BGB – nicht über den Umweg der Schiedsgerichtsbarkeit zur Disposition des Erblassers oder der Parteien des Schiedsverfahrens gestellt werden kann, weshalb die Ermächtigung zur Billigkeitsentscheidung nach § 1051 Abs. 3 ZPO nur soweit reicht, wie im materiellen Erbrecht die Drittscheidung nach Billigkeit zulässig ist.¹¹ Dies lässt sich sogar mit § 1066 ZPO begründen, wenn man die „Anordnung in gesetzlich statthafter Weise“ nicht nur auf die Begründung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts, sondern auch auf dessen Befugnis, über die rechtlichen Kriterien der Entscheidung zur Sache zu bestimmen, bezieht. Nimmt man die Testierfreiheit des Erblassers als Grundlage jeder Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO, so hat dies eben nicht nur Auswirkungen auf die Möglichkeit, Erbsachen einseitig der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, sondern auch auf die Entscheidungskriterien, nach denen das

Schiedsgericht zu entscheiden hat.¹² Um dies auch rechtlich durchzusetzen, bleibt nichts anderes übrig, als einem Schiedsspruch, der diese Vorgaben verletzt, gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2. b) ZPO wegen eines Ergebnisses die Anerkennung zu versagen, das der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) widerspricht. Dies dürfte übrigens auch nicht anders sein, wenn man das Schiedsverfahren für unzulässig hält, denn die anderen Aufhebungsgründe des § 1059 ZPO sind allesamt schwächer und stehen zur Disposition der streitenden Parteien.¹³

Klargestellt sei hierzu noch, dass es nicht darum geht, ob die Sachentscheidung richtig oder falsch ist (Fehler passieren auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit), sondern dass sie wegen offener Missachtung zwingender erbrechtlicher Grundsätze falsch ist. Bloße Fehlentscheidungen des Schiedsgerichts unterliegen keiner gerichtlichen Nachprüfung.

In Bezug auf die Rechtswahl im Sinne von § 1051 Abs. 1 ZPO dürfte mit dem Inkrafttreten der EuErbRVO das Abgrenzungsproblem zwischen Erbrecht einerseits und Schiedsrecht andererseits zugunsten eines Vorrangs des Erbrechts entschieden worden sein, da die EuErbRVO nicht durch einfaches deutsches Gesetz verändert werden kann. So regeln die Zulässigkeit einer Rechtswahl ausschließlich Art. 22, 25 EuErbRVO und nicht § 1051 Abs. 1 ZPO, d. h. eine Rechtswahl ist nur sehr eingeschränkt möglich.¹⁴ Auch eine Ermächtigung zur Entscheidung nach Billigkeit ist nur insoweit möglich, als diese die zwingenden Rechtsnormen des nach der EuErbRVO anwendbaren Rechts berücksichtigen muss.¹⁵

2. Die Zulässigkeit der Schiedsrichterernennung durch Dritte

Ebenso wie die Schiedsvereinbarung im Sinne von § 1029 ZPO ist die letztwillige Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO von sonstigen Regelungen zum Schiedsverfahren, die man in Anlehnung an den Terminus Schiedsverfahrensvereinbarungen¹⁶ als letztwillige Schiedsverfahrensverfügungen bezeichnen kann, zu unterscheiden. Dies bedeutet, dass vom Erblasser kein Schiedsrichter benannt werden muss. Fehlen Regelungen hierzu, gelten gemäß § 1066 ZPO die §§ 1034 ff. ZPO entsprechend. Diese gewähren den Parteien des Schiedsverfahrens weitgehende Dispositionsbefugnisse, werden diese nicht genutzt und/oder erfolgt die Schiedsrichterbestellung nicht nach den dortigen Regeln, so entscheidet gemäß § 1034 Abs. 1 Satz 2 ZPO ein Dreierschiedsgericht; nicht benannte Schiedsrichter benennt gemäß §§ 1034 f. ZPO das nach

10 *Bandel*, NotBZ 2005, 381, 383 f.; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand 1.2.2016, § 2085 Rdnr. 5-6.

11 Ausdrücklich gegen eine Wahl ausländischen Rechts und gegen die Ermächtigung zu Billigkeitsentscheidungen *Dawirs*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 179 ff. (nur zur Billigkeitsentscheidung); *Nieder/Kössinger*, Handbuch zur Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 330; vgl. allgemein *Junker* in FS Sandrock, 443, 459 f.; *Martiny* in FS Schütze, 529, 541 f.; MünchKomm-ZPO/*Münch*, 4. Aufl. 2014, § 1051 Rdnr. 18 ff. und 55 ff. m. w. N.; speziell zu § 2065 BGB *Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 419; *Otte* in Notar und Rechtsgestaltung, 241, 256, mit Nachweisen zu Fundstellen, die ohne jede nähere Erörterung auch Billigkeitsentscheidungen des Schiedsgerichts im Bereich des Erbrechts für möglich halten; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 1051 Rdnr. 8, 11; *Wagner* in FS Ekkehard Schumann, 535, 552; deutlich liberaler zu den Grenzen der Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1, 3 ZPO *Musielak/Voit*, ZPO, § 1051 Rdnr. 3. Da dieser aber eine Umgehung des § 2065 BGB auch für ausgeschlossen hält, ist die Konsequenz seiner Lösung, dass mit der Verletzung zwingender erbrechtlicher Vorschriften die Entscheidung des Schiedsgerichts gegen den *ordre public* verstößt, vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 4.5.2012, 8 U 62/11, ZEV 2012, 665, 666 (Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt: BGH, IV ZR 189/12): „Der Wirksamkeit der Klausel steht nicht entgegen, dass die Schiedsrichter nach billigem Ermessen zu entscheiden haben, soweit nicht zwingende prozess- und materiellrechtliche Bestimmungen (sic!) entgegenstehen.“ Liberaler z. B. *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1051 Rdnr. 6 und § 1066 Rdnr. 17.

12 Ebenso *Lange*, ZJP 128 (2015), 407, 419, allerdings mit der schiefen Formulierung, dass „die Zulässigkeit des Schiedsgerichts (?) durch § 2065 BGB begrenzt wird“.

13 Stärker wirken würde nur die Annahme, dass ein solcher Verstoß zu einem Nicht-Schiedsspruch führt, das trotzdem tätige Schiedsgericht also eine von Anfang an wirkungslose Entscheidung trifft. Davon geht jedoch niemand aus.

14 Umfassend zur Rechtswahl *Kroll-Ludwigs*, notar 2016, 75.

15 *Lübcke*, GPR 2015, 111, 116; *Mankowski*, ZEV 2014, 395, 399 f.

16 Vgl. allgemein *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1029 Rdnr. 11; auch Regelungen zur Zahl der Schiedsrichter und zu deren Benennung sind Verfahrensvereinbarungen, vgl. *Musielak/Voit*, ZPO, § 1034 Rdnr. 2 und § 1035 Rdnr. 2.

§ 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuständige OLG.¹⁷ Die entsprechende Anwendung der §§ 1034 ff. ZPO gemäß § 1066 ZPO bedeutet, dass der Erblasser entsprechend § 1034 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Zahl der Schiedsrichter bestimmen und entsprechend § 1035 Abs. 1 ZPO das Verfahren zur Bestellung des Schiedsrichters oder der Schiedsrichter letztwillig verfügen kann. Prozessual bindet das die Parteien nur insoweit, als sie nur einvernehmlich etwas anderes vereinbaren können.¹⁸

In dem vom OLG Celle entschiedenen Fall hat die Erblasserin einen Verein für das Schiedsverfahren bestimmt, der „ausweislich seines Internetauftritts ... nach Einreichung der Klage bei seiner Bundesgeschäftsstelle einen oder mehrere Schiedsrichter aus seiner bundesweiten Liste benennt“. Dies ist ohne Frage ein Verfahren im Sinne von § 1035 Abs. 1 ZPO und damit eine zulässige Schiedsverfahrensverfügung; alle Erwägungen des OLG Celle zum materiellen Erbrecht sind hier überflüssig und führen höchstens in die Irre. Sie hätten ihren Platz bei der Entscheidung zu § 2289 BGB gehabt (Leitsatz 3, siehe unten Ziffer 4.).

3. Die Auswirkung der Schiedsverfügung auf das Verfahren vor dem Nachlassgericht

Soweit es sich um Streitigkeiten handelt, die das Erbrecht oder die Stellung des Testamentsvollstreckers betreffen, werden diese in Deutschland überwiegend im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgetragen. Die gleichzeitige Zuständigkeit des Prozessgerichts ist zwar nicht aufgehoben¹⁹ und ein anhängiger Rechtsstreit darf auch nicht gemäß § 148 ZPO wegen Anhängigkeit eines Erbschein- oder Testamentsvollstreckerverfahrens ausgesetzt werden²⁰, doch ist es zweifelhaft und gerichtlich noch nicht endgültig geklärt, welche Auswirkungen ein anhängiges Schiedsverfahren auf ein laufendes FG-Verfahren hat. Für ein noch nicht anhängiges Schiedsverfahren hat das BayObLG entschieden, dass das Nachlassgericht sein Verfahren ohne Verzögerung durchzuführen hat und eine Schiedsklausel daran nichts ändert.²¹ Deshalb ist es mehr als erstaunlich, dass das OLG Celle nun einen erteilten Erbschein eingezogen hat mit der Begründung, der Streit um das Erbrecht müsse im Schiedsverfahren geklärt werden, obwohl ein solches nicht anhängig war.²² Der Erb-

scheinsantrag sei „unzulässig, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat.“

Obiter dictum soll dies sogar dann der Fall sein, wenn im Erbscheinverfahren keine Schiedseinrede erhoben wird.²³ Die Begründung für die Berücksichtigung von Amts wegen lautet: „Die Beteiligten könnten den Erblasserwillen hintergehen, indem im Erbscheinverfahren niemand sich auf das Schiedsgericht beriefe.“ Die Begründung für die Unzulässigkeit des Erbscheinantrags lautet: „Die Erteilung eines Erbscheins durch die staatlichen Gerichte unterliefe, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat, die wirksame Schiedsgerichtsklausel in dem Testament.“

Kurz und überraschend, das OLG Celle meint, der Erblasserwille gehe allen gesetzlichen Normen vor und müsse vom Nachlassgericht auch gegen den Willen der Parteien dadurch prozessual durchgesetzt werden, dass man die Erteilung des für die Nachlassabwicklung notwendigen Erbscheins von der vorherigen Durchführung eines Schiedsverfahrens jedenfalls dann abhängig macht, wenn das Erbscheinverfahren streitig ist. Damit ignoriert es die von ihm selbst postulierte Gleichwertigkeit der Verfahren vor dem staatlichen Gericht und dem Schiedsgericht, denn es hat noch nie jemand behauptet, dass die Möglichkeit, vor dem staatlichen Gericht zu klagen, den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins unzulässig macht. Vielmehr ist das Nebeneinander der beiden Verfahren gesetzlich geregelt. Aus § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG ergibt sich für das Nachlassgericht das Recht (Ermessensentscheidung), das Verfahren aus wichtigem Grund auszusetzen, insbesondere wenn die Entscheidung ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Verfahrens bildet. Diese Aussetzung ist für den Antragsteller eine einschneidende Maßnahme.²⁴ Das vorgreifliche Verfahren muss *anhängig* sein. Eine Aussetzung des Verfahrens mit der Aufforderung an die Beteiligten ein Verfahren über die Vorfrage anhängig zu machen, ist nicht zulässig.²⁵ Bei Rechtshängigkeit einer relevanten Klage vor dem Prozessgericht wird dem Nachlassgericht in der Literatur regelmäßig ein Recht auf Aussetzung zugestanden, eine diesbezügliche Pflicht hingegen nur unter Einschränkungen statuiert.²⁶ In Bezug auf ein anhängiges Schiedsverfahren wird eine Aussetzungspflicht noch fragwürdiger, wenn man mit der herrschenden Meinung einen Schiedsspruch im FG-Verfahren erst dann für beachtlich hält, wenn er rechtskräftig

17 *Dawirs*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 132 f.

18 *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1051 Rdnr. 6 und § 1066 Rdnr. 16b zur Bindung der Parteien an die Schiedsverfügung.

19 Vgl. *Palandt/Weidlich*, vor § 2353 Rdnr. 6.

20 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 30.4.1998, 1 Z BR 187/97, FamRZ 1999, 334, 335; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 39 III (S. 1019).

21 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 14.2.2001, 1 Z BR 116/99, FamRZ 2001, 871, 872; weitergehend LG Hechingen, Beschluss vom 7.12.2000, 3 T 15/96, FamRZ 2001, 721, 723, das einer Schiedsklausel im Erbscheinverfahren jede Bedeutung abspricht. Dessen Argumentation zur fehlenden Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten um die Erbenstellung führt allerdings in die Irre; explizit a. A. *Musielak/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 2, der verlangt, dem Antragsteller müsse in jedem Fall aufgegeben werden, eine Entscheidung durch das Schiedsgericht herbeizuführen, um sein Erbrecht glaubhaft zu machen.

22 OLG Celle, Beschluss vom 10.12.2015, 6 W 204/15, NJW-RR 2016, 331.

23 Zustimmung *Musielak/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 2; sehr kritisch zu Recht hingegen *Wendt*, ErbR 2016, 248, 249, der diesen Teil der Entscheidung als nicht fundiert und auch im Ergebnis nicht überzeugend bewertet.

24 *Zöller/Geimer*, ZPO, § 21 FamFG Rdnr. 1.

25 BeckOK-FamFG/*Burschel*, 20. Edition 1.8.2016, § 21 Rdnr. 12.

26 Vgl. *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 11. Aufl. 2015, § 21 Rdnr. 1; *Lange/Kuchinke*, a. a. O., § 39 III, S. 1019; MünchKomm-BGB/J. *Mayer*, 6. Aufl. 2013, § 2359 Rdnr. 31; für eine Übertragung dieser Grundsätze *Schlosser*, Schiedsgerichtsbarkeit, 97, 110; explizit für eine Pflicht zur Aussetzung *Lange*, Erbrecht, § 78 Rdnr. 53; *Musielak/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 2.

für vollstreckbar erklärt wurde.²⁷ Man wird die Pflicht jedoch annehmen müssen, wenn aufgrund der Identität der streitenden Parteien der im anhängigen Verfahren beantragte rechtskräftige Schiedsspruch den Streit auch für das Erbscheinverfahren bindend entscheiden würde. Das Aussetzungsermessen des Nachlassgerichts ist in diesem Fall auf Null reduziert.

Das OLG Celle geht, ohne die Norm zu erwähnen, scheinbar davon aus, dass die Schiedsverfügung schon aus sich heraus ein wichtiger Grund sei, weil des Erblassers Wille verwirklicht werden müsse. Es schützt damit den Beschwerdeführer, der es bis in die Beschwerdeinstanz hinein nicht für nötig hielt, ein Schiedsverfahren anhängig zu machen und laut Entscheidungsgründen kaum in der Lage war, mit ausreichender Deutlichkeit die Schiedseinrede zu formulieren. Der Erblasserwille ist aber ganz sicher kein ausreichender Grund, von der gesetzlichen Vorgabe des § 21 Abs. 1 FamFG abzuweichen, denn ein Grundsatz des Schiedsverfahrens ist es, dass es zu jedem Zeitpunkt zur Disposition der streitenden Parteien steht.²⁸ Deswegen ist das Erfordernis der Schiedseinrede gemäß § 1032 ZPO auch im Fall der Schiedsverfügung zu beachten.²⁹ Mit seiner Entscheidung hat das OLG Celle zudem gegen die Regel verstoßen, dass die Zuständigkeitsrüge der Schiedsvereinbarung gemäß § 1032 ZPO in jeder Instanz rechtzeitig erhoben werden muss, d. h. bereits in der 1. Instanz.³⁰ Die laut Sachverhalt erst in der Beschwerdeinstanz erstmals erhobene Schiedseinrede hätte deshalb selbst dann nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn man § 1032 ZPO auf das Erbscheinverfahren anwenden würde.

Die Wertung des § 21 Abs. 1 FamFG zeigt vielmehr, dass nicht die Möglichkeit eines anderen Entscheidungsverfahrens, sondern nur dessen Anhängigkeit ein wichtiger Grund ist, das Erbscheinverfahren auszusetzen (auch dann ist es nicht unzulässig!). Die Aussetzung ist Ermessensentscheidung. Maßgeblicher Faktor für die Ausübung des Ermessens ist vor allem die Prüfung, ob den Beteiligten die durch die Aussetzung bewirkte Verfahrensverzögerung zugemutet werden kann.³¹ Gerade das Verfahren des OLG Celle zeigt, dass durch die Aussetzung der Beschwerdeführer die Erteilung eines Erbscheins maßgeblich verzögern oder behindern kann, ohne selbst Schritte zu ergreifen, um das Schiedsverfahren einzuleiten. Ohne Erbschein ist aber die Nachlassabwicklung erheblich blockiert. So wird die Schiedsverfügung für den Antragstel-

ler zum Zwang, ein Streitiges Verfahren mit den Folgen erheblicher Zeitverzögerung und zusätzlicher Kosten³² zu führen, obwohl § 21 Abs. 1 FamFG die Einleitung eines solchen Verfahrens gerade nicht vorsieht und das Gericht hierzu auch nicht auffordern darf.³³ Das hat mit Gleichwertigkeit von staatlichem Verfahren und Schiedsgerichtsverfahren nichts mehr zu tun, sondern hebt das Schiedsverfahren auf eine höhere Ebene, die ihm das Gesetz an keiner Stelle zuweist. Die Gleichwertigkeit der Verfahren gilt vielmehr in beiden Richtungen.

Soweit ein Schiedsspruch zwischen den Parteien gemäß § 1055 ZPO Rechtskraft entfaltet (inter partes), bindet er jedenfalls nach rechtskräftiger Vollstreckbarerklärung das Nachlassgericht wie eine Parallelenentscheidung des staatlichen Gerichts gemäß §§ 322, 325 ZPO in seiner Entscheidung, § 23a Abs. 2 Nr. 2 GVG, §§ 342 ff. FamFG.³⁴ Ohne Vollstreckbarerklärung wird man wegen der Notwendigkeit, dass das Schiedsgericht zwingendes Erbrecht beachtet, wohl verlangen müssen, dass das Nachlassgericht dessen Einhaltung kontrollieren darf. Dies ergibt sich daraus, dass die Aufhebungsgründe des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO auch im Verfahren der Vollstreckbarerklärung stets von Amts wegen zu berücksichtigen sind und nicht gemäß § 1059 Abs. 3 Satz 1 ZPO verfristen.³⁵

Für das Europäische Nachlasszeugnis gelten die vorstehenden Ausführungen in Bezug auf das Erteilungsverfahren in gleicher Weise, da nach § 35 Abs. 1 IntErbRVG auch hier das FamFG anzuwenden ist. Aus der EU ErbRVO ergibt sich nichts anderes. Die EU ErbRVO schließt das Tätigwerden von Schiedsgerichten in ihrem Anwendungsbereich nicht aus, jedoch sind Schiedsgerichte keine Gerichte im Sinne von Art. 3 Abs. 2 EU ErbRVO,³⁶ eine Schiedsvereinbarung ist auch keine Vereinbarung zu einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 8 EU ErbRVO.³⁷

4. Die nachträgliche Schiedsverfügung als Verfügung im Sinne von § 2289 Abs. 1 BGB

Mit der Aussage, dass eine Schiedsverfügung des überlebenden Ehegatten die bindende Erbeinsetzung eines Erben durch ihn in dem gemeinschaftlichen Testament mit seinem vorverstorbenen Ehegatten nicht im Sinne von § 2289 Abs. 1 BGB beeinträchtigt, hat sich das OLG Celle einer äußerst umstrittenen Frage angenommen.³⁸

32 Siehe unten Ziffer II. 4. c).

33 BeckOK-FamFG/Burschel, § 21 Rdnr. 12.

34 *Dawirs*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 61 f.; *Musielak/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 2; *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1066 Rdnr. 20.

35 MünchKomm-ZPO/Münch, § 1059 Rdnr. 59.

36 MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 3 ErbRVO Rdnr. 20.

37 MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 8 ErbRVO Rdnr. 11.

38 Nach bisher h. M. beeinträchtigt eine angeordnete Schiedsverfügung den Bedachten i. S. v. § 2289 Abs. 1 BGB, vgl. OLG Hamm, Urteil vom 8.10.1990, 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455, 456; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2289 Rdnr. 10b; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1937 Rdnr. 30; nur zu § 2306 BGB BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand 1.8.2015, § 2306 Rdnr. 5a; *Musielak/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 3 zu § 2306 BGB; *Palandt/Weidlich*, § 2289 Rdnr. 5; *Soergel/M. Wolf*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2289, Rdnr. 9; *Wendt*, ErbR 2015, 62, 71; a. A. nun OLG Celle, Beschluss vom 10.12.2015, 6 W 204/15, NJW-RR 2016, 331; *J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, § 2289 BGB Rdnr. 47; *Lange/Kuchinke*, a. a. O., § 32 II.4. c), S. 739; *Staudinger/Otte*, Bearb. 2015, § 2306 Rdnr. 15 und 19; *Werner*, ZEV 2011, 506, 508.

27 Vgl. für das Registerverfahren BayObLG, Beschluss vom 24.2.1984, 3 Z 197/83, BayObLGZ 1984, 45, 48 = BB 1984, 746 = MDR 1984, 494 = WM 1984, 809; a. A. eindeutig *Schlosser*, Schiedsgerichtsbarkeit und freiwillige Gerichtsbarkeit, in *Böckstiegel*, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 97, 101-108, dessen formelle Gleichstellung von Schiedssprüchen mit staatlichen Urteilen (S. 106 Fn. 32) aber sicher zu weit geht.

28 Grundlegend *Haas*, SchiedsVZ 2007, 1, 4, der die Legitimation des § 1066 ZPO darin sieht, dass der einseitig Schiedsunterworfenen diese Bindung abschütteln kann; *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1066 Rdnr. 26 und § 1041 Rdnr. 27a.

29 MünchKomm-ZPO/Münch, 4. Aufl. 2013, § 1066 Rdnr. 24.

30 BGH, Urteil vom 13.1.2009, XI ZR 66/08 (OLG Bremen), NJW-RR 2009, 790, 792 (Rdnr. 29); BGH, Urteil vom 8.2.2011, XI ZR 168/08 (OLG Düsseldorf), NJW-RR 2011, 1188, 1190 (Rdnr. 29); MünchKomm-ZPO/Münch, § 1032 Rdnr. 16.

31 *Musielak/Borth*, FamFG, 5. Aufl. 2016, § 21 Rdnr. 2.

a) Schiedsverfügung als Verfügung im Sinne von §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB

Die umgekehrte Frage, ob eine Schiedsverfügung gemäß § 1066 Alt. 1 ZPO wechselbezüglich bzw. vertraglich bindend vereinbart werden kann, wird von der herrschende Meinung unter Verweis auf §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB mit der Begründung verneint, dass es sich bei der Schiedsverfügung um keine der dort genannten Verfügungen handle.³⁹ Die Gegenmeinung ergab sich aus der Annahme, dass es sich bei der Anordnung des Schiedsgerichts um eine der in §§ 1937-1940 BGB vorgegebenen letztwilligen Verfügungen handeln müsse, weshalb die Anordnung eine Auflage im Sinne von § 1940 BGB sei.⁴⁰ Dies ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend und deshalb überholt.⁴¹ Das Gesetz kennt letztwillige Verfügungen des Erblassers auch außerhalb des Katalogs der §§ 1937-1940 BGB⁴² und die Vorschriften der §§ 2192-2196 BGB passen auf die Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit äußerst schlecht, da deren Hauptwirkung gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO die prozessuale Einrede im staatlichen Gerichtsverfahren ist, die vom Beklagten erhoben werden muss und nicht von sonstigen in § 2194 Satz 1 BGB genannten Personen erzwungen werden kann. Außerdem können Testamentsvollstrecker und Auflagenbegünstigte nicht mit einer Auflage beschwert werden.⁴³ Da die Bindung an letztwillige Verfügungen die Ausnahme ist und der Gesetzgeber die Wahl des anzuwendenden Erbrechts erst kürzlich⁴⁴ als vierte Verfügung dieser Ausnahme zugeordnet hat, ohne weitere Ergänzungen überhaupt nur zu erwägen, ist es sicher zutreffend, die Schiedsverfügung nach § 1066 ZPO dieser Kategorie nicht zuzuordnen, auch wenn aus der zweifelhaften und umstrittenen Rechtsnatur der Schiedsverfügung unmittelbar keine Sachentscheidungen abgeleitet werden sollten.

b) Schiedsverfügung als Beeinträchtigung bzw. Beschränkung oder Beschwerde im Sinne von §§ 2289 Abs. 1, 2306 Abs. 1 BGB

Deshalb ist der Schluss gewagt, mangels Aufлагeneigenschaft oder mangels konkreter Benennung in § 2306 BGB handele es sich bei der Schiedsverfügung um keine Beschwerde im Sinne der vorgenannten Vorschrift oder des § 2289 BGB, zu-

mal die Rechtsprechung dies bisher anders sah.⁴⁵ Neben diesem Umkehrschluss aus § 2070 Abs. 3 BGB begründet das OLG Celle seine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung damit, dass anders als die nachträgliche Anordnung von Testamentsvollstreckung⁴⁶ die Schiedsgerichtsklausel die Einsetzung von Erben durch gemeinschaftliches Testament nicht beschränkt, weil die Klärung der Streitfrage, ob diese Erbinsetzung bindend war, durch ein Schiedsgericht denselben Wert hat wie durch ein staatliches Gericht. Entscheidendes Argument ist also die Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens.

Würde das OLG Celle seine sonstigen Entscheidungssätze ernstnehmen, dürfte es meines Erachtens schon aus diesen Gründen die beschränkende/beeinträchtigende⁴⁷ Wirkung der Schiedsverfügung nicht verneinen. Schließlich verhindert diese nach den Entscheidungsleitsätzen eins und fünf gerade anders als die Möglichkeit, vor dem staatlichen Gericht zu klagen, die Durchführung eines Erbscheinverfahrens. Doch auch wenn man dies mit den hier genannten Gründen ablehnt, lässt sich kaum vertreten, dass die Schiedsverfügung die Einsetzung von Erben nicht beeinträchtigt.⁴⁸

Nach Literatur und Rechtsprechung ist eine *Beeinträchtigung* immer gegeben, wenn die andere Verfügung von Todes wegen die erbvertragliche/wechselbezügliche Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder auf andere Art wertlos machen würde.⁴⁹ Nach wohl strengerer Auffassung ist hier auf eine rechtliche Betrachtungsweise abzustellen,⁵⁰ teilweise wird auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise befürwortet,⁵¹ wobei letztere wohl rechtliche Nachteile immer zugleich auch als wirtschaftliche Nachteile sieht.⁵² Die nachträgliche Beschwerde eines letztwillig Begünstigten mit einem

39 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, § 1937 Rdnr. 30; Staudinger/Otte, vor §§ 1937-1941 Rdnr. 6; die Frage wird vielfach nicht explizit beantwortet. Vgl. zur Frage, ob die Schiedsverfügung eine Auflage ist, oben Rdnr. 8.

40 Vgl. Kohler, DNotZ 1962, 125, 127; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2306 Rdnr. 5a (darstellend); a. A. jetzt Nieder/Kössinger, a. a. O., § 15 Rdnr. 331; ausführliche Darstellung zur Historie dieser Auffassung bei Otte in Notar und Rechtsgestaltung, 241, 242-243 und Dawirs, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 36 ff.

41 Eingehend Otte in Notar und Rechtsgestaltung, 241, 243-245; Dawirs, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 40 ff., bezeichnet die Schiedsverfügung deshalb als Klausel sui generis und misst ihre Zulässigkeit an den Grenzen der Testierfreiheit, ohne dass dadurch die Lösung von Einzelfragen vorhersehbarer würde.

42 Z. B. §§ 83, 1777 Abs. 3, §§ 2048, 2197, 2336, 2338 BGB.

43 BeckOK-BGB/Müller-Christmann, Stand 1.8.2015, § 2192 Rdnr. 4; Staudinger/Otte, vor §§ 1937-1941 Rdnr. 7.

44 §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 neu gefasst m. W. v. 17.8.2015 durch Gesetz vom 29.6.2015 (BGBl. I, S. 1042).

45 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 8.10.1990, 8 U 38/90, NJW-RR 1991, 455, 456, das ohne Erörterung der Rechtsnatur davon ausgeht, dass die Schiedsverfügung eine i. S. v. § 2289 Abs. 1 BGB beeinträchtigende Verfügung ist; davon geht auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 4.5.2012, 8 U 62/11, ZEV 2012, 665, 667 f. (Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt: BGH, IV ZR 189/12) aus, wenn es mit umfangreichen Erwägungen feststellt, dass keine Wechselbezüglichkeit vorliegt und der Erblasser bei Anordnung der Schiedsverfügung nicht gebunden war; zur Gegenmeinung siehe oben Fn. 29.

46 Dazu BGH, Urteil vom 14.2.1962, V ZR 92/60 (KG), NJW 62, 912; OLG Köln, Beschluss vom 22.8.1990, 2 Wx 31/90, NJW-RR 1991, 525 Rdnr. 34; OLG München, Beschluss vom 3.6.2008, 34 Wx 029/08, RNotZ 2008, 619; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2289 Rdnr. 10b.

47 Wortlaut § 2289 Abs. 1 Satz 1 BGB: „... soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde.“; dies gilt entsprechend für wechselbezügliche Verfügungen, vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, § 2271 Rdnr. 15; Palandt/Weidlich, § 2271 Rdnr. 12.

48 Ebenso Wendt, ErbR 2016, 248, 249 f.

49 Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 1274.

50 BGH, Urteil vom 8.1.1958, IV ZR 219/57 (Frankfurt a. M.), NJW 1958, 498; BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09 (KG), NJW 2011, 1733; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2289 Rdnr. 7; Firsching/Graf, Nachlassrecht, Rdnr. 1274; MünchKomm-BGB/Musielak, BGB, § 2289 Rdnr. 10; J. Mayer in Reimann/Bengell/J. Mayer, a. a. O., § 2289 BGB Rdnr. 18, 28.

51 Palandt/Weidlich, § 2289 Rdnr. 4.

52 Vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2289 Rdnr. 7.

Vermächtnis oder einer Auflage ist immer eine solche Beeinträchtigung.⁵³

Die Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens mit dem Verfahren vor dem staatlichen Gericht ist zwar zutreffend, doch spielt Gleichwertigkeit weder bei §§ 2289, 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB noch bei der Frage, ob im Sinne von § 2306 BGB eine Beschwerde vorliegt, eine Rolle. Vielmehr gilt für die in diesem Zusammenhang behandelten Verfügungen stets, dass eine Beeinträchtigung oder Beschwerde vorliegt, wenn bestehende Rechte beschnitten oder zusätzliche Pflichten begründet werden. Das ist bei Schiedsverfahren immer der Fall, da diese Nebenpflichten⁵⁴ auslösen, die das Verfahren vor dem staatlichen Gericht nicht kennt. So muss jede Partei mit dem oder den Schiedsrichtern einen Schiedsrichtervertrag abschließen. Im Verfahren des OLG Celle war zusätzlich sogar ein Vertrag mit einer Schiedsinstitution vorgeschrieben.⁵⁵ Die Verpflichtung zum Abschluss von Verträgen kann wiederum letztwillig durch eine Auflage verfügt werden.⁵⁶ Über die Nebenpflichten des Schiedsverfahrens hat die Schiedsverfügung zusätzlich zu ihrer prozessualen Wirkung also in jedem Fall die gleiche belastende Wirkung wie eine Auflage und muss deshalb in gleicher Weise wie diese wirkungslos bleiben, solange sie zu einer erbvertraglich bindenden oder letztwilligen Verfügung nachträglich angeordnet wird. Anders als eine Verfügung nach § 1638 BGB berührt die Schiedsverfügung auch unmittelbar die Rechtsstellung des durch letztwillige Verfügung Begünstigten (insbesondere Erbe oder Vermächtnisnehmer), da er für die verfügte Position der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen wird.

Wegen der Aufлагengleichheit der Nebenpflichten des Schiedsverfahrens ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen auch für § 2306 Abs. 1 BGB, dass ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter, der einer Schiedsverfügung unterworfen wird, den Pflichtteil verlangen kann, wenn er das Erbe ausschlägt. Die Schiedsverfügung ist zwar in dieser Vorschrift als Beschränkung oder Beschwerde nicht genannt, ist aber aus diesem Grund der Beschwerde durch Auflage gleichzustellen.⁵⁷ Pflichtteilsstreitigkeiten sind nach herrschender, wenn auch bestrittener Meinung nicht von der Schiedsverfügung

gemäß § 1066 ZPO erfasst.⁵⁸ Damit wird auch dem von Haas postulierten Gebot, auch Schiedsverfahren auf der Basis des § 1066 ZPO müssten auf der Freiwilligkeit der Schiedspartei basieren,⁵⁹ genüge getan, denn ansonsten würde er mit der Ausschlagung nicht nur die letztwillig verfügte Zuwendung, sondern auch den Pflichtteil verlieren, wäre also in der Wahl gerade nicht mehr frei.

c) Wirtschaftliche Folgen: Kosten des Schiedsverfahrens

Auch wenn es darauf nicht ankommt, sollte auch die wirtschaftliche Auswirkung der Schiedsverfügung nicht ignoriert werden. Nimmt man den vom OLG Celle angegebenen Nachlasswert von 55.000 € als Streitwert für ein durch Urteil beendetes Verfahren in der 1. Instanz, ergibt dies Gerichtskosten nach dem GNotKG in Höhe eines Faktors von 3,0, macht 1.998 €.

Für ein Urteil der Berufungsinstanz werden weitere 2.664 € fällig, für eine Revisionsentscheidung des BGH weitere 3.330 €.

Die im streitigen Verfahren berufene Schiedsinstitution erhält für ihre Tätigkeit eine Verfahrensgebühr (Faktor 1,0 entsprechend GKG), macht 666 €. ⁶⁰

Hinzu kommen beim Einzelschiedsrichter⁶¹ 2,5 Schiedsrichtergebühren (eine Schiedsrichtergebühr entspricht einer 1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG), macht 4.056 €, wahrscheinlich zzgl. 19 % Umsatzsteuern (hängt vom Schiedsrichter ab), d. h. zzgl. 770,65 €. Es ist wenig wahr-

53 J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, a. a. O., § 2289 BGB Rdnr. 37.

54 Vgl. MünchKomm-ZPO/Münch, § 1029 Rdnr. 117-119; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1029 Rdnr. 54, nämlich die Nebenpflicht, alles zur Durchführung des Schiedsverfahrens Erforderliche zu unternehmen.

55 Vgl. zur Bedeutung des Ernennungsrechts eines Dritten für den Schiedsrichtervertrag Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, vor § 1025 Rdnr. 18.

56 Vgl. hierzu und zu anderen Beispielen MünchKomm-BGB/Leipold, BGB, § 1940 Rdnr. 6; Nieder/Kössinger, a. a. O., § 9 Rdnr. 112 ff.

57 A. A. Crezelius in FS Westermann, 161, 171 f., weil die Auflistung abschließend sei.

58 OLG München, Beschluss vom 25.4.2016, 34 Sch 12/15, ZEV 2016, 334, 335 mit zust. Anm. Wendt, ErbR 2016, 484; LG Heidelberg, Urteil vom 22.10.2013, 2 O 128/13, ZEV 2014, 310, 311; vgl. Lange/Kuchinke, a. a. O., § 32 II.4.; differenzierend Lange, ZFP 128 (2015), 407, 424 ff.; J. Mayer, ZEV 2000, 263, 267; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1937 Rdnr. 34; Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 1066 Rdnr. 3; Otte in Notar und Rechtsgestaltung, 241, 251; Schulze, MDR 2000, 314, 316; Schiffer, Erbrechtliche Gestaltung: Möglichkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit, in Böckstiegel, Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, 65, 77, 80; Wendt, ErbR 2015, 62, 72 f.; a. A. Crezelius in FS Westermann, 161, 171 f.; Dawirs, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 52 ff.; Pawlytta, ZEV 2003, 89; Wegmann, ZEV 2003, 20; Zöller/Geimer, ZPO, § 1066 Rdnr. 18; der herrschenden Meinung ist mit der Einschränkung zuzustimmen, dass es nicht um die Schiedsfähigkeit des Pflichtteilsanspruchs aufgrund einseitiger Schiedsverfügung geht, sondern um die Schiedsbindung des Pflichtteilsberechtigten für Pflichtteilsstreitigkeiten, die der Erblasser nicht einseitig durch Schiedsverfügung herbeiführen kann. Den pflichtteilsbelasteten Erben kann er hingegen durch Schiedsverfügung binden, vgl. Bandel, NotBZ 2005, 381, 386.

59 Haas, SchiedsVZ 2007, 1, 4; als „eher gekünstelte Konstruktion“ kritisiert von Crezelius in FS Westermann, 161, 171.

60 Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE) mit Sitz in Heidelberg. Im Internet unter <http://www.dse-erbrecht.de> (Stand April 2016). Dort findet sich auch eine Musterberechnung der Kosten, allerdings nicht nach dem aktuellen RVG.

61 Der Einzelschiedsrichter ist gemäß § 5 Abs. 1 DSE-SchO der Regelfall.

scheinlich, dass die Parteien in einem solchen Streit vorsteuerabzugsberechtigt sind.

Tabellarisch ergibt sich folgender Vergleich:

Kosten Gerichtsverfahren	Kosten Schiedsverfahren
1. Instanz: 1.998 €	666 € + 4.056 € = 4.722 € ggf. + 770,65 € MwSt. = 5.492,65 €
2. Instanz: + 2.664 € = 4.662 €	4.722 € oder 5.492,65 €
3. Instanz: + 3.330 € = 7.992 €	4.722 € oder 5.492,65 €

Das gleichwertige Schiedsverfahren ist ohne Verfahren nach §§ 1059 f. ZPO vor dem staatlichen Gericht also 2.724/3.494,65 € teurer als ein erstinstanzliches Verfahren vor dem staatlichen Gericht, und immer noch 60/830,65 € teurer als ein staatliches Verfahren über zwei Instanzen. Nur wenn das staatliche Verfahren den BGH erreicht, wird es um 2.499,35/3.270 € teurer.

Es ist wenig einleuchtend, wenn ein Vermächtnis oder eine Auflage mit Kosten von wenigen Euro eine Beeinträchtigung oder Belastung im Sinne von § 2289 Abs. 1 Satz 1, § 2306 Abs. 1 BGB ist, die vorstehende wahrscheinliche Mehrbelastung jedoch aufgrund Gleichwertigkeitserwägungen keine solche ist bzw. keiner solchen gleichsteht.

Nur am Rande bemerkt sei, dass das Erbscheinverfahren bei einer Sachentscheidung in der Berufungsinstanz für beide Rechtszüge gerade einmal 384 € gekostet hätte.⁶² Die Fehlentscheidung zur Zulässigkeit des Erbscheinverfahrens kostet die Beteiligten hier also mehr als 5.000 €.

d) Auslegung und Gestaltung letztwilliger Verfügungen

Gemeinsame Testamente und Erbverträge, die wechselbezüglich oder vertraglich bindend eine Erbeinsetzung und/oder Vermächtnisse vorsehen, werden in aller Regel keine Aussage darüber enthalten, ob hierdurch die nachträgliche einseitige Anordnung einer Schiedsverfügung ausgeschlossen werden sollte. Nach den vorstehenden Ausführungen versteht es sich, dass dieses Schweigen den Ausschluss bedeuten muss, auch wenn die Erblasser daran in der Regel nicht gedacht haben dürften. Wer das Gegenteil erreichen will, muss einen diesbezüglichen Änderungsvorbehalt in die letztwillige Verfügung aufnehmen. Für eine diesbezügliche Auslegung müsste sich zumindest eine Andeutung in der letztwilligen Verfügung finden.

In Erbverträgen und gemeinsamen Testamenten kann die nachträgliche einseitige Schiedsverfügung gemäß § 1066

1. Alt. ZPO auch in Bezug auf wechselbezügliche oder vertraglich bindende Verfügungen etwa durch folgende Formulierung ermöglicht werden:⁶³

Die Wechselbezüglichkeit/Bindungswirkung der vorbezeichneten Verfügungen wird dahingehend eingeschränkt, dass jeder Beteiligte berechtigt ist, durch einseitige Schiedsverfügung gemäß § 1066 1. Alt. ZPO alle seine Verfügungen betreffenden Rechtsstreitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen.

III. Ergebnisse

Die Ergebnisse dieses Beitrags lassen sich als Leitsätze wie folgt formulieren:

Auch in Erbsachen sind das Schiedsverfahren und der Schiedsspruch gleichwertig mit dem gerichtlichen Streitverfahren und den Entscheidungen staatlicher Gerichte.

Die Entscheidungszuständigkeit des Schiedsgerichts richtet sich allein danach, ob eine wirksame Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO bzw. eine anderweitige Kompetenzbegründung durch Schiedsvereinbarung gemäß § 1029 BGB oder rügelose Einlassung gemäß § 1040 Abs. 2 ZPO vorliegt. Die Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung zu materiellen Rechtsfragen führt entsprechend § 2085 BGB bzw. § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur dann zu einer Unwirksamkeit der Schiedsverfügung, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Ist danach die Schiedsverfügung unwirksam, stellt das Schiedsgericht dies durch Entscheidung gemäß § 1040 Abs. 1 Satz 1 ZPO fest.

Eine wirksame Schiedsverfügung liegt bereits vor, wenn gemäß § 1066 i. V. m. § 1029 Abs. 1 ZPO der Erblasser durch formwirksame letztwillige Verfügung alle oder einzelne Streitigkeiten, die in Bezug auf die Erbfolge nach ihm künftig entstehen, der Entscheidung eines Schiedsgerichts unterwirft. Weitere Verfügungen zum Schiedsverfahren, insbesondere zur Bestellung von Schiedsrichtern, sind nicht erforderlich, vielmehr gelten hierfür gemäß § 1066 ZPO die Bestimmungen des 10. Buchs der ZPO entsprechend.

Im Erbscheinverfahren ist eine Schiedsverfügung vom Nachlassgericht nicht auf Rüge und schon gar nicht von Amts wegen zu beachten. Es gilt § 21 Abs. 1 FamFG. Ein wichtiger Grund, das Erbscheinverfahren auszusetzen, ist danach erst dann gegeben, wenn ein Schiedsverfahren anhängig ist. Das Aussetzungsermessen des Nachlassgerichts reduziert sich nur dann auf Null, wenn die Streitparteien des Schiedsverfahrens mit den Beteiligten des Erbscheinverfahrens identisch sind mit der Folge, dass der in diesem Verfahren ergehende Schiedsspruch auch das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung bindet.

Solange kein Schiedsverfahren anhängig gemacht wird, hat das Nachlassgericht in der Sache zu entscheiden.

⁶² Je 1,0 Gebühr in der 1. und 2. Instanz nach Kostenverzeichnis Nrn. 12210 und 12220 GNotKG.

⁶³ Änderungsvorbehalt bzw. Freistellungsklausel. Vgl. hierzu allgemein J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, a. a. O., § 2278 BGB Rdnr. 14 ff.; Nieder/Kössinger, a. a. O. § 11 Rdnr. 84-90.

Gleiches gilt für Verfahren zur Erteilung des europäischen Nachlasszeugnisses und des Testamentsvollstreckerzeugnisses.

Das Schiedsgericht hat bei seiner Entscheidung die zwingenden Vorschriften des materiellen Erbrechts zu beachten. Eine Rechtswahl ist nur in den Grenzen der Art. 22, 25 EuErbRVO zulässig, eine Entscheidung nach Billigkeit nur unter Beachtung der zwingenden Vorschriften des materiellen Erbrechts. § 1051 ZPO wird insoweit verdrängt.

Trotz Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens mit dem staatlichen Verfahren ist eine Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO

stets eine Verfügung, die im Sinne von § 2289 Abs. 1 BGB einen vertragsmäßig Bedachten in seinem Recht beeinträchtigt und insoweit unwirksam ist. Ebenso beschwert sie einen Erben im Sinne von § 2306 Abs. 1 BGB mit der Folge, dass er bei Ausschlagung des Erbes den Pflichtteil verlangen kann. Der Pflichtteilsberechtigte kann für Pflichtteilsstreitigkeiten nicht durch Schiedsverfügung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden.

Aktuelle Fragen der Grunderwerbsteuer in der notariellen Gestaltungspraxis

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen

Auch im Jahre 2016 ist das Grunderwerbsteuerrecht wieder dynamischer und entwicklungsreicher gewesen, als man dies im Regelfall annehmen sollte.¹ Gesetzgeber, Rechtsprechung und Finanzverwaltung haben ihr Bestes gegeben, das Grunderwerbsteuerrecht nicht langweilig werden zu lassen. Im Folgenden werden die Themen nach dem Kriterium der Gestaltungsrelevanz für die notarielle Praxis gewichtet und daher dogmatisch interessante Aspekte weggelassen, wenn sie für die Gestaltungspraxis nur von geringer Bedeutung sind. Den Reigen des Beitrags eröffnet der Gesetzgeber, gefolgt von der aktuellen BFH-Rechtsprechung und den Abschluss machen einige beachtliche neue Anweisungen der Finanzverwaltung.

1. Das StÄndG 2015

Durch das Steueränderungsgesetz 2015² wurden auch Änderungen am GrEStG vorgenommen. Zu nennen sind insoweit:

- § 1 Abs. 2a Satz 2 ff. GrEStG – mittelbarer Übergang von Gesellschaftsanteilen auf neue Gesellschafter einer Personengesellschaft;
- § 8 Abs. 2 GrEStG – Bewertung von Grundstücken;
- § 21 GrEStG – Anzeigepflichten des Notars.

Im Einzelnen sind die einzelnen Änderungen wie folgt zu erläutern.

- 1 Der Beitrag beruht auf einem wesentlich gekürzten, überarbeiteten und aktualisierten Vortrag des Verfassers auf der Jahresarbeitstagung des DAI 2016 in Berlin vom 30.9.2016.
- 2 Siehe BGBl. 2015, Teil I Nr. 43, S.1834.

1.1 Neufassung der § 1 Abs. 2a Satz 2 ff. GrEStG – mittelbarer Übergang von Gesellschaftsanteilen auf neue Gesellschafter einer Personengesellschaft

Nach § 1 Abs. 2a Satz 1 wurden folgende Sätze eingefügt:

„²Mittelbare Änderungen im Gesellschafterbestand von den an einer Personengesellschaft beteiligten Personengesellschaften werden durch Multiplikation der Vomhundertsätze der Anteile am Gesellschaftsvermögen anteilig berücksichtigt. ³Ist eine Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt, gelten die Sätze 4 und 5. ⁴Eine unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft gilt in vollem Umfang als neue Gesellschafterin, wenn an ihr mindestens 95 vom Hundert der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen. ⁵Bei mehrstufigen Beteiligungen gilt Satz 4 auf der Ebene jeder mittelbar beteiligten Kapitalgesellschaft entsprechend.“

Durch die gesetzliche Neuregelung des § 1 Abs. 2a Satz 2 bis 4 GrEStG hat der Gesetzgeber die Entscheidung des BFH vom 24.4.2013³ korrigiert.⁴ Der BFH ging in dieser Entscheidung davon aus, dass es an einer klaren Regelung für die Tatbestandserfüllung einer mittelbaren Änderung der Beteili-

3 BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 17/10, BStBl. II 2013, S. 833; siehe dazu Loose, DB 2014, 207; Bron, NZG 2014, 694 ff.; Meßbacher-Hönsch in Boruttau, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 1 Rdnr. 866 ff.; Pahlke, GrEStG, 5. Aufl. 2014, § 1 Rdnr. 297 f.; der Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung wurde zwischenzeitlich aufgehoben: gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 822.

4 Siehe zur Reform Gottwald/Behrens, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 272.2.

gungsverhältnisse in § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG fehle. Der BFH hatte insoweit die Gesetzeslücke durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geschlossen. Danach beurteilt sich die mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundbesitzenden Personengesellschaft ausschließlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Der Gesetzgeber wollte laut Begründung des Referentenentwurfes eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die der BFH neu eingeführt hat, bei mittelbaren Anteilsübertragungen wieder abschaffen.⁵ Bereits vorher hatte die Finanzverwaltung einen Nichtanwendungserlass veröffentlicht.⁶ Der Gesetzgeber definiert nun erstmals in § 1 Abs. 2a GrEStG den Begriff einer mittelbaren Anteilsübertragung. Die Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, die bisher stets der herrschenden Meinung entsprach,⁷ wird für den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG wieder hergestellt. Bei einer mittelbaren Veränderung des Gesellschafterbestandes über eine Personengesellschaft ist auf die jeweiligen Beteiligungsverhältnisse abzustellen und dementsprechend quotale durchzurechnen.

Bei einer mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes über eine Kapitalgesellschaft liegt ein maßgeblicher mittelbarer Gesellschafterwechsel hingegen erst dann vor, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse an der Kapitalgesellschaft unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar und teils mittelbar um mindestens 95 % ändern. Ist dies der Fall, so ist die Beteiligung der Kapitalgesellschaft an der Personengesellschaft in voller Höhe als neuer Gesellschafter zu berücksichtigen.

Bei mehrstufigen Beteiligungen von Kapitalgesellschaften ist die Prüfung der 95 %-Grenze auf jeder Beteiligungsebene gesondert vorzunehmen.⁸ Ist die Grenze erreicht, so ist die mittelbare Beteiligung in voller Höhe als mittelbarer Anteilsübergang an der Grundbesitz haltenden Personengesellschaft zu berücksichtigen. Ist dies auch nur auf der Ebene einer Kapitalgesellschaft nicht der Fall, so liegt kein mittelbarer Anteilsübergang vor. Bei gemischten Strukturen ist hinsichtlich der Personengesellschaft durchzurechnen und auf der Ebene jeder Kapitalgesellschaft die 95 %-Grenze zu prüfen. Wird die 95 %-Grenze auf der Ebene der Kapitalgesellschaft nicht erreicht, gilt die Kapitalgesellschaft nicht als neue Gesellschafterin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG.

Beispiel: An einer Grundbesitz haltenden GmbH & Co. KG ist eine OHG zu 94 % seit drei Jahren und eine GbR zu 6 % seit acht Jahren beteiligt. 50 % der Gesellschafter an der GbR übertragen zeitnah ihre Anteile an der GbR auf einen neuen Gesellschafter.

Abwandlung: Wie würde der Fall sich unterscheiden, wenn es sich bei der GbR stattdessen um eine GmbH gehandelt hätte?

5 BT-Drucks. 18/1776, S. 20 f.; s. auch *Hielscher*, BC 2015, 564, 571; *Meßbacher-Hönsch in Boruttau*, GrEStG, § 1 Rdnr. 872.

6 Erlass vom 9.10.2013, BStBl. I 2013, S. 1278; dieser wurde zwischenzeitlich im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung wieder aufgehoben, Erlass vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 822.

7 Siehe *Hofmann*, GrEStG, 10. Aufl. 2014, § 1 Rdnr. 107 ff. (kritisch zum BFH, Urteil vom 24.4.2013); *Scheifele/Müller*, DStR 2013, 1805, 1807; *Hofmann*, FR 2016, 766, 766.

8 Siehe *Meßbacher-Hönsch in Boruttau*, GrEStG, § 1 Rdnr. 878.

Das Beispiel verdeutlicht die unterschiedliche Behandlung von mittelbaren Anteilsübergängen bei Personen- und Kapitalgesellschaften. Im Ausgangsbeispiel der GbR liegt ein schädlicher Anteilseignerwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG vor, da bei konsequentem Durchrechnen der Beteiligungsquoten 94 % zzgl. 3 %, insgesamt also 97 % der Anteile mittelbar auf neue Gesellschafter übergegangen sind. In der Abwandlung wird hingegen § 1 Abs. 2a GrEStG nicht erfüllt, da der Wechsel der GmbH-Gesellschafter erst ab Erreichen der 95 %-Grenze berücksichtigt wird, dann aber in vollem Umfang⁹.

Die Neuregelung nach § 1 Abs. 2a S. 2 ff. GrEStG erfasst nach überzeugender Ansicht¹⁰ nur Fälle mittelbarer Anteilsübertragungen durch Übertragungen mittelbar beteiligter Gesellschaften. Der BFH¹¹ hat hingegen auch andere Fälle eines wirtschaftlichen Übergangs von Anteilen als mittelbaren Übergang von Anteilen auf neue Gesellschafter angesehen. Diese Rechtsprechung wird vom Gesetzgeber nicht korrigiert, sondern bleibt meines Erachtens weiterhin anwendbar.¹²

1.2 Neufassung des § 8 Abs. 2 GrEStG zur Bewertung der Bemessungsgrundlage in Sonderfällen

Das BVerfG¹³ hatte die bei den gesellschaftsrechtlichen Normen der § 1 Abs. 2a, 3 und 3a GrEStG und bei Umwandlungen anzuwendende Ersatzbemessungsgrundlage für GrESt-Zwecke für verfassungswidrig erklärt, nämlich die Bedarfswerte nach den alten §§ 138 ff. BewG.¹⁴ Der Gesetzgeber war aufgefordert, bis zum 30.6.2016 eine rückwirkende Neuregelung ab dem 1.1.2009 zu schaffen. Das BVerfG hat vorgegeben, dass zukünftig auf den Verkehrswert als Bemessungsgrundlage abzustellen sei. Dementsprechend hat der Gesetzgeber¹⁵ mit dem StÄndG 2015 § 8 Abs. 2 GrEStG in der Weise geändert, dass ab 1.1.2009 für die Bewertung von Grundstücken die § 151 BewG i. V. m. §§ 157 ff. BewG maßgeblich sind, nämlich die neuen Erbschaftsteuerwerte des BewG, die eine wesentlich realitätsnähere Abbildung des Verkehrswertes ermöglichen. In allen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsfällen steigt die Bedeutung der GrESt dadurch wesentlich.

Die Finanzverwaltung¹⁶ hat mit koordiniertem Ländererlass vom 16.12.2015 zu den verfahrensrechtlichen Folgefragen im

9 Siehe auch *Meßbacher-Hönsch in Boruttau*, GrEStG, § 1 Rdnr. 874 f.

10 Ebenso *Meßbacher-Hönsch in Boruttau*, GrEStG, § 1 Rdnr. 872.

11 Zum Treuhandvertrag BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, DStR 2016, 242; BFH, Urteil vom 20.4.2016, II R 54/14, DStR 2016, 1472; zur anderweitigen Zurechnung des Gesellschaftersanteils BFH, Urteil vom 9.7.2014, II R 49/12, BStBl. II 2016, S. 57 = DStR 2014, 1829; siehe dazu auch gleichlautende Ländererlasse vom 9.12.2015, BStBl. I 2016, S. 136.

12 Ebenso im Ergebnis *Hofmann*, FR 2016, 766, 767 f.

13 BVerfG, Beschluss vom 23.6.2015, 1 BvL 13/11, 14/11, BStBl. II 2015, S. 871 = BB 2015, 2017 = DStR 2015, 1678 = NJW 2015, 3221. Siehe dazu *Behrens/Hofmann*, UVR 2015, 285; *Engers/Schwäbe*, BB 2015, 2465; *Schade/Rapp*, DStR 2016, 657.

14 *Wagner/Knipping*, DB 2015, 1860 ff.

15 Siehe *Viskorf in Boruttau*, GrEStG, § 8 Rdnr. 126 ff.

16 Gleichlautende Ländererlasse vom 16.12.2015, BStBl. I 2015, S. 1082 = DB 2016, 23 = DStR 2016, 69; siehe auch bereits OFD Nordrhein-Westfalen vom 24.7.2015, S 0338 – 2015/0011, S 3180 – 1999/0023, S 4520 – 1999/0005. Siehe dazu ferner *Schade/Rapp*, DStR 2016, 657 ff.

Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG zur Grunderwerbsteuer Stellung genommen, insbesondere zum Vertrauensschutz nach § 176 AO.

1.3 Neufassung des § 21 GrEStG

In § 21 (Urkundenaushändigung) werden durch das StÄndG nach dem Wort „Anzeigen“ die Wörter „in allen Teilen vollständig (§§ 18 bis 20)“ eingefügt, sodass der neue Wortlaut wie folgt lautet:

„Die Gerichte, Behörden und Notare dürfen Urkunden, die einen anzeigepflichtigen Vorgang betreffen, den Beteiligten erst aushändigen und Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften den Beteiligten erst erteilen, wenn sie die Anzeigen in allen Teilen vollständig (§§ 18 und 20) an das Finanzamt abgesandt haben.“

Die Änderung zu § 21 GrEStG sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers rückwirkend auf Erwerbsvorgänge anzuwenden sein, die nach dem 6.6.2013 verwirklicht werden. Diese rückwirkende Änderung des § 21 GrEStG und des § 1 Abs. 2a GrEStG wäre m. E. verfassungswidrig gewesen.¹⁷ Im letzten Moment hat der Gesetzgeber sich eines Besseren besonnen und die Anwendung ab 5.11.2015 angeordnet, § 23 Abs. 13 GrEStG.

Immer wieder trifft man in der Praxis auf die Problematik, dass noch keine vollständige Anzeige an das Finanzamt gemacht werden kann, da dem Notar noch nicht alle Informationen vorliegen. In derartigen Fällen ist es geboten, vorerst nur einfache Abschriften auszuhändigen und die beglaubigten Abschriften erst nach vollständiger Anzeige an die Beteiligten herauszugeben. Der notarielle Vollzugsauftrag und damit auch die Einreichung beglaubigter notarieller Urkunden oder Ausfertigungen sind hiervon hingegen unabhängig.¹⁸

Wichtig für die Praxis ist die Frage nach Sanktionen für den Verstoßfall gegen § 21 GrEStG. Die Norm ist nicht mit einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand sanktioniert. Dennoch ist die Einhaltung der Norm berufsrechtlich geboten. Ferner kann sich in Extremfällen aus einem Verstoß eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung oder -verkürzung ergeben, was allerdings einen doppelten Beihilfenvorsatz erfordern würde. Ein Verstoß gegen die gesetzlichen Anzeigepflichten sperrt ferner nach § 16 Abs. 5 GrEStG die Anwendbarkeit von Steuerklauseln¹⁹, sodass den Mandanten durch einen Verstoß potentiell ein Steuerschaden entstehen kann.

2. Aktuelle BFH-Rechtsprechung

2.1 Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Grundstücksschenkung unter einer Auflage, BFH, Urteil vom 12.7.2016, II R 57/14, DStR 2016, 2044

Grundstücksschenkungen unter einer Auflage unterliegen hinsichtlich des Werts der Auflage der Grunderwerbsteuer, wenn die Auflage bei der Schenkungsteuer abziehbar ist. Unerheblich

¹⁷ Siehe dazu Graesser/Ei Mourabit, DB 2014, 2797.

¹⁸ Ebenso Viskorf in Boruttau, GrEStG, § 21 Rdnr. 14.

¹⁹ Siehe BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 64/08, BFH/NV 2016, 420; BFH, Urteil vom 3.3.2015, II R 30/13, BStBl. II 2015, S. 777 m. Anm. Pahlke, BB 2015, 1831; Mayer/Wagner, BB 2016, 2519, 2526; Pahlke, GrEStG, § 16 Rdnr. 121 ff.

ist, ob die Auflage tatsächlich bei der Schenkungsteuer abgezogen wurde.²⁰ Das gilt selbst dann, wenn die Grundstücksschenkung insgesamt von der Schenkungsteuer befreit ist.²¹

Der BFH-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger ist ein gemeinnütziger Verein. Im Wege einer Schenkung erhielt der Verein den hälftigen Miteigentumsanteil an einem bebauten Grundstück. Die fast 90 Jahre alte Schenkerin behielt sich das dingliche Wohnungsrecht an Teilen des Hauses vor. Die Zuwendung war schenkungsteuerfrei, weil der Verein gemeinnützig ist. Die Einbringung wurde jedoch unter der Auflage eines Wohnungsrechtes getätigt, die bei der Schenkungsteuer bereicherungsmindernd zu berücksichtigen war. In der Höhe dieses Wertes der Auflage haben Finanzverwaltung und Rechtsprechung die Grunderwerbsteuerpflicht bejaht, § 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG.²² Denn derartige Nutzungs- oder Duldungsaufgaben mindern bei der Schenkungsteuer die Bereicherung im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG, unabhängig von dem Vorliegen einer Schenkungsteuerpflicht oder -befreiung.

Die Entscheidung des BFH überzeugt. Einerseits schützt Gemeinnützigkeit nicht vor der Grunderwerbsteuerpflicht.²³ Andererseits führt der Wert der Auflage (Nießbrauch/Wohnungsrecht) zur Erhebung von GrEStG auf den Wert der Auflage, selbst wenn keinerlei Schenkungsteuer anfällt. Auf eine tatsächliche Minderung der Schenkungsteuerlast kommt es insoweit nach dem Gesetzeswortlaut nicht an. Es spielt für die Festsetzung der Grunderwerbsteuer daher keine Rolle, ob Schenkungsteuer tatsächlich festgesetzt wurde und ggf. mit welchem Wert die Auflage sich dabei bereicherungsmindernd auswirkte.²⁴ Wichtig ist dies vor allem bei den häufigeren Zuwendungen an Neffen/Nichten unter Nutzungsaufgaben.

2.2 Aktuelle Entwicklungen zu § 6a GrEStG

Die Steuerbefreiung des § 6a GrEStG für Umwandlungen im Konzern hat seit ihrer Einführung Wissenschaft²⁵, Verwaltung²⁶

²⁰ BFH, Urteil vom 12.7.2016, II R 57/14, DStR 2016, 2044.

²¹ Ebenso bereits FG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.10.2014, 5 K 2894/12, DStRE 2016, 998.

²² Wortlaut: „Schenkungen unter einer Auflage unterliegen der Besteuerung jedoch hinsichtlich des Werts solcher Auflagen, die bei der Schenkungsteuer abziehbar sind.“

²³ Siehe BFH, Urteil vom 29.3.2006, II R 68/04, BStBl. II 2006, S. 632; Pahlke, GrEStG, § 3 Rdnr. 141.

²⁴ Ebenso Pahlke, GrEStG, § 3 Rdnr. 157; Meßbacher-Hönsch in Boruttau, GrEStG, § 3 Rdnr. 257 ff., insb. Rdnr. 262a.

²⁵ Wösthoff, DStR 2016, 721; Figatowski/Karla, DB 2016, 731 ff.; Stangl/Brühl, DStR 2016, 24; Schwedhelm/Zapf, DStR 2016, 1906 und 1967; Graessner, NWB 2015, 3520 ff.; Adrian/Franz, BB 2013, 1879; Behrens, DStR 2013, 1405 ff.; Neitz-Hackstein/Lange, GmbHR 2012, 998; Mensching/Tyarks, BB 2010, 87; Pahlke, MittBayNot 2010, 169; Schaafitzl/Stadler, DB 2010, 185; Wischott/Schönweiß, DStR 2009, 2638; Wälzholz, GmbH-StB 2010, Heft 4; Klass/Möller, BB 2011, 407; Meier/Geibel, NWB 2010, 582; Neitz-Hackstein/Lange, GmbHR 2011, 122; Rödder/Schönfeld, DStR 2010, 415; Schaafitzl/Götz, DB 2011, 374.

²⁶ Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 9.10.2013, BStBl. I 2013, S. 1375; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.6.2012, BStBl. I 2012, S. 662.

und die Rechtsprechung²⁷ ständig beschäftigt, bisher allerdings ohne wirklichen Durchbruch. Auch in der MittBayNot wurde mehrfach über die aktuellen Entwicklungen berichtet.²⁸ Erhebliche Unsicherheit ist weiterhin die Folge. Allerdings ist inzwischen eine neue Dimension des Streitstandes entstanden, indem der BFH in mehreren Beschlüssen das BMF aufgefordert hat, den anhängigen Verfahren beizutreten und zu bestimmten Fragen Stellung zu beziehen. Daraus ist bereits ersichtlich, in welche Richtung die Rechtsprechung sich entwickeln wird und was die entscheidenden Streitfragen sind.

2.2.1 Steuerbefreiung bei Umstrukturierungen im Konzern – BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 62/14 und II R 63/14, DStR 2016, 125 bzw. 56

Der II. Senat des BFH hat das Bundesfinanzministerium aufgefordert, mehreren Revisionsverfahren beizutreten und zu den Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG Stellung zu nehmen.²⁹ Die Auslegung des § 6a GrEStG weist aus Sicht des BFH Schwierigkeiten von erheblichem Gewicht auf. Das BMF wird aufgefordert, zum Verhältnis von § 6a Sätze 3 und 4 GrEStG, nach deren Wortlaut § 6a GrEStG auf Umwandlungsvorgänge, bei denen ein Rechtsträger untergeht oder neu entsteht (Verschmelzung, Aufspaltung, Abspaltung oder Vermögensausgliederung zur Neugründung), nicht anwendbar ist, zu § 6a Satz 1 GrEStG, der durch die Bezugnahme auf § 1 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 UmwG auch diese Umwandlungsvorgänge in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezieht, Stellung zu nehmen. Das BMF wird zudem aufgefordert, zu der Frage, ob die Anwendung des § 6a GrEStG voraussetzt, dass der herrschende Rechtsträger ein Unternehmen im Sinne des § 2 UStG ist, sowie zum möglichen Beihilfecharakter des § 6a GrEStG Stellung zu nehmen.

Auf der Grundlage der Aufforderungsbeschlüsse bereits die neue Rechtsprechung prognostizieren zu wollen, würde sicher etwas weit gehen, da die Argumente erst noch auszutauschen sind. Gleichwohl wird aus den Beitrittsaufforderungen deutlich, dass die Auslegung des § 6a GrEStG nun zusätzlich eine europarechtliche Dimension erhält, da der BFH der Frage des Beihilfecharakters des § 6a GrEStG nachgeht. Ferner wird aus der Argumentation des BFH bereits deutlich, dass er mehrere restringierende Ansichten der Finanzverwaltung in den Erlassen³⁰ vom 19.6.2012 zur Anwendung des § 6a GrEStG nicht teilen dürfte.³¹ Dies betrifft vor allem die Umwandlungsfälle, wenn die Umwandlung zur Neugründung des Rechtsträgers

führt (Verschmelzung zur Neugründung) oder automatisch zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers (Aufspaltung, Verschmelzung). In derartigen Fällen können die Vorhalte- und Nachhaltefristen des § 6a Abs. 1 Satz 4 GrEStG schon denkbare nicht eingehalten werden, sodass diese Anforderungen hier nicht gestellt werden können. Schließlich wird der BFH Gelegenheit haben, dazu Stellung zu nehmen, inwieweit Fälle der Begründung oder der Beendigung des Über-/Unterordnungsverhältnisses vollständig aus dem Anwendungsbereich des § 6a GrEStG ausgeklammert sind,³² wie die Finanzverwaltung dies (zu Unrecht) vertritt.

Offen und klärungsbedürftig erscheint ferner der Begriff des herrschenden Unternehmens. Die herrschende Meinung will insoweit auf den umsatzsteuerlichen Begriff des § 2 UStG abstellen.³³ Insoweit wird der Ausgang des Verfahrens abzuwarten sein.

2.2.2 Abspaltung zur Neugründung, FG Düsseldorf, Urteil vom 4.11.2015, 7 K 1553/15

Es gilt für § 6a GrEStG eine fünfjährige Vorbehaltensfrist. Danach muss das sog. herrschende Unternehmen zu mindestens 95 % an den sog. abhängigen Gesellschaften seit mindestens fünf Jahren vor einer Umwandlung beteiligt sein. Für den praxisrelevanten Fall einer Umwandlung zur Neugründung ergibt sich das Problem, dass dieses Kriterium rein faktisch nicht erfüllt werden kann. Das FG Düsseldorf hat in dem Urteil vom 4.11.2015, 7 K 1553/15, erneut bestätigt, dass die fünfjährige Vorbehaltensfrist für reine konzerninterne Vorgänge einschränkend auszulegen ist.

2.3 Mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG durch Abschluss von Treuhandverträgen, BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14

Der Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Personengesellschaft ändert sich im Sinne von § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG mittelbar, wenn ein an der Personengesellschaft unmittelbar beteiligter Gesellschafter mit einem oder mehreren Treugebern vereinbart, den Gesellschaftsanteil treuhänderisch für diese zu halten und die Treuhandvereinbarungen³⁴ im maßgeblichen Fünf-Jahres-Zeitraum dazu führen, dass den Treugebern mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen der Personengesellschaft als neuen Gesellschaftern zuzurechnen sind.³⁵ Die neue wirtschaftliche Zurechnung der Gesellschaftsanteile führt somit zu einem mittelbaren Anteilsübergang an den Anteilen der Personengesellschaft.

27 Siehe nur FG Düsseldorf, Urteil vom 4.11.2015, 7 K 1553/15; FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 1.10.2015, 15 K 3015/15; FG München, Urteil vom 22.10.2014, 4 K 37/12; FG Nürnberg, Urteil vom 16.10.2014, 4 K 1059/13 – inzwischen sind mindestens 27 FG-Urteile zu § 6a GrEStG bekannt geworden.

28 Pahlke, MittBayNot 2010, 169; Gottwald, MittBayNot 2015, 1 ff.

29 BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 62/14 und 63/14, BStBl. I 2016, S. 167 = DStR 2016, 125, DStR 2016, 56; BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 50/13 (NV), BFH/NV 2016, 236; BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 36/14 (NV), BFH/NV 2016, 239.

30 Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.6.2012, BStBl. I 2012, S. 662.

31 Siehe auch Greiser/Rotter, NWB 2016, 849; Behrens, DStR 2016, 785; Schmid, DStR 2016, 125; Urbach, DStZ 2016, 60; Pahlke, BFH/PR 2016, 81.

32 Z. B. Ausgliederung zur Neugründung, Up-Stream-Merger.

33 Siehe BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 50/13 (NV), BFH/NV 2016, 236; gleichlautender Erlass der Länder vom 19.6.2012, BStBl. I 2012, S. 662, Tz. 2.2 Abs. 1 Satz 2; Viskorf in Boruttau, GrEStG, § 6a Rdnr. 81 ff.; Hofmann, GrEStG, § 6a Rdnr. 11; Pahlke, GrEStG, § 6a Rdnr. 43.

34 Siehe zu den vergleichbaren Problemen im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3, Abs. 3a GrEStG und insb. bei Kapitagesellschaften, Pahlke, GrEStG, § 1 Rdnr. 371 ff.

35 BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, DStR 2016 S. 242 = BFH/NV 2016 S. 490 = BFHE 251, 492; Urbach, DStZ 2016, 141; Pahlke, BFH/PR 2016, 118; zust. Pahlke, GrEStG, § 1 Rdnr. 306; Hofmann, GrEStG, § 1 Rdnr. 113.

In dem vom BFH zu entscheidenden Fall ging es um einen Publikumsfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG. 96 % des Kapitalanteils übernahm eine Treuhand-Kommanditistin, nämlich eine GmbH mit einer Beteiligungsquote von 96 %. Anschließend wurde das Kapital der Kommanditgesellschaft um insgesamt rund 72.500.000 € erhöht, indem die entsprechenden Beträge für Treuhänder durch die Treuhand GmbH gehalten wurden. Die Klägerin erwarb ein Grundstück vor dem Ende der Platzierungsphase.

Ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel war vorliegend nicht erfolgt.³⁶ Vielmehr wurden Treuhandverträge abgeschlossen, wonach die Treuhand-GmbH die Gesellschaftsanteile für die Treuhand-Kommanditistin hielt. Hierin sah der BFH eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes, was ausschließlich nach wirtschaftlichen Maßstäben zu beurteilen sei. Die mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes kann sich auch aus schuldrechtlichen Bindungen der an der Personengesellschaft unmittelbar beteiligten Gesellschaft ergeben. Dies kann entsprechend, wenn auch nicht zwingend, identisch mit den Grundsätzen zu § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO erfolgen.³⁷ Dem steht nach BFH auch ausdrücklich das Steueränderungsgesetz 2015 nicht entgegen (siehe oben).³⁸ Durch den Abschluss einer Vereinbarungstreuhand kann dadurch eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes im Sinne von § 1 Abs. 2a GrEStG eintreten. Hierbei ist das Erreichen einer Quote von 95 % von Treuhandkommanditisten ausreichend. Es ist nach BFH (Tz. 23) nicht erforderlich, dass die Anteile am Gesellschaftsvermögen den Treugebern vollständig zuzurechnen sind. Die Grundsätze einer vollständigen, also 100%igen Änderung aus der BFH-Entscheidung³⁹ vom 24.4.2013 sind auf diesen Fall der Vereinbarung von Treuhandverhältnissen nicht übertragbar.

2.4 Verwertungsbefugnis bei Treuhandverhältnissen, BFH, Urteil vom 20.4.2016, II R 54/14, DStR 2016, 1472

Treuhandverhältnisse führen immer wieder zu überraschenden Grunderwerbsteuerlichen Besteuerungen. Das Paradebeispiel dafür ist der sog. Auftragswerb⁴⁰, bei dem ein Beauftragter als Treuhänder für einen Treugeber ein Grundstück erwirbt und

dadurch doppelte Grunderwerbsteuer ausgelöst wird.⁴¹ Eine vergleichbare Thematik einer doppelten Grunderwerbsteuer behandelt die neue BFH-Entscheidung vom 20.4.2016. Veranlasst der einzige Kommanditist einer GmbH & Co. KG, der zugleich der alleinige Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, die KG dazu, ein dieser gehörendes Grundstück ohne Gegenleistung zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung aus einem als Treugeber abgeschlossenen Treuhandvertrag auf den Treuhänder zu übertragen, begründet der Treuhandvertrag nach Überzeugung des BFH keine Verwertungsbefugnis des Kommanditisten im Sinne von § 1 Abs. 2 GrEStG.⁴² Eine doppelte Grunderwerbsteuer wird damit vom BFH abgelehnt.

Es handelte sich in dem vom BFH zu entscheidenden Fall um eine Ein-Personen-GmbH & Co. KG, die Grundstücke hielt. Der Alleingesellschafter schloss mit einem Treuhänder einen Treuhandvertrag; in Erfüllung dieses Treuhandvertrages übereignete die KG das Grundstück an den Treuhänder. Dieser Vorgang löst GrESt aus, weil das Grundstück auf den Treuhänder übereignet wurde. Das FA wollte in dieser Gestaltung jedoch zusätzlich einen Übergang der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis nach § 1 Abs. 2 GrEStG auf den Gesellschafter der Treugeberin besteuern. Diese doppelte Besteuerung lehnte der BFH vorliegend zu Recht ab.

Durch § 1 Abs. 2 GrEStG sollen nach BFH Sachverhalte erfasst werden,⁴³ bei denen es zwar nicht zu einem Rechtsträgerwechsel, d. h. zu einer Änderung der Rechtszuständigkeit im Außenverhältnis, kommt, bei denen der Eigentümer einem anderen aber im Innenverhältnis so weitgehende Möglichkeiten zur Einflussnahme hinsichtlich des Grundstücks einräumt, dass dieser und nicht mehr der Eigentümer über die Verwertung des Grundstücks entscheiden kann. Die Einwirkungsmöglichkeiten eines Gesellschafters auf Gesellschaftsebene reichen für eine Verwertungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG hingegen nicht aus.⁴⁴

Auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falles reichte es nicht für die Bejahung einer wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis der Treugeberin. Es handelte sich tatsächlich um einen abgekürzten Leistungsweg. Die Kommanditistin (= Treugeberin) entnahm die Grundstücke vielmehr aus der KG, die der Treugeberin zu 100 % gehörte, und gab sie für eigene Zwecke zur Sicherung der Versorgungsverpflichtungen von deren Arbeitnehmern weiter an den Treuhänder; nur Letzteres löste hier Grunderwerbsteuer aus. Für die Entnahme der Grundstücke aus dem Gesellschaftsvermögen der KG durch die Klägerin war nach überzeugender Ansicht des BFH nach § 6 Abs. 2 Satz 1 GrEStG hingegen keine Grunderwerbsteuer zu erheben.

36 Die unmittelbare Übertragung eines Gesellschaftsanteils von einem Treugeber auf einen Treuhänder führt nach verbreiteter Ansicht als unmittelbarer Gesellschafterwechsel ebenso zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG, BFH, Urteil vom 16.1.2013, II R 66/11, BStBl. II 2014, S. 266 = DStR 2013, 360 = BFH/NV 2013, 65; *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 305; a. A. *Behrens*, BB 2013, 805; *Behrens*, DStR 2010, 1307, 1310.

37 Gegen eine Anwendung des § 39 AO im GrESt-Recht, wohl aber für wirtschaftliche Zurechnungen *Hofmann*, FR 2016, 766, 767; gleichlautende Ländereulasse vom 9.12. 2015, BStBl. I 2016, S. 136.

38 *Hofmann*, FR 2016, 766, 767 f.

39 BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 17/10, BStBl. II 2013, S. 833; siehe dazu *Loose*, DB 2014, 207; *Bron*, NZG 2014, 694 ff.; *Meßbacher-Hönsch* in *Boruttau*, GrEStG, § 1 Rdnr. 866 ff.; *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 297 f.

40 BFH, Urteil vom 22.10.2014, II R 41/13 (NV), BFH/NV 2015, 232; BFH, Urteil vom 8.11.2000, II R 55/98, BStBl. II 2001, S. 419; *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 101 ff.; *Hofmann*, GrEStG, § 1 Rdnr. 88 ff.

41 Nämlich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und gleichzeitig als Übergang der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis nach § 1 Abs. 2 GrEStG vom Treuhänder auf den Treugeber; ebenso BFH, Urteil vom 20.4.2016, II R 54/14, DStR 2016, 1472.

42 BFH, Urteil vom 20.4.2016, II R 54/14, DStR 2016, 1472.

43 Zu weiteren Fallgruppen wie dem atypischen Maklervertrag siehe *Hofmann*, GrEStG, § 1 Rdnr. 83 ff.

44 So bereits BFH, Urteil vom 27.3.1991, II R 82/87, BStBl. II 1991, S. 731; BFH, Urteil vom 1.3.2000, II R 53/98, BStBl. II 2000, S. 357; BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 32/11, BStBl. II 2013, S. 962 Rdnr. 13; ebenso *Hofmann*, GrEStG, § 1 Rdnr. 79.

2.5 Keine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG für Anteilsvereinigung bei Erbaueinandersetzung, BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 35/14, BStBl. II 2016, S. 234 = ZEV 2016, 110

Die Anwendung von Steuerbefreiungstatbeständen im Bereich der Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG führt immer wieder zu Auslegungsschwierigkeiten.⁴⁵ Denn Grundlage der Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist der fingierte Erwerb von der Gesellschaft. Dieser Erwerb unterscheidet sich regelmäßig von dem Erwerbsverhältnis, an das der Grunderwerbsteuerbefreiungstatbestand anknüpft. So war es auch in der BFH-Entscheidung vom 25.11.2015.⁴⁶

Der Kläger (Sohn) und seine Schwester waren je hälftige Miterben der Mutter. Zum Nachlass der Mutter gehörten unter anderem ein Kommanditanteil von 50 % an der A-KG und ein Geschäftsanteil von 50 % an der Komplementär-GmbH (B-GmbH). Im Rahmen der Erbaueinandersetzung vereinbarten die Beteiligten, dass der Kläger die Gesellschaftsbeteiligungen und die Schwester den übrigen Nachlass erhielt. Die A-KG ist mit 90 % an der grundbesitzhaltenden G-GmbH beteiligt, die übrigen 10 % an der G-GmbH stehen dem Miterben zu. Den anderen 50 %-Anteil an der A-KG und an der B-GmbH hatte der Sohn bereits ein Jahr vorher von Todes wegen erworben. Mit der Erbaueinandersetzung wurde der Sohn alleiniger Kommanditist der A-KG und alleiniger Gesellschafter der B-GmbH. Damit war der Kläger auch unmittelbar und mittelbar Alleininhaber der grundbesitzenden G-GmbH.

Eine Mitteilung an das FA (Grunderwerbsteuerstelle) erfolgte nicht. Das FA bejahte das Vorliegen einer Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG und setzte Grunderwerbsteuer i. H. v. 83.000 € fest.

Die Anwendung der Steuerbefreiungen nach § 3 Nrn. 2, 3 GrEStG wurde vom FA abgelehnt. Das FG⁴⁷ hingegen gewährte beide Steuerbefreiungen. Demgegenüber hat der BFH die Klage abgewiesen. Die Anteilsvereinigung ist nach BFH nicht gemäß § 3 Nr. 3 GrEStG steuerbefreit. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG besteuere den fingierten Erwerb von der Kapitalgesellschaft (G-GmbH). Diese Norm trage dem Umstand Rechnung, dass demjenigen, der mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft in seiner Hand vereinigt, eine dem zivilrechtlichen Eigentum am Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit zuwachse. Eine mittelbare Anteilsvereinigung sei erreicht, wenn für jede Beteiligungsstufe eine Beteiligungsquote von mindestens 95 % erreicht werde. Die

strengere Rechtsprechung⁴⁸ zu § 1 Abs. 2a GrEStG sei auf § 1 Abs. 3 GrEStG nicht übertragbar.

§ 3 Nr. 3 GrEStG erfasse nach seinem Wortlaut nur die Auseinandersetzung über Grundstücke, jedoch nicht den Erwerb von Gesellschaftsanteilen. Die durch Erbaueinandersetzung eintretende Anteilsvereinigung sei nicht nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG befreit. Die beiden Erwerbsvorgänge als fiktiver Erwerb von der GmbH und der Erwerb eines Gesellschaftsanteils aus der Erbengemeinschaft können nicht gleichgesetzt werden. Die Rechtsprechung⁴⁹ zu § 3 Nr. 2 GrEStG (schenkungsteuerpflichtiger Erwerb), die bei schenkungsteuerpflichtigem Erwerb zu einer Steuerbefreiung führt, könne auf diesen Fall nicht übertragen werden.

Gestaltungshinweis: Die Steuerpflicht hätte sich im vorliegenden Fall leicht durch Gestaltung vermeiden lassen. Wäre ein Anteil von mehr als 5 % Beteiligungsquote an der Komplementär-GmbH und an der KG an den Ehegatten oder ein volljähriges Kind des Miterben übertragen worden, so wäre der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG vermieden worden. Auch § 1 Abs. 3a GrEStG hätte nicht gegriffen. Schädlich wäre es in derartigen Gestaltungen jedoch, wenn der Erwerber der Kleinbeteiligung den Anteil treuhänderisch für den Miterben halten würde.

Zur Anwendung der Steuerbefreiung für Erbaueinandersetzungen nach § 3 Nr. 3 GrEStG sind folgende Hinweise für die Praxis zu beachten:

- Steuerschädlich kann es sein, wenn ein oder mehrere Grundstück(e) erst in eine Bruchteilsgemeinschaft überführt werden und anschließend Jahre später die Bruchteilsgemeinschaft(en) auseinandergesetzt werden. Dann kommt § 3 Nr. 3 GrEStG nicht mehr zur Anwendung,⁵⁰ obwohl diese Norm im Übrigen keinen zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall voraussetzt und auch voll entgeltliche Erbaueinandersetzungen begünstigt.⁵¹
- Gleiches gilt für eine spätere Auseinandersetzung der GbR, wenn der Grundbesitz zunächst in eine personenidentische GbR überführt wird.⁵²
- Der Erbteilskäufer, der nicht ursprünglicher Miterbe war, ist kein Miterbe, sodass § 3 Nr. 3 GrEStG zu seinen Gunsten nicht anwendbar ist.⁵³ Auch der Erbprätendent, der zur Abwehrung seines Erbanspruchs mit einem Grundstück abgefunden wird, ist Grunderwerbsteuerpflichtig, da § 3 Nr. 3 GrEStG nicht anwendbar ist.⁵⁴

45 Siehe nur zur Anwendung der § 3 Nrn. 4, 6, 2 GrEStG i. R. d. § 1 Abs. 3 GrEStG gleichlautende Ländererlasse vom 6.3.2013, BStBl. I 2013, S. 773; BFH, Urteil vom 15.10.2014, II R 14/14, BStBl. II 2015, S. 405; BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10, BStBl. II 2012, S. 793; Hofmann, GrEStG, § 1 Rdnr. 186 ff. m. w. N.

46 BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 35/14, BStBl. II 2016, S. 234 = ZEV 2016, 110; siehe dazu auch Heinmüller, BB 2016, 674; Urbach, DStZ 2016, 139; Pahlke, BFH/PR 2016, 120; Wälzholz, ZEV 2016, 369 ff.

47 FG Köln, Urteil vom 25.9.2013, 5 K 3747/09, EFG 2014, 568.

48 BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 17/10, BStBl. II 2013, S. 833; siehe dazu bereits oben: Diese Rechtsprechung wurde inzwischen vom Gesetzgeber korrigiert.

49 BFH, Urteil vom 15.10.2014, II R 14/14, BStBl. II 2015, S. 405; BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10, BStBl. II 2012, S. 793.

50 Meßbacher-Hönsch in Boruttau, GrEStG, § 3 Rdnr. 350.

51 Meßbacher-Hönsch in Boruttau, GrEStG, § 3 Rdnr. 276, 348.

52 Pahlke, GrEStG, § 3 Rdnr. 180.

53 Meßbacher-Hönsch in Boruttau, GrEStG, § 3 Rdnr. 302; Gottwald/Behrens, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 454 f.; Hofmann, GrEStG, § 3 Rdnr. 32; Pahlke, GrEStG, § 3 Rdnr. 187.

54 Meßbacher-Hönsch in Boruttau, GrEStG, § 3 Rdnr. 300; gleichzeitig ist der Vorgang nicht schenkungsteuerpflichtig, sodass auch § 3 Nr. 2 GrEStG nicht eingreifen kann, siehe BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09, ZEV 2011, 438.

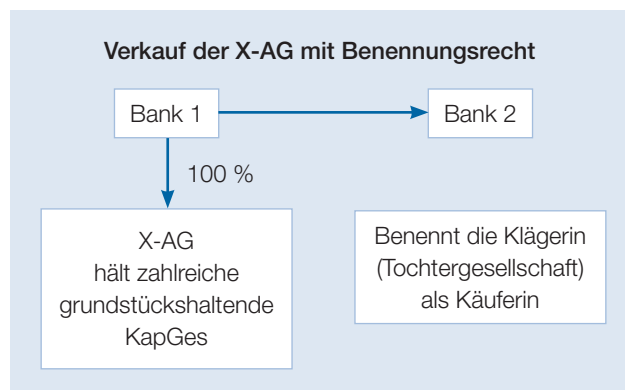
2.6 Grunderwerbsteuer bei Abtretung des Anspruchs auf Übertragung eines Gesellschaftsanteils, BFH, Urteil vom 12.5.2016, II R 26/14, DStR 2016, 1747

Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 1 Nrn. 5-7 GrEStG Tatbestände geschaffen, mit denen er Besteuerungslücken schließt, indem er die sog. Zwischenhandelsgeschäfte der Besteuerung unterwirft. Dies betrifft insbesondere die Abtretung von Rechten aus einem Erwerbsangebot und die Abtretung von Ansprüchen aus einem grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvertrag, also die Abtretung von Auflassungsansprüchen.⁵⁵ Nunmehr hatte der BFH⁵⁶ in seiner Entscheidung vom 12.5.2016 zu entscheiden, inwiefern diese sog. Zwischenhandelstatbestände auch auf die gesellschaftsrechtlichen Grunderwerbsteuerstatbestände der § 1 Abs. 3 Nrn. 3, 4 GrEStG anwendbar sind. Nach Ansicht des BFH unterliegt die Abtretung eines kaufvertraglichen Anspruchs auf Übertragung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft und die schuldrechtliche Begründung der Verpflichtung dazu nicht der Grunderwerbsteuer. Gleiches gilt für die dingliche Übertragung der Gesellschaftsanteile vom bisherigen Gesellschafter unmittelbar auf den Abtretungsempfänger. Der BFH eröffnet damit erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, indem die steuerbaren Zwischenhandelsgeschäfte mit Grundstücken durch vergleichbare gesellschaftsrechtliche Gestaltungen ersetzt werden, die dann nicht der Grunderwerbsteuer unterliegen. Es ist daher nicht überraschend, dass die Finanzverwaltung dieses Urteil noch nicht im BStBl. veröffentlicht hat. Es ist daher für die Finanzverwaltung über den entschiedenen Einzelfall hinaus noch nicht verbindlich – Gestaltungen auf dieser Grundlage können daher von der Finanzverwaltung entgegen der BFH-Entscheidung noch der Besteuerung unterworfen werden. Auch eine gesetzgeberische Korrektur dieser Entscheidung ist keineswegs ausgeschlossen, sondern erscheint sogar wahrscheinlich.

In dem vom BFH zu entscheidenden Fall ging es um folgenden vereinfachten Sachverhalt: Eine Bank 1 hielt ursprünglich 100 % an der X-AG, die ihrerseits 100 % der Anteile an verschiedenen grundstückshaltenden Kapitalgesellschaften besaß. Mit Vertrag vom 1.9.2006 verkaufte die Bank ihre Anteile an der X-AG an eine andere Bank 2. Der Vertrag stand unter verschiedenen Bedingungen. Der Bank 2 stand das Recht zu, vor dem Vollzug des Vertrags eine Gesellschaft ihrer Unternehmensgruppe als Käuferin zu benennen. Die Bank 2 benannte zwischenzeitlich die Klägerin als Käuferin. Die Bank 1 übertrug schließlich ihre Anteile an der grundstückshaltenden X-AG unmittelbar auf die Klägerin. Das FA wollte doppelt Grunderwerbsteuer erheben, nämlich einerseits von der Bank 2 für deren Erwerb der Anteile an der X-AG und zusätzlich von der Klägerin als endgültiger Erwerberin (Klägerin). Streitig war, ob sowohl der schuldrechtliche Vertrag über den Anteilskauf nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG durch den Benennungsberechtigten als auch der dingliche Erwerb aufgrund des ausgeübten Benennungsrechtes nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG durch den Benannten der Grunderwerbsteuer unterliegen.

⁵⁵ Siehe dazu *Hofmann*, GrEStG, § 1 Rdnr. 69 ff.; *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 123 ff.; *Bruschke*, UVR 2004, 335 ff.; *Behrens/Schmitt*, DB 2006, 785 ff.

⁵⁶ BFH, Urteil vom 12.5.2016, II R 26/14, DStR 2016, 1747; siehe dazu auch *Bron*, BB 2016, 1958 f.



§ 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG erfasst nach seinem Wortlaut nur die Begründung eines Anspruchs auf Übertragung von mindestens 95 % der Anteile an einer Gesellschaft, nicht aber die Abtretung eines bereits bestehenden Übertragungsanspruchs oder die Begründung der Verpflichtung dazu. Letztere sind Zwischengeschäfte, die von der Vorschrift nicht erfasst werden. Dies wird dadurch deutlich, dass § 1 Abs. 1 Nrn. 5-7 GrEStG vergleichbare Zwischengeschäfte in den im Einzelnen genannten Fällen durch eigenständige Regelungen ausdrücklich der Grunderwerbsteuer unterwerfen. Der BFH scheint daraus eine Sperre für Zwischengeschäfte mit Gesellschaftsanteilen abzuleiten. Dies kann vor allem für übertragbare Angebote an Gesellschaftsanteilen in der Gestaltungspraxis attraktiv sein. Auch eine entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 1 Nrn. 5-7 GrEStG auf die Fälle des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG ist nach überzeugender Auffassung des BFH nicht zulässig. Sie würde gegen das im Steuerrecht geltende Verbot verstoßen, über den Wortsinn des Gesetzes hinaus Steueratbestände auszuweiten oder neue Steueratbestände zu schaffen. Der II. Senat des BFH schließt sich insoweit der gesetzestreu Fraktion der BFH-Senate an, die eine Analogie im Steuerrecht zulasten des Steuerpflichtigen ablehnt.⁵⁷ Darüber hinaus ist der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG ausgeschlossen, wenn dem Übergang der Anteile ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, durch das ein Anspruch auf Übertragung der Anteile im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG begründet wurde. Diese Einschränkung dient vor allem dem Schutz des Erwerbers vor einer doppelten Inanspruchnahme aufgrund der bloßen Erfüllung eines bereits zuvor begründeten schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts, das seinerseits nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegt. In dem vorliegenden Fall führte die überzeugende Entscheidung des BFH nicht zu einer vollständigen Versagung der Steuerpflicht, sondern nur zu einer Vermeidung der doppelten Steuerpflicht.

Hätte die Bank 2 hingegen die Aktien an der X-AG erworben und anschließend auf die Tochtergesellschaft übertragen, so wäre tatsächlich doppelt Grunderwerbsteuer erhoben worden, selbst wenn die Übertragung innerhalb eines grunderwerbsteuerlichen Organkreises im Sinne des § 1 Abs. 4 GrEStG erfolgt wäre.⁵⁸

⁵⁷ Siehe auch schon überzeugend BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09, BStBl. II 2011, S. 725 = NJW 2011, 2607 – zur erbschaftsteuerlichen Steuerfreiheit der Abfindung eines Erbprätendenten, da dafür jeder Tatbestand im ErbStG fehle.

⁵⁸ *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 392a. E.; Ländererlass vom 21.3.2007, BStBl. I 2007, S. 422 Tz. 2.3.2.

Praxishinweis: Die Entscheidung des BFH erinnert an folgendes gestaltungsfreundliches BFH-Judikat,⁵⁹ bei der der BFH es als Grunderwerbsteuerfrei anerkannt hat, wenn eine GmbH ein Grundstück aufschiebend bedingt erworben hat und anschließend die Anteile an der GmbH vor Bedingungseintritt veräußert wurden. Unklar ist derzeit noch, ob dies auch gelten würde, wenn die GmbH ein Angebot auf Erwerb eines Grundstücks erworben hätte und anschließend vor Annahme die Anteile veräußert werden. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung ist m. E. von der Steuerfreiheit des Zwischenhandelstatbestandes auszugehen.

Weiterdenkend stellt sich die Frage, inwieweit diese BFH-Entscheidung auch für Fälle des § 1 Abs. 3 Nrn. 1, 2 GrEStG ausstrahlt. Wie also wäre der Fall zu beurteilen gewesen, wenn die Bank 2 bereits Inhaberin von 20 % der Anteile an der X-AG gewesen wäre und nun die fehlenden 80 % an der X-AG hinzugekauft und vor Anteilserwerb aufgrund eines Benennungsrechts den Anspruch auf Erwerb an die Klägerin, eine 100%ige Tochtergesellschaft weiterübertragen hätte? In diesem Fall hätte der erste Vertrag wiederum Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ausgelöst, weil durch das schuldrechtliche Erwerbsgeschäft eine erstmalige Anteilsvereinbarung begründet wird. Die Weiterübertragung des Anspruchs auf Erwerb der 80 % an die Klägerin und dessen Erfüllung hätte jedoch wiederum keine neuerliche Grunderwerbsteuer ausgelöst, da dies gar nicht tatbestandsmäßig ist. Hätte die Bank 2 hingegen in einem solchen Fall auch ihre bereits vorher gehaltenen Anteile in Höhe von 20 % mit auf die Klägerin übertragen, so müsste m. E. die Tatbestandsverwirklichung nach § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 GrEStG mit den Gründen des BFH⁶⁰ vom 12.5.2016 verneint werden. Dies gilt m. E. auch, obwohl der erste Tatbestand § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG betrifft und der Folgetatbestand § 1 Abs. 3 Nrn. 3, 4 GrEStG beträfe.

Ebenso muss m. E. die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2a GrEStG auf entsprechende Zwischenhandelstatbestände ausscheiden, sodass das Ergebnis gleich bleiben müsste, wenn es sich statt der X-AG um eine X-GmbH & Co. KG gehandelt hätte. Dies ist allerdings keineswegs gesichert, da die unterschiedlichen Tatbestände vom BFH durchaus unterschiedlich ausgelegt werden.

2.7 Keine Rückgängigmachung nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bei verspäteter Anzeige des Vorgangs, BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 64/08, NV

Eine GmbH kaufte zunächst mit privatschriftlichem Vertrag vom 18.12.2002 von ihrer Alleingesellschafterin, einer AG, den einzigen Geschäftsanteil einer anderen GmbH, die wiederum Grundbesitz in Deutschland hielt. Am 19.12.2002 wurde diese Geschäftsanteilsabtretung durch einen Schweizer Notar öffentlich beurkundet. Erst rund drei Monate später wurde dieser Vorgang dem FA angezeigt und am nächsten Tag wiederum der Vertrag aufgehoben und die GmbH-Geschäftsanteile zurückübertragen, wiederum durch einen Schweizer Notar. Letztere Anzeige

erfolgte unverzüglich. Eine Kaufpreiszahlung war nie erfolgt. Durch die erste Übertragung war der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG ausgelöst worden. Eine Aufhebung der Steuerfestsetzung nach § 16 Abs. 2 GrEStG schied nach Ansicht des FA jedoch gemäß § 16 Abs. 5 GrEStG aus, weil der Erwerbsvorgang erst nach Ablauf der in § 19 Abs. 3 GrEStG bestimmten Zwei-Wochen-Frist angezeigt wurde. Der BFH hat diese Auffassung bestätigt. Zwar sei eine vollständige Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs eingetreten. § 16 Abs. 5 GrEStG sperre jedoch die rechtliche Rückgängigmachung. Diese Rechtsprechung verdeutlicht die Bedeutung der korrekten und zeitnahen Anzeige an das FA (Grunderwerbsteuerstelle), um dem Steuerpflichtigen die potenzielle Möglichkeit der Beseitigung der Steuerbelastung durch Rückabwicklung offen zu halten.

In Risikofällen sollten die Mandanten angehalten und erinnert werden, auch selbst ihrer Anzeigepflicht korrekt, vollständig und rechtzeitig nachzukommen. Denn eine Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG ist ausreichend und ordnungsgemäß, wenn nur eine der anzeigepflichtigen Personen der Anzeigepflicht nachgekommen ist.⁶¹

Sofern der Notar ausnahmsweise seiner Anzeigepflicht pflichtwidrig nicht nachgekommen sein sollte, wirft dies die Frage auf, ob der Notar gegenüber den Vertragsbeteiligten schadensersatzpflichtig wird. Nach überzeugender Ansicht von *Fertig*⁶² besteht nach herrschender Meinung die Anzeigepflicht ausschließlich im öffentlichen Interesse, also gegenüber der Finanzbehörde, nicht aber zum Schutz des Steuerschuldners bzw. der Beteiligten. Die Verletzung der Anzeigepflicht des Notars begründet daher nach herrschender Meinung keine zivilrechtliche Pflicht zum Schadensersatz gegenüber den Beteiligten.⁶³ Der Notar kann sich allerdings bei Unterlassen der erforderlichen Anzeige der leichtfertigen Steuerverkürzung strafbar machen.⁶⁴

2.8 Anwendbarkeit des § 1 Abs. 3 Nrn. 1, 2 GrEStG bei Ausscheiden von Kommanditisten gegen Abfindung, BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 29/14

Die Vereinbarung, dass die Kommanditisten einer grundbesitzenden KG bis auf einen gegen eine von der KG zu leistende Abfindung aus dieser ausscheiden, sodass Anwachsung eintritt, und ihre Geschäftsanteile an der Komplementär GmbH auf den verbleibenden Kommanditisten übertragen, erfüllt nicht den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Der Grunderwerbsteuer unterliegt gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG erst der Vollzug der Vereinbarung. Der BFH wehrt damit den Versuch ab, eine ganz gewöhnliche Auseinandersetzung einer Personengesellschaft mit doppelter Grunderwerbsteuer zu belegen. Gleichzeitig zeigt die Entscheidung, dass eine geringfügig andere Gestaltung, nämlich eine Anteilsabtretung gegen Abfindung statt Ausscheiden mit Anwachsung zu einer Doppelbesteuerung geführt hätte.

61 Siehe *Fertig*, BB 2016, 286, 287 m. w. N.

62 BB 2016, 286, 288.

63 BGH, Urteil vom 21.11.1978, VI ZR 227/77, DNotZ 1979, 228, 229; *Küperkoch*, RNotZ 2002, 297, 299; *Pahlke*, GrEStG, § 18 Rdnr. 23.

64 *Küperkoch*, RNotZ 2002, 297, 299; *Pahlke*, GrEStG, § 18 Rdnr. 20 m. w. N.

59 BFH, Urteil vom 11.12.2014, II R 26/12, DStR 2015, 116; siehe dazu *Gottwald*, MittBayNot 2015, 1, 3.

60 BFH, Urteil vom 12.5.2016, II R 26/14, DStR 2016, 1747.

In der BFH-Entscheidung⁶⁵ arbeitet dieser den Unterschied heraus zwischen dem Ausscheiden eines Kommanditisten mit der Folge der Anwachsung und einer Anteilsabtretung gegen Abfindung. Im Falle des Ausscheidens mit Anwachsung fällt erst das dingliche Ausscheiden des Kommanditisten unter § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG, während § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG nicht den Fall des Ausscheidens, sondern nur den Fall der Anteilsübertragung eines Kommanditisten betrifft. Bei § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG reicht bereits der wirksame Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts, um den Tatbestand zu erfüllen.

Die Problematik lässt sich am besten anhand eines Beispiels verdeutlichen: An einer Personengesellschaft sind drei Gesellschafter, A, B und C, seit 2005 beteiligt. Im Vermögen der Personengesellschaft befinden sich fünf Grundstücke, nämlich die Grundstücke G1-G5. Im November 2011 übertrugen A und B ihre Geschäftsanteile an der GmbH mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.2011 auf C. Ferner erklärten A und B ihr Ausscheiden aus der KG. Eine Anteilsabtretung wurde ausdrücklich nicht vereinbart. Als Gegenleistung für das Ausscheiden erhielten A und B von der KG die Grundstücke G1-G3 übertragen. Soweit Verwalterzustimmungen für die Übertragungen der Sondereigentumseinheiten G1-G3 erforderlich waren, waren diese bis zum 31.12.2011 erteilt. Die Grundstücke G4 und G5 sind in der KG verblieben, die als GmbH & Co. KG fortbestand.

Das FA ging davon aus, dass durch die Beurkundung im November 2011 § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG verwirklicht sei und erfasste dabei die Flurstücke G1 bis G5, da diese noch nicht ausgeschieden waren. Außer Streit stand der Umstand, dass durch die Grundstücksübertragungen G1-G3 auf A und B der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht wurde und insoweit § 6 GrEStG zu einer quotalen Steuerbefreiung des jeweiligen Erwerbers führte.

Nach Auffassung des BFH⁶⁶ konnte durch die Vereinbarung des Ausscheidens von A und B der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG nicht im November 2011 verwirklicht werden, obwohl damit bereits vereinbart war, dass C Alleingesellschafter der GmbH & Co. KG werden würde. Denn diese Norm erfasst nur den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft. Vorliegend wurde aber kein entsprechendes schuldrechtliches Rechtsgeschäft auf Anteilsübertragung abgeschlossen, sondern wurde das Ausscheiden von A und B aus der Gesellschaft vereinbart. Dies erfüllt nach BFH nicht die Voraussetzungen dieser Vorschrift (Nr. 1). In derartigen Fällen wird der Grunderwerbsteuerrechtliche Tatbestand erst durch § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG erfüllt, mit dem Zeitpunkt des dinglichen Ausscheidens selbst, vorliegend also zum Ablauf des Dezember 2011.

Gleichzeitig hatte der BFH zu entscheiden, ob die Grundstücke G1-G3 zu diesem Zeitpunkt noch der KG im Grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne zuzurechnen waren. Diese Frage richtet sich bei § 1 Abs. 3 GrEStG weder nach Zivilrecht noch nach § 39 AO. Maßgebend ist vielmehr die Grunderwerbsteuer-

rechtliche Zurechnung. Ein Grundstück gehört der Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG, wenn es ihr im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für den nach § 1 Abs. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgang aufgrund eines unter § 1 Abs. 1, 2, 3 oder 3a GrEStG fallenden Erwerbsvorgangs Grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist. Umgekehrt folgt daraus, dass ein Grundstück nicht mehr zum Vermögen der Gesellschaft gehört, wenn es zwar noch in ihrem zivilrechtlichen Eigentum steht bzw. ihr bewertungsrechtlich zuzurechnen ist, es aber vor Entstehung der Steuerschuld Gegenstand eines Veräußerungsvorgangs im Sinne des § 1 Abs. 1, 2, 3 oder 3a GrEStG war.⁶⁷

Da bis zum 31.12.2011 die Genehmigungen der WEG-Verwalter bereits zugegangen waren und der Erwerbsanspruch von A und B auf die Grundstücke damit wirksam geworden war, waren die Grundstücke G1-G3 bereits nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG an A und B veräußert, sodass diese Grundstücke zum Jahreswechsel 2011/2012 nicht mehr der KG zugerechnet werden konnten.

Hinweise: Der Entscheidung des BFH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Entscheidung zeigt allerdings auch, wie sehr im Grunderwerbsteuerrecht Heil und Unheil beieinander liegen und wie schnell eine Doppelbesteuerung derselben Grundstücke ausgelöst werden kann. Die Vereinbarung einer Anteilsübertragung hätte im BFH-Fall nämlich zu einer Doppelbesteuerung der Grundstücke G1-G3 geführt. Insoweit sind bei mehrstufigen Transaktionen die einzelnen Schritte ganz genau aufeinander abzustimmen und speziell bei gesellschaftsrechtlichen Übertragungen genau darauf zu achten, dass ggf. auszuscheidende Grundstücke bereits vorher ausgeschieden sind.

2.9 Grunderwerbsteuerbefreiung für Erwerb von Miteigentumsanteilen von Geschwistern aufgrund interpolierender Betrachtung von § 3 Nrn. 6 und 2 Satz 1 GrEStG, BFH, Urteil vom 16.12.2015 II R 49/14, BStBl. II 2016, S. 292

Überträgt ein Elternteil Miteigentumsanteile an einem Grundstück schwenkweise auf Kinder und verpflichten sich diese dazu, anteilige Miteigentumsanteile auf später geborene Geschwister zu übertragen, kann der Erwerb dieser Geschwister aufgrund interpolierender Betrachtung nach § 3 Nr. 6 i. V. m. Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerbefreit sein. Die interpolierende Betrachtung ist nach Ansicht des BFH⁶⁸ nicht durch § 42 AO ausgeschlossen, wenn die Übertragung von Miteigentumsanteilen auf später geborene Geschwister auf der Intention des schenkenden Elternteils beruht, den Kindern und künftigen Kindern im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge ein Grundstück zu gleichen Teilen zu übertragen.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 21.3.1988 übertrug der Vater des im Oktober 1988 geborenen Klägers (= Sohn) dessen zwei Schwestern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Miteigentumsanteile an einem Grundstück zu gleichen Teilen. Die Schwestern verpflichteten sich in dem Vertrag, für den Fall der Geburt weiterer, ehelicher Kinder des Vaters ihre (künftigen) Geschwister so zu stellen, als ob diese zu densel-

65 BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 29/14, BStBl. II 2016, S. 358 = DStR 2016, 599 = BFH/NV 2016, 680; siehe dazu *Halaczinsky*, UVR 2016, 135; *Fumi*, BFH/PR 2016, 197.

66 BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 29/14, BStBl. II 2016, S. 358 = DStR 2016, 599 = BFH/NV 2016, 680.

67 So bereits BFH, Urteil vom 11.12.2014, II R 26/12, BStBl. II 2005, S. 402.

68 BFH, Urteil vom 16.12.2015, II R 49/14, BStBl. II 2016, S. 292 = DStR 2016, 405.

ben Bedingungen einen Miteigentumsanteil erworben hätten. Der Vater behielt sich ein Nießbrauchsrecht an dem übertragenen Grundstück vor. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 27.12.2012 übertrugen die beiden Schwestern unter Bezugnahme auf ihre Verpflichtung aus dem Vertrag vom 21.3.1988 dem Kläger gegen teilweise Übernahme der Nießbrauchsverpflichtung jeweils ein Sechstel des Grundstücks, sodass alle Geschwister Miteigentümer zu je einem Drittel wurden.

Der Erwerb der Miteigentumsanteile von den Schwestern⁶⁹ durch den Kläger ist nach BFH aufgrund interpolierender Betrachtung von § 3 Nr. 6 i. V. m. Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit – trotz Übernahme des Nießbrauchs durch den Sohn.

2.10 Instandhaltungsrücklage beim Meistgebot und Grunderwerbsteuer, BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 27/14, DStR 2016, 1108

Beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrücklage zu mindern. So hat der BFH⁷⁰ in seinem Urteil vom 2.3.2016 entschieden. Grundlage der BFH-Entscheidung ist der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG, wonach das Meistgebot als Bemessungsgrundlage anzusetzen sei. Die Instandhaltungsrücklage sei Teil des Vermögens der Wohnungseigentümergeinschaft, einem unabhängigen teilrechtsfähigen und parteifähigen Verband sui generis. Die Instandhaltungsrücklage bleibt auch bei einem Eigentümerwechsel Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft. Ein Rechtsträgerwechsel finde bezüglich der Instandhaltungsrücklage gar nicht statt.

Praxishinweis: Die entscheidende Folgefrage besteht darin, ob weiterhin daran festgehalten werden kann, dass beim rechtsgeschäftlichen Erwerb einer Eigentumswohnung die Instandhaltungsrücklage aus der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ausgeschieden werden kann.⁷¹ Der BFH äußert sich hierzu ausdrücklich nicht, sondern lässt diese Frage unentschieden. Die BFH-Entscheidung legt jedoch nahe, dass im Hinblick auf die Verselbständigung der WEG-Gemeinschaft zum 1.7.2007 Zweifel am Fortbestand der früheren Rechtsprechung⁷² bestehen.

3. Aktuelle Anweisungen der Finanzverwaltung

3.1 Anwendung der §§ 5 und 6 GrEStG, Oberste Finanzbehörden der Länder vom 9.12.2015, BStBl. I 2015, S. 1029

Die Steuer für den Grundstücksübergang wird nach Maßgabe der §§ 5, 6 GrEStG nicht erhoben, soweit der übertragende oder erwerbende Gesamthänder am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist. Dies gilt entsprechend beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamt-

hand, soweit deren Gesamthänder identisch sind und ihre Beteiligungshöhe übereinstimmt und ebenso bei Übertragung von Grundstücken einer Gesamthand auf ihre Gesamthänder. Zur Anwendung dieser beiden Normen hat die Finanzverwaltung die aktuellen Anwendungsgrundsätze in dem Erlass vom 9.12.2015 zusammengefasst.⁷³ Der Inhalt dieses sehr umfangreichen Schreibens kann hier nicht vollständig wiedergegeben werden, sondern nur auf einzelne Besonderheiten hingewiesen werden:

Ist für den Fall der Auflösung der Gesamthand eine von der Beteiligungsquote abweichende Auseinandersetzungsquote vereinbart, ist diese grundsätzlich vorrangig maßgebend (§ 6 Abs. 1 Satz 2 GrEStG). Dieser Umstand eröffnet zwar Gestaltungsspielräume, deren Grenzen jedoch teilweise unsicher sind, kann jedoch auch steuerliche Probleme verursachen.⁷⁴

Die Steuervergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 bzw. nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG bleibt nur erhalten, wenn bzw. soweit der grundstücksübertragende Gesamthänder seine – auf der Gesellschafterstellung beruhende – (Mit-)Berechtigung an dem auf die Gesamthand übergegangenen Grundstück und die Höhe seines Anteils am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Grundstücksübergang uneingeschränkt aufrechterhält (§ 5 Abs. 3 bzw. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG). Andernfalls ist die Vergünstigung rückwirkend ganz oder teilweise zu versagen.

Die Steuervergünstigung nach § 6 Abs. 1-3 GrEStG gilt nicht, soweit

- ein Gesamthänder bzw. dessen Rechtsvorgänger seinen Anteil an der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren vor dem Grundstücksübergang durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat (§ 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG);
- eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Auseinandersetzungsquote innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Auflösung der Gesamthand vereinbart worden ist (§ 6 Abs. 4 Satz 2 GrEStG).

Zur Vermeidung von Steuerumgehungen regelt § 5 Abs. 3 bzw. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG, dass die gewährte Vergünstigung rückwirkend zu versagen ist, soweit sich innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand der Anteil des übertragenden Gesamthänders am Vermögen der erwerbenden Gesamthand vermindert.

Als Verminderung des Anteils des übertragenden Gesamthänders am Vermögen der Gesamthand gilt zum Beispiel

- das Ausscheiden aus der Gesellschaft,
- die Herabsetzung der Beteiligung durch Verkauf, Übertragung usw. auf andere Gesellschafter oder auf einen Treuhänder,
- die Aufnahme neuer Gesellschafter und
- die Umwandlung des grundstücksübertragenden Gesamthänders sowie die formwechselnde Umwandlung der erwerbenden Gesamthand in eine Kapitalgesellschaft.⁷⁵

69 Siehe dazu auch bereits *Gottwald*, MittBayNot 2015, 1, 4 a. E.

70 BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 27/14, DStR 2016, 1108 = BStBl. II 2016, S. 619; *Urbach*, DStZ 2016, 480; *Halaczinsky*, UVR 2016, 203; *Fahsel*, DStR 2016, 1587; *Drasdo*, NJW 2016, 2207.

71 Siehe dazu auch *Urbach*, DStZ 2016, 480; *Halaczinsky*, UVR 2016, 203; *Fahsel*, DStR 2016, 1587; *Drasdo*, NJW 2016, 2207.

72 BFH, Urteil vom 9.10.1991, II R 20/89, BStBl. II 1992, S. 152.

73 Oberste Finanzbehörden der Länder vom 9.12.2015, BStBl. I 2015, S. 1029.

74 Siehe dazu *Viskorf* in *Boruttau*, GrEStG, § 6 Rdnr. 28 ff.

75 BFH, Urteil vom 25.9.2013, II R 17/12, BStBl. II 2014, S. 268 = DStR 2014, 32.

Die homogene formwechselnde Umwandlung insbesondere zwischen GbR, OHG, KG und PartG ist hingegen unschädlich. Soweit eine Steuerumgehung objektiv ausgeschlossen ist, ist die Vorschrift des § 5 Abs. 3 GrEStG bzw. des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG ihrer Zielrichtung entsprechend einschränkend auszulegen (teleologische Reduktion). Das Ausscheiden des Grundstücks aus dem Gesamthandsvermögen durch einen erneuten Grunderwerbsteuerbaren Rechtsvorgang innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 GrEStG bzw. des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG führt daher nicht zur rückwirkenden Versagung der Steuervergünstigung, da eine Missbrauchsgestaltung objektiv ausgeschlossen ist. Die Überwachung nach § 5 Abs. 3 GrEStG bzw. nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG endet damit.

Gefährlich und m. E. nicht überzeugend ist hingegen folgender Problemfall, den der Erlass zu Unrecht als steuerpflichtig ansieht: Eine OHG überträgt im Jahr 01 ein Grundstück auf eine KG. Am Vermögen der OHG sind A mit 20 %, B mit 30 % und C mit 50 % beteiligt. Am Vermögen der KG sind Z mit 10 % und die OHG mit 90 % beteiligt. Im Jahr 02 erfolgt eine (heterogene) formwechselnde Umwandlung der OHG in eine GmbH. Im Jahr 03 überträgt C seinen Anteil an der GmbH auf D.

Jahr 01: Für die nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbare Grundstücksübertragung wird die Steuer gemäß § 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG in Höhe von 90 % nicht erhoben.

Jahr 02: Die formwechselnde Umwandlung des übertragenden Rechtsträgers (OHG) führt zur Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG. Die bisher gewährte Vergünstigung in Höhe von 90 % ist nach Auffassung der Finanzverwaltung rückwirkend mit Eintragung des Formwechsels im Handelsregister (§ 198 Abs. 1 UmwG) nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG in voller Höhe zu versagen. Die Steuerfestsetzung ist zu ändern und die Überwachung zu beenden.

Jahr 03: Die Anteilsübertragung von C auf D ist für die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG unbeachtlich.

Abwandlung 1: Die entsprechende Lösung ergibt sich, wenn es sich bei der übertragenden Gesellschaft um eine Kapitalgesellschaft handelt, die durch formwechselnde Umwandlung eine Gesamthand wird. Die zunächst gewährte Vergünstigung nach § 5 Abs. 2 GrEStG ist hier nach § 5 Abs. 3 GrEStG rückwirkend zu versagen.

Die vorstehende Ansicht der Finanzverwaltung ist m. E. unzutreffend und vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt, weil nicht der aufnehmende Rechtsträger seine Rechtsform wechselt, sondern der Einbringende, auf den es hingegen nicht ankommen kann.

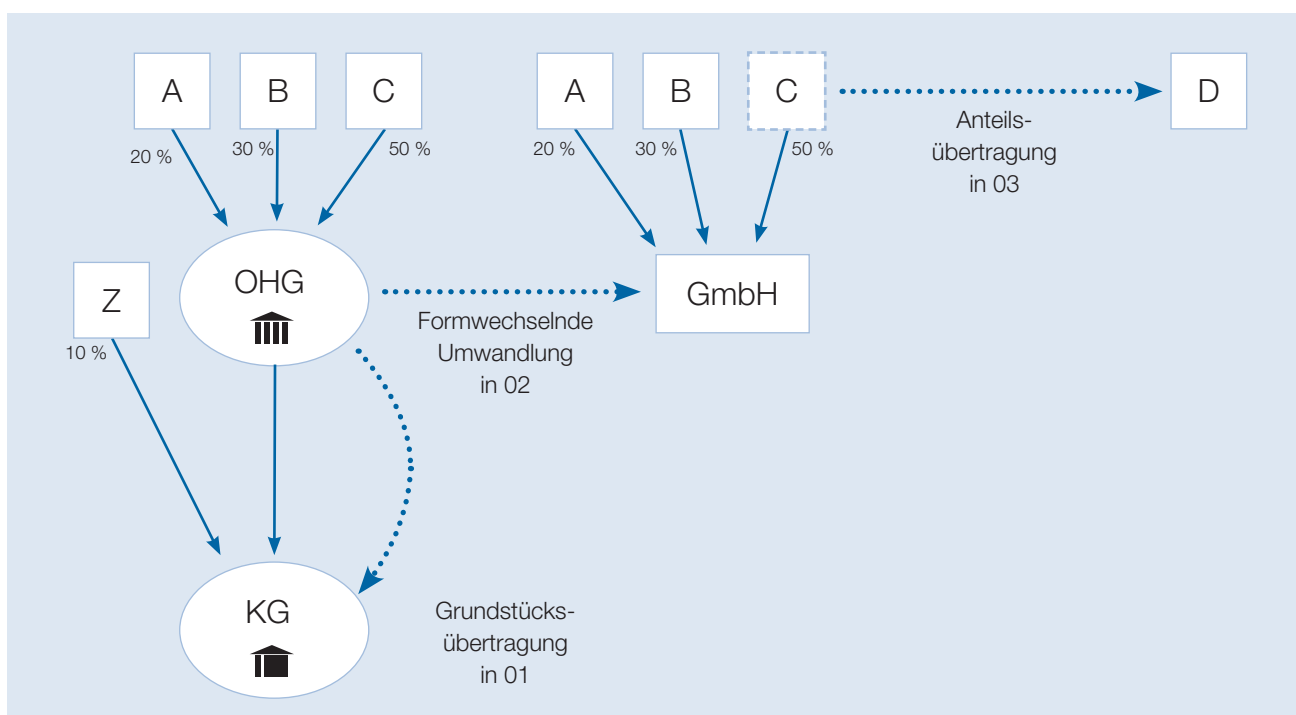
3.2 Grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung von Erbbaurechtsvorgängen, Oberste Finanzbehörden der Länder vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 827

Nachdem der BFH⁷⁶ sich in den vergangenen Jahren mehrfach mit der Grunderwerbsteuerlichen Behandlung des Erbbaurechts befassen musste und dabei teilweise mit der früheren Rechtsprechung gebrochen hat, hat die Finanzverwaltung die neuen Grundsätze in einem umfassenden Schreiben zusammengefasst.⁷⁷ So hatte der BFH entschieden, dass beim Kauf eines erbaurechtsbelasteten Grundstücks durch den Erbbauberechtigten oder einen Dritten lediglich der nach Abzug des Kapitalwerts des Erbbauzinsanspruchs vom Kaufpreis verbleibende Unterschiedsbetrag der Grunderwerbsteuer unterliegt.⁷⁸ Der Kaufpreis ist nicht mehr nach der sog.

76 BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 8/14, BStBl. II 2015, S. 853 = DStR 2015, 1565; BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 30/11, BFH/NV 2013, 1632. Siehe dazu *Behrens*, BB 2015, 1890; *Mathäus/Stock*, DStR 2015, 2752 ff.

77 Oberste Finanzbehörden der Länder vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 827.

78 BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 8/14, BStBl. II 2015, S. 853 = DStR 2015, 1565.



Boruttau'schen Formel aufzuteilen. Diese Grundsätze übernimmt die Finanzverwaltung nunmehr.

- Nur auf Folgendes aus dem Erlass sei an dieser Stelle hingewiesen. Der Grunderwerbsteuer unterliegen nach § 1 Abs. 1 GrEStG beim Erbbaurecht die folgenden Rechtsvorgänge:
- ein Vertrag, der den Anspruch auf Bestellung eines Erbbaurechts begründet;
- ein Vertrag, der den Anspruch auf Übertragung eines Erbbaurechts begründet;
- die Ausübung des Vorrechts auf Erneuerung des Erbbaurechts nach § 31 ErbbauRG;
- eine Vereinbarung über die Verlängerung eines Erbbaurechts;
- eine auf die Bestellung eines Erbbaurechts gerichtete Einigung, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist;
- eine auf die Übertragung eines Erbbaurechts gerichtete Einigung, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist;
- ein Rechtsgeschäft, durch das ein Erbbaurecht vor dem vereinbarten Zeitablauf aufgehoben oder auf ein Erbbaurecht verzichtet wird;
- der Heimfall eines Erbbaurechts nach § 32 ErbbauRG;
- eine auf die Verlängerung eines Erbbaurechts gerichtete Einigung, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist;
- der Übergang eines Erbbaurechts kraft Gesetzes und die Übertragung eines Erbbaurechts durch behördlichen Ausspruch;
- die vorzeitige Löschung eines nicht dem Grundstückseigentümer selbst zustehenden Erbbaurechts im Erbbaugrundbuch, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist;
- das Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren über ein Erbbaurecht;
- ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Abtretung eines Anspruchs auf Bestellung, Übertragung oder Verlängerung eines Erbbaurechts oder der Rechte aus einem Meistgebot begründet;
- ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Abtretung der Rechte aus einem Angebot zum Abschluss eines Vertrages begründet, kraft dessen die Bestellung, Übertragung oder Verlängerung eines Erbbaurechts verlangt werden kann;
- die Abtretung eines der bezeichneten Rechte, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Abtretung der Rechte begründet.

3.3 Finanzbehörden der Länder zur Behandlung von Erschließungs- und Folgekostenbeiträgen vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 823

In ihrem umfassenden Erlass zu den Erschließungskosten nimmt die Finanzverwaltung zur Grunderwerbsteuerlichen Behandlung von Erschließungskosten Stellung.⁷⁹ Dabei ist zwischen folgenden Fallgruppen zu unterscheiden:

- Kauf von der Gemeinde mit bescheidmäßiger Abrechnung;
- Kauf von der Gemeinde mit Ablösungsvertrag;
- Kauf vom Erschließungsträger⁸⁰;
- Kauf gegen Erstattung des Ablösungsbetrages oder der Vorauszahlungen.

Stets kommt es darauf an, ob ein bereits erschlossenes Grundstück verkauft wird oder nicht. Handelt es sich um ein bereits erschlossenes Grundstück, so ist die gesamte vertragliche Gegenleistung Grunderwerbsteuerpflichtig. Entscheidend ist daher die Frage, wann ein Grundstück Grunderwerbsteuerlich vollständig erschlossen ist. Nach § 133 Abs. 2 BauGB entsteht die Beitragspflicht mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen. Die Merkmale der endgültigen Herstellung regeln die Gemeinden durch Satzung (§ 132 Nr. 4 BauGB). Maßgebend ist nach Ansicht der Finanzverwaltung der Zeitpunkt der endgültigen Herstellung im jeweiligen gesamten Bau- und Erschließungsgebiet und nicht des einzelnen Grundstücks. Nur ein Grundstück, für das die Beitragspflicht vollständig entstanden ist, ist Grunderwerbsteuerrechtlich als „erschlossenes“ Grundstück anzusehen.

Die Erschließungsanlagen werden in vielen Baugebieten nicht in einem Zuge fertig gestellt, sondern schrittweise entsprechend dem Fortgang der Bautätigkeit im betroffenen Gebiet. Daher sind oftmals einige Grundstücke in einem Baugebiet vollständig erschlossen, während bei anderen erst ein Teil der oder keine Erschließungsanlagen fertig gestellt sind. Hierbei kann die Beitragspflicht für Teilbeträge entstehen, sobald die Maßnahmen, deren Aufwand hierdurch gedeckt werden soll, abgeschlossen sind. Grunderwerbsteuerrechtlich sind sämtliche Grundstücke jedoch als „nicht erschlossen“ anzusehen, weil die Erschließungsanlagen im gesamten Bau- und Erschließungsgebiet noch nicht endgültig hergestellt worden sind.

Der Erlass fasst die Besteuerungsgrundsätze in folgender Grafik gut zusammen:

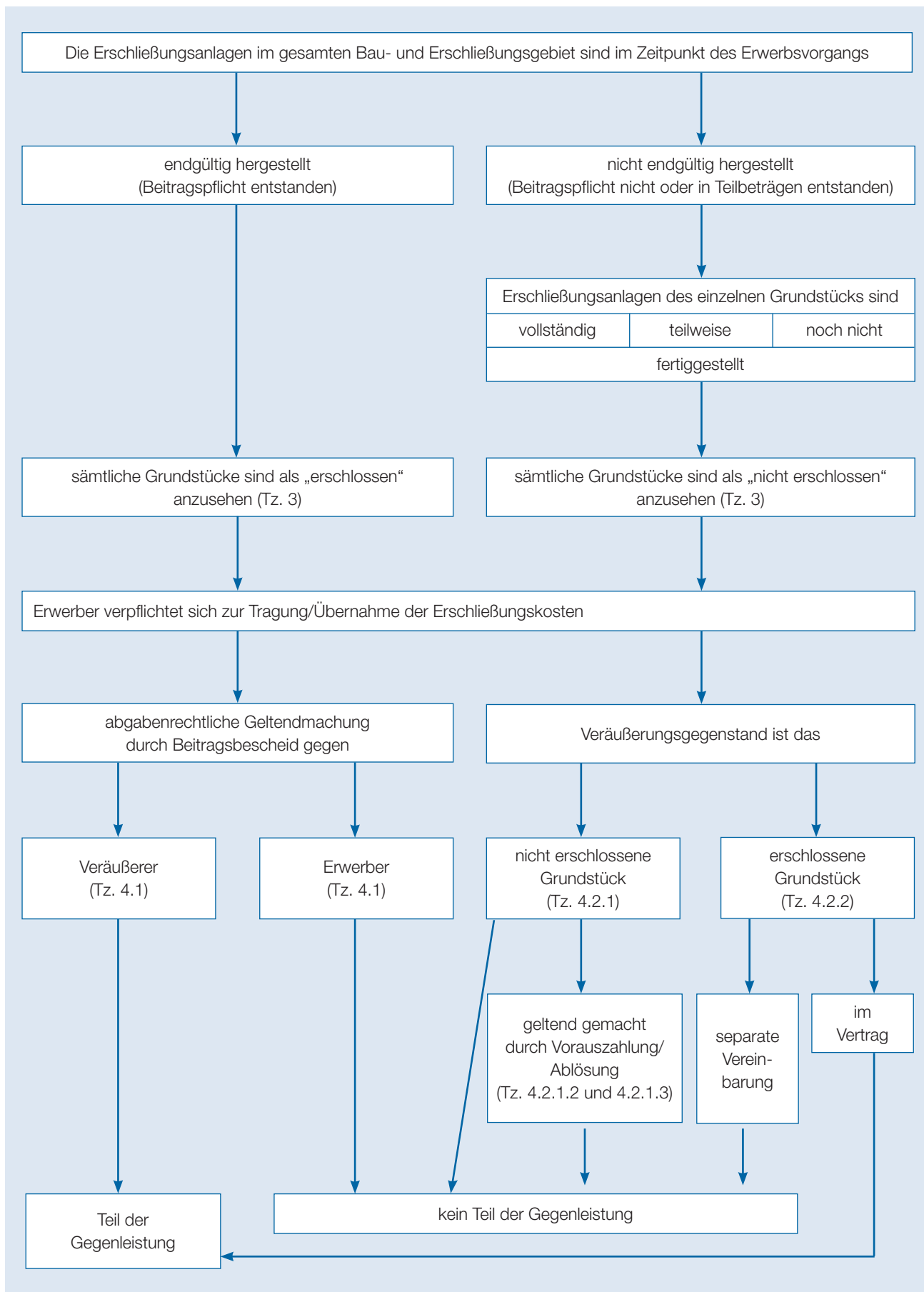
4. Zusammenfassung

Auch in 2015/2016 ist das Grunderwerbsteuerrecht wieder sehr bewegt gewesen und hat wieder hinreichende Aufmerksamkeit verdient. Folgende Aspekte sind besonders hervorzuheben:

- Gesetzesreform des GrEStG durch das StÄndG 2015, insbesondere hinsichtlich des notarrelevanten § 21 GrEStG und § 1 Abs. 2a GrEStG;
- umfangreiche Rechtsprechung zur vorweggenommenen Erbfolge, Geschwisterübertragungen, zur Erbaueinanderersetzung und zur Instandhaltungsrücklage in WEG-Fällen sowie zu zahlreichen Facetten der gesellschaftsrechtlichen Transaktionen und Umwandlungen;
- drei umfangreiche Erlasse zu Einbringungsfällen und Ausbringungsfällen nach §§ 5, 6 GrEStG, zum Erbbaurecht und zur Behandlung von Erschließungskosten im Grunderwerbsteuerrecht.

⁷⁹ Finanzbehörden der Länder zur Behandlung von Erschließungs- und Folgekostenbeiträgen vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 823. Siehe zu dieser Problematik *Bruschke*, UVR 2002, 281; *Grziwotz/Gottwald*, UVR 2005, 13.

⁸⁰ BFH, Urteil vom 21.3.2007, II R 67/05, BStBl. II 2007, S. 614. In diesen Fällen kommt es darauf an, die Übereignungspflicht von der Herstellungspflicht zu trennen, wenn auch in einem einheitlichen Vertrag, um die Grunderwerbsteuerfreiheit zu gewährleisten.



Aufsätze

Buchbesprechungen

Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil II: Risiken und Gestaltungsfragen

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

Der Beitrag setzt die im letzten Heft erschienene Abhandlung fort.¹ Gegenstand der folgenden Ausführungen ist die Frage, welche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, um einen rechtssicheren Eigentumserwerb durch im ausländischen Güterstand verheiratete Ehegatten zu ermöglichen.

IV. Rechtswahl als Allheilmittel?

Keine Probleme stellen sich, wenn die Ehegatten das auf ihren Güterstand anwendbare Recht gewählt haben. Der Güterstand lässt sich dann vergleichsweise einfach ermitteln. Dass Eheleute eine Rechtswahl bereits getroffen haben, kommt jedoch nur in der Minderzahl der Fälle vor.

Richtet sich das Ehegüterrecht nach den objektiven Anknüpfungsregeln, wählt die Gestaltungspraxis mitunter den Weg, den Ehegatten eine gegenständlich auf das Immobilienvermögen beschränkte Rechtswahl zum deutschen Recht nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB vorzuschlagen. Der Vorteil dieser Rechtswahl liegt auf der Hand: Sie schafft Rechtssicherheit. Es bestehen keine Zweifel daran, dass die Ehegatten das Grundstück in Bruchteilsgemeinschaft erwerben können. Unbequeme Fragen nach der Verlautbarung eines ausländischen Güterstands im Grundbuch stellen sich nicht. Die Nachteile einer solchen Rechtswahl überwiegen jedoch eindeutig:² Es kommt zu einer Vermögensspaltung, die schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft: Was ist genau unter dem Begriff des unbeweglichen Vermögens zu verstehen?³ Welchem Güterstand sind die Verbindlichkeiten der Immobilie zuzuordnen, wie verhält es sich mit getätigten Investitionen? Kommt es zur Beendigung der Ehe, müssen außerdem gleich zwei verschiedene Güterstände abgewickelt werden. Das ist für die Beteiligten eine oftmals kaum mehr zu überblickende Herausforderung.

Von einer gegenständlich beschränkten Rechtswahl ist daher abzuraten.⁴ Sie schadet im Zweifel mehr, als sie nützt. Wegen der zahlreichen Folgeprobleme hat sich der Europäische Gesetzgeber entschlossen, in der Ehegüterrechtsverordnung (EuGüVO) keine Möglichkeit der gegenständlich beschränkten Rechtswahl mehr zuzulassen. Eine Rechtswahl, die zu einer

Vermögensspaltung führt, ist unzulässig (vgl. Art. 21 EuGüVO). Nach Art. 69 Abs. 3 EuGüVO richten sich die Rechtswahlmöglichkeiten nach dem 29.1.2019 ausschließlich nach der EuGüVO. Es ist daher nur noch bis zu diesem Datum möglich, eine gegenständlich beschränkte Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB zu treffen.

Der Erwerb einer Immobilie kann für die Ehegatten freilich einen Anlass bieten, ihre güterrechtlichen Verhältnisse neu zu ordnen. Insoweit kann es daher durchaus angezeigt sein, die Ehegatten über die Möglichkeiten einer nachträglichen Rechtswahl und einen Wechsel zum deutschen Recht zu beraten. Allerdings wird diese Beratung isoliert von der Beurkundung des Kaufvertrags erfolgen. Sollten die Ehegatten eine Rechtswahl zum deutschen Recht für ihr gesamtes Vermögen wünschen, wird es sich anbieten, den Ehevertrag vor der Beurkundung des Kaufvertrags zu protokollieren. Dass ein solcher Ehevertrag über das gesamte Vermögen zweckmäßigerweise in einer eigenen Niederschrift aufzunehmen ist, versteht sich von selbst.

V. Risiken bei Ermittlung eines falschen Güterstands

Haben die Eheleute keine Rechtswahl getroffen, bleibt es bei Anwendung der objektiven Anknüpfungsregelungen. Bereitet die Anwendung der deutschen Kollisionsnormen des EGBGB in der Regel keine Schwierigkeiten, ist die Anwendung des ausländischen Güterkollisions- und Güterrechts mitunter mit Unwägbarkeiten verbunden. Geradezu paradigmatisch ist hierfür der Streit um die Einordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft niederländischen Rechts. Während die Rechtsprechung eine Eintragung der Ehegatten in Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht für erforderlich hält⁵, geht die überzeugende, von der Literatur vertretene Gegenmeinung davon aus, dass eine Eintragung der Ehegatten als Alleineigentümer bzw. Bruchteilseigentümer erfolgen kann und muss.⁶

Das wirft die Frage auf, welche Risiken bestehen, wenn die Ehegatten irrtümlich in einem falschen Güterstand das Grundstück erwerben und in das Grundbuch eingetragen werden. Der Veräußerer hat ein berechtigtes Interesse daran, dass er das Eigentum wirksam an die Erwerber überträgt. Die Erwer-

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

1 MittBayNot 2016, 482.

2 Beck'sches Notarhandbuch/*Krauß*, 6. Aufl. 2015, A. I. Rdnr. 671.

3 Vgl. zu den zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, § 6 Rdnr. 162.

4 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 22.

5 OLG München, Beschluss vom 16.2.2009, 34 Wx 95/08, NJW-RR 2009, 806; OLG Oldenburg, Beschluss vom 22.5.1991, 5 W 55/91, Rpfleger 1991, 412; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.11.1999, 3 Wx 343/9 9, FGPrax 2000, 5; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2009, 2 W 82/09, FGPrax 2010, 19, 20.

6 *Süß*, Rpfleger 2003, 53, 60; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 4 Rdnr. 326.

ber haben primär ein Interesse am wirksamen Erwerb, sekundär aber auch an der Verlautbarung des richtigen Erwerbsverhältnisses im Grundbuch.

Ausgangspunkt der Überlegungen und zugleich Gefahrenquelle für die Gestaltung ist, dass nach zutreffender herrschender Meinung die Angabe des Erwerbsverhältnisses zum zwingenden Inhalt der Auflassung gehört und materielle Wirksamkeitsvoraussetzung des Eigentumserwerbs ist.⁷ Lässt sich das Erwerbsverhältnis der Auflassung nicht durch Auslegung entnehmen oder besteht das angegebene Erwerbsverhältnis tatsächlich nicht, ist die Auflassung unwirksam.

1. Erwerb und Eintragung in Bruchteilseigentum bei tatsächlich bestehender Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft

a) Wirksamkeit des Erwerbs

Erfolgt die Auflassung an einen Ehegatten zu Alleineigentum oder an beide Ehegatten zu Bruchteilseigentum, obwohl sie im Güterstand einer Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet sind, ist der Eigentumserwerb gesichert. Die Ehegatten erwerben das Eigentum kraft Gesetzes in Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft.⁸ Dies hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung vom 10.12.1981 zur Gütergemeinschaft bereits näher dargelegt.⁹ Den Theorienstreit um die Einordnung des § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB und die Frage, ob ein Durchgangs- oder Direkterwerb vorliegt (sog. Durchgangs- und Unmittelbarkeitstheorie), hat der BGH offen gelassen. Folgt man der Unmittelbarkeitstheorie, wirkt die vom Erwerber erklärte Auflassung eo ipso für die Gütergemeinschaft. Dass nur ein Ehegatte als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, obwohl die Auflassungserklärung auch zwangsläufig zugunsten des anderen Ehegatten wirkt, begegnet mit Blick auf das Kongruenzgebot zwischen Einigung und Eintragung keinen Bedenken.¹⁰ Dass das Grundstück in das Gesamtgut fällt, beruht auf der gesetzlich zwingenden Anordnung des § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht jedoch auf der Einigung als solcher. Wenn § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB anordnet, dass die von einem Ehegatten erworbenen Vermögensgegenstände in das Gesamtgut fallen, handelt es sich um eine gesetzliche Folge eines rechtsgeschäftlich zulässigen Erwerbs, die nicht zur Wirksamkeit eben dieses Erwerbs der Ein-

tragung in das Grundbuch bedarf. Der Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärungen wird im Grundbuch wiedergegeben.

Die Durchgangstheorie kommt zu keinem anderen Ergebnis. Jeder Eigentümer erwirbt den Miteigentumsanteil für eine logische Sekunde, bevor er gemäß § 1416 Abs. 1 Satz 2 in das Gesamtgut fällt.¹¹ Dass die Ehegatten in Bruchteilsgemeinschaft in das Grundbuch eingetragen werden, führt nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung.¹²

Stellt sich nach der Grundbucheintragung heraus, dass die als Miteigentümer eingetragenen Ehegatten tatsächlich in Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet sind, kann nach einem formlosen Antrag (§ 13 GBO) eine Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO durch Unrichtigkeitsnachweises unter Vorlage des Ehevertrags¹³ oder durch Berichtigungsbewilligung (§§ 19, 22 GBO) erfolgen.¹⁴ Eine Zustimmung des von der Eintragung begünstigten Ehegatten nach § 22 Abs. 2 GBO ist nicht erforderlich.¹⁵

Stellt sich bereits vor Grundbuchvollzug heraus, dass der Güterstand falsch bezeichnet wurde, kann unter entsprechenden Voraussetzungen eines Unrichtigkeitsnachweises oder einer Berichtigungsbewilligung eine direkte „berichtigende“ Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft bzw. Errungenschaftsgemeinschaft erfolgen, ohne dass die Auflassung erneut erklärt werden müsste.¹⁶

b) Konkludente Rechtswahl oder konkludente Begründung von Vorbehaltsgut?

Die Ehegatten wären allerdings nicht in Errungenschaftsgemeinschaft einzutragen, wenn sie mit der Angabe, das Grundstück zu Miteigentum zu erwerben, zugleich das deutsche Recht konkludent als anwendbares Güterrecht gewählt haben sollten. Dies ist jedoch in aller Regel nicht der Fall. Die Ehegatten möchten einen Gegenstand in Bruchteilsgemeinschaft nach der *lex rei sitae* erwerben; ihnen fehlt das Erklärungsbewusstsein, eine Rechtswahl mit Blick auf das Güterrecht zu treffen.¹⁷

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob in dem Bruchteilserwerb nicht eine konkludente Teilauseinandersetzung des Güterstands zu erblicken ist. Das BayObLG hat dies angenommen.¹⁸ Dies ist schon deswegen nicht richtig, weil eine Ausein-

7 RG, Urteil vom 21.6.1911, V 574/10, RGZ 76, 409, 413; BayObLG, Beschluss vom 9.12.1958, BReg. 2 Z 202/58, BayObLGZ 1958, 353, 355; BayObLG, Beschluss vom 12.6.1975, BReg. 2 Z 42/75, BayObLGZ 1975, 209, 211; BayObLG, Beschluss vom 5.5.1983, BReg. 2 Z 13, 14/83, BayObLGZ 1983, 118, 122; OLG München, Beschluss vom 20.11.2009, 34 Wx 108/09, MittBayNot 2010, 207, 208; OLG Neustadt, Entscheidung vom 14.12.1964, 3 W 127/64, DNotZ 1965, 613, 614; OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 21.1.1965, 3 W 4/65, DNotZ 1965, 614, 615; NK-BGB/Grziwotz, § 925 Rdnr. 18; a. A. Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 20 Rdnr. 124.

8 BGH, Beschluss vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097; Amann, MittBayNot 1986, 222, 223; KEHE/Munzig, GBO, 7. Aufl. 2015, § 20 Rdnr. 74.

9 BGH, Beschluss vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097, 1098.

10 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 761.

11 BGH, Beschluss vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097, 1098 = DNotZ 1982, 692 = MittBayNot 1982, 67 = FamRZ 1982, 356 = Rpfleger 1982, 135; Reymann, NJW 2008, 1773, 1775; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 761.

12 Reymann, NJW 2008, 1773, 1775.

13 BGH, Beschluss vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097, 1098; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2009, 2 W 82/09, FGPrax 2010, 19, 20.

14 DNotI-Report 2007, 91, 92; Reiß, MittBayNot 2010, 208.

15 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 760.

16 BGH, Beschluss vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097, 1098; OLG München, Beschluss vom 16.2.2009, 34 Wx 95/08, NJW-RR 2009, 806, 809; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2009, 2 W 82/09, FGPrax 2010, 19, 20 f.

17 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000, 2 Z BR 5/00, MittBayNot 2001, 221.

18 BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000, 2 Z BR 5/00, MittBayNot 2001, 221.

andersetzung erst nach dem Erwerb des Vermögens in Betracht kommt.¹⁹ Nach teilweise vertretener Auffassung liegt jedoch in der Angabe des Erwerbsverhältnisses als Bruchteilsgemeinschaft eine konkludente Begründung von Vorbehaltsgut.²⁰ Auch gegen eine solche konkludente ehevertragliche Vereinbarung sprechen aber nicht unerhebliche Bedenken. Die Erklärungen der Ehegatten sind beim Erwerb eines Grundstücks in der Regel nicht darauf gerichtet, die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe auszugestalten. Es geht den Ehegatten darum, einen bestimmten Gegenstand zu Miteigentum nach der *lex rei sitae* zu erwerben, nicht jedoch die Vermögensverhältnisse mit Blick auf das güterrechtliche Innenverhältnis zu ordnen. Dass sie diesen Güterstand abweichenden Regelungen unterwerfen wollen, dürfte zumindest im Regelfall nicht anzunehmen sein. Auch der BGH²¹ hat in seiner Entscheidung zum Erwerb von Bruchteilseigentum von in Gütergemeinschaft verheirateten Eheleuten nicht in Erwägung gezogen, dass die Ehegatten an den Miteigentumsanteilen Vorbehaltsgut begründet haben könnten.

2. Erwerb und Eintragung in tatsächlich nicht bestehender Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft

Geben die Erwerber an, das Eigentum in einem tatsächlich nicht bestehenden Gesamthandsverhältnis zu erwerben, ist die Auffassung unwirksam. Denn nach herrschender Meinung ist das Erwerbsverhältnis Wirksamkeitsvoraussetzung für die Auffassung²².

a) Rechtsprechung des BayObLG

Auch das BayObLG ist in einer Entscheidung vom 5.5.1983 davon ausgegangen, dass die Auffassung zwar unwirksam ist, wenn sie an Ehegatten in tatsächlich nicht bestehender Gütergemeinschaft erklärt worden ist. Die Auffassung könne jedoch in eine Auffassung zu Miteigentum zu gleichen Anteilen umgedeutet werden (§ 140 BGB), sofern keine abweichenden Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es den Ehegatten auf den Erwerb gerade in Gütergemeinschaft ankam.²³ Das BayObLG geht noch einen Schritt weiter: Es lässt sogar eine Umdeutung der Grundbucheintragung zu (von Gütergemeinschaft in Miteigentum zu gleichen Anteilen).²⁴ Für einen vergleichba-

ren ausländischen Güterstand einer Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft kann in der Konsequenz nichts anderes gelten.

Das BayObLG hat seine Auffassung wie folgt begründet²⁵: Es sei anzunehmen, dass die Eheleute bei Kenntnis des wirklich bestehenden Güterstands eine Auffassung als Bruchteilseigentümer vereinbart hätten. Auch sei eine wirksame Eintragung erfolgt. Es würde eine Überspannung des Kongruenzgedankens bedeuten, wenn der Eigentumserwerb verneint werden würde. Es bestehe auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Klarheit des Grundbuchs ein zwingendes Bedürfnis für eine andere Auffassung. Es gehe darum, Unbilligkeiten für die Erwerber und unnötige praktische Schwierigkeiten zu vermeiden.

b) Bewertung

Die Literatur stimmt dieser Entscheidung überwiegend zu und beruft sich dabei so wie das BayObLG vorwiegend auf die drohenden Konsequenzen, die aus der Eintragung eines falschen Erwerbsverhältnisses in das Grundbuch resultieren würden.²⁶ Die Literatur sieht die Ausführungen des BayObLG zum Teil aber auch sehr kritisch und äußert starke Zweifel an ihrer Tragfähigkeit.²⁷ Die Bedenken beziehen sich vor allem auf die Umdeutung der Grundbucheintragung. Die herrschende Meinung in der Literatur²⁸ und auch zahlreiche Entscheidungen²⁹ halten Grundbucheintragungen nämlich generell nicht für umdeutbar. Sie berufen sich auf die Publizitätsfunktion des Grundbuchs. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass das BayObLG in zwei späteren Entscheidungen³⁰ die Frage der Umdeutung von Grundbucheintragungen offen gelassen und in einem obiter dictum generell abgelehnt hat.³¹

Die grundsätzlich gegen die Möglichkeit der Umdeutung einer Grundbucheintragung ins Feld geführten Argumente können nicht überzeugen. Eine Umdeutung muss unter den Voraussetzungen möglich sein, unter denen auch eine Auslegung der Grundbucheintragung in Betracht kommt. Die Grenzen zwi-

19 OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1187.

20 *Riering*, MittBayNot 2001, 222, 223; dem offenbar folgend OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1187.

21 BGH, Beschluss vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097.

22 Vgl. Fn. 8.

23 BayObLG, Beschluss vom 5.5.1983, BReg. 2 Z 13, 14/83, BayObLGZ 1983, 118, 123 f..

24 BayObLG, Beschluss vom 5.5.1983, BReg. 2 Z 13, 14/83, BayObLGZ 1983, 118, 124; BayObLG, Beschluss vom 5.9.2002, 2Z BR 71/02, NJW-RR 2003, 12, 13; ebenso *Böhringer*, BWNotZ 1985, 102, 104; *MünchKomm-BGB/Kanzleiter*, 6. Aufl. 2013, § 925 Rdnr. 23; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 762; *Staudinger/Pfeifer*, Neubearb. 2011, § 925 Rdnr. 56; *Münch/Everts*, Familienrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 135. Für Anwendung der Grundsätze der „falsa demonstratio“ *Reymann*, NJW 2008, 1773 ff.

25 BayObLG, Beschluss vom 5.5.1983, BReg. 2 Z 13, 14/83, BayObLGZ 1983, 118.

26 *Böhringer*, BWNotZ 1985, 102, 104; *Meikell/Böttcher*, GBO, § 20 GBO Rdnr. 125; *MünchKomm-BGB/Kanzleiter*, § 925 Rdnr. 23; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 762; *Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rdnr. 56; *Münch/Everts*, Familienrecht, § 2 Rdnr. 135. Für Anwendung der Grundsätze der „falsa demonstratio“ *Reymann*, NJW 2008, 1773 ff.

27 *Britz*, RNotZ 2008, 333, 334; *Wolfsteiner*, DNotZ 1987, 67, 86 f.; kritisch auch *Süß*, Rpfleger 2003, 53, 60.

28 *Staudinger/Gursky*, § 873 Rdnr. 280; *Staudinger/Roth*, Neubearb. 2015, § 140 Rdnr. 10; a. A. *KEHE/Keller*, GBO, Einl. § 3 Rdnr. 31; *Meikell/Schneider*, GBO, § 53 GBO Rdnr. 34.

29 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.2.1958, 5 W 22/58, NJW 1958, 1189; OLG München, Beschluss vom 9.9.2009, 34 Wx 78/09, FGPrax 2009, 259, 260; a. A. LG Darmstadt, Beschluss vom 26.2.2004, 26 T 188/03, Rpfleger 2004, 349.

30 MittBayNot 1995, 460, 461.

31 NJW-RR 1997, 1511, 1512; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 25.6.1998, 2 Z BR 55/98, DNotZ 1998, 752: Keine Umdeutung, wenn Rechtsgeschäft wirksam ist und nur eine Diskrepanz zwischen materiellem Rechtsgeschäft und Eintragung besteht.

schen Umdeutung und Auslegung sind fließend. Warum eine Auslegung der Grundbucheintragung im Rahmen gewisser Grenzen möglich ist, eine Umdeutung aber von vornherein ausscheiden soll, leuchtet nicht ein.³²

Die Rechtsprechung hält grundsätzlich auch eine ergänzende Auslegung von Grundbucheintragungen für zulässig.³³ Allerdings ist eine Auslegung am Maßstab objektiver Kriterien geboten. Maßgeblich ist, wie sich Eintragung und Erklärungen für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergeben. Außerhalb der Eintragung liegende Umstände können herangezogen werden, wenn sie für jedermann offenkundig sind³⁴ oder sich aus den berücksichtigungsfähigen Eintragungsunterlagen ergeben.³⁵

Das Erwerbsverhältnis ist in das Grundbuch einzutragen (§ 47 Abs. 1 GBO). Ist die Eintragung des Erwerbsverhältnisses unterblieben, schadet die fehlende Grundbucheintragung nicht, sofern sich das Erwerbsverhältnis aus der Eintragungsbewilligung ergibt.³⁶ Erfolgt die Auflassung an Ehegatten zu tatsächlich nicht bestehender Gütergemeinschaft, dürfte wohl auch eine an objektiven Kriterien und der allgemeinen Lebenserfahrung orientierte Auslegung ergeben, dass der Erwerb zu Bruchteilseigentum zu gleichen Anteilen gewollt ist.³⁷ Denn auch im Rahmen der Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft sind die Ehegatten wirtschaftlich an der Immobilie zu jeweils ½ beteiligt. Die Ehegatten haben gerade nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Gegenstand zum Vorbehaltsgut zu machen.

Bedenken gegen die ergänzende Auslegung bzw. Umdeutung ergeben sich aus dem Umstand, dass sich das Bestehen der zu füllenden Lücke der Grundbucheintragung nicht unmittelbar aus der Eintragung bzw. der in Bezug genommenen Urkunden ergibt. Denn dass die Ehegatten nicht in dem angegebenen Güterstand leben, lässt sich zumindest in aller Regel nicht der Eintragungsbewilligung der Auflassung, sondern nur anhand von außerhalb des Grundbuchs liegenden Umständen entnehmen. Für einen außenstehenden Dritten ist aus der Grundbucheintragung nicht erkennbar, dass die Ehegatten gar nicht in dem angegebenen ausländischen Güterstand leben. Ein objektiver Betrachter geht davon aus, dass die Ehegatten das Grundstück in Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft erworben haben. Dass eine ergänzungsbedürftige Lücke besteht, ist für einen Dritten nicht erkennbar. Es gibt beim Blick auf die Grundbucheintragung keinen Anlass für

eine Auslegung der Eintragung in dem Sinne, dass die Ehegatten Miteigentum erworben haben.

Die Rechtsprechung des BayObLG kann daher in ihrer dogmatischen Herleitung der Umdeutung der Grundbucheintragung nicht überzeugen. Der Sache nach dürfte es sich um eine bewusst in Kauf genommene Einschränkung der Grundbuchpublizität zur Gewährleistung von Transaktionssicherheit handeln. Dass man die Grundbuchpublizität hintanstellt, um massenhaft unwirksame Eintragungen zu verhindern, kann jedoch ein legitimes Anliegen sein.³⁸ Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung des BayObLG zumindest bei ausländischen Güterständen der Errungenschaftsgemeinschaft im Ergebnis verständlich. Es besteht ein dringendes praktisches Bedürfnis dafür, dass man Ehegatten im korrekten Erwerbsverhältnis in das Grundbuch einträgt. Bei ausländischen Güterständen besteht immer eine gewisse Rechtsunsicherheit, die weder der deutsche Notar noch das Grundbuchamt sicher ausräumen kann. Eine andere sichere Lösung, die gleichzeitig praktikabel ist, kommt nicht in Betracht, soweit es um das Risiko der Wiedergabe eines nicht bestehenden Erwerbsverhältnisses im Grundbuch geht (siehe hierzu unten unter VI. 3. b). Will man den Beteiligten die sinnvolle Möglichkeit eröffnen, ihre Errungenschaftsgemeinschaft in das Grundbuch eintragen zu lassen, muss es mit der Auslegung bzw. Umdeutung ein Korrektiv geben, um das Risiko einer unwirksamen Grundbucheintragung abzufedern. Es darf nicht sein, dass Ehegatten aus Gründen des sichersten Wegs stets gehalten sind, eine Bruchteilsgemeinschaft im Grundbuch zu verlautbaren, die eine logische Sekunde nach der Eintragung so nicht mehr besteht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Grundbuchpublizität der Grundbucheintragung zurückstehen muss hinter dem Interesse der Rechtsordnung an der korrekten Verlautbarung eines ausländischen Güterstands.

c) Wirksamkeit von Auflassung und Eintragung bei gutem Glauben des Veräußerers

Lehnt man die Umdeutungslösung des BayObLG ab, fragt sich, ob nicht ein wirksamer Erwerb nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB in Betracht kommt, wenn der Veräußerer keine Kenntnis davon hat, dass die Ehegatten tatsächlich in einem anderen Güterstand leben. Unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe dem Recht eines anderen Staats und hat einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder betreibt er hier ein Gewerbe, so kann nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 1412 BGB ein ausländischer Ehegatte eine Einwendung gegen das Rechtsgeschäft nur herleiten, wenn der ausländische Güterstand im Güterrechtsregister eingetragen ist oder dem Vertragspartner bekannt war. Um den Veräußerer zu schützen, der ein Interesse am wirksamen Eigentumsübergang hat, könnte man daher ihm gegenüber den tatsächlich nicht bestehenden ausländischen Güterstand gegenüber dem gutgläubigen Veräußerer als gegeben unterstellen. Dies wäre jedoch nicht überzeugend. Art. 16 Abs. 1 EGBGB bezieht sich nur auf Beschränkungen, die aus dem ausländischen Güterrecht resultieren. Dass die Ehegatten nicht in einem bestimmten ausländischen Güterstand leben, ist keine Frage einer güterrechtlichen Wirkung eines bestimm-

32 Überzeugend KEHE/Keller, GBO, Einl. § 3 Rdnr. 31; Meikell/Schneider, GBO, § 53 GBO Rdnr. 34.

33 BGH, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, NJW 2004, 3413, 3416.

34 BGH, Urteil vom 26.10.1984, V ZR 67/83, NJW 1985, 385, 386.

35 BGH, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, NJW 2004, 3413, 3416; vgl. KEHE/Keller, GBO, Einl. § 3 Rdnr. 21 ff.; Meikell/Schneider, GBO, § 53 GBO Rdnr. 31, jeweils m. w. N.

36 OLG Hamm, Entscheidung vom 7.7.1964, 15 W 46/64, DNotZ 1965, 408; Meikell/Böhringer, GBO, § 47 GBO Rdnr. 348; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 257; Staudinger/Gurksy, § 873 BGB Rdnr. 265.

37 Anders Britz, RNotZ 2008, 333, 334; skeptisch auch Süß, Rpfleger 2003, 53, 60.

38 Vgl. Staudinger/Gurksy, Neubearb. 2012, § 873 Rdnr. 283.

ten Güterstands. Art. 16 Abs. 1 EGBGB führt nur dazu, dass die güterrechtlichen Wirkungen überwunden werden, kann aber nicht eine tatsächlich nicht bestehende Errungenschaftsgemeinschaft begründen. Man wird über Art. 16 Abs. 1 EGBGB auch nicht zu dem Ergebnis kommen können, dass die Ehegatten das Grundstück zu Bruchteilseigentum erworben haben. Art. 16 EGBGB bezieht sich nur auf die Überwindung güterrechtlicher Verfügungsbeschränkungen, nicht aber auf die Existenz oder Nichtexistenz des Güterstands als solchen. Ob die Auflassungserklärung und Grundbucheintragung in eine Auflassung zu Bruchteilseigentum umgedeutet bzw. in diesem Sinne ausgelegt werden können, ist eine Frage des Sachenstatuts.

Art. 16 Abs. 1 EGBGB greift demgegenüber ein, wenn der zum Alleineigentum erwerbende Ehegatte einer (selten anzutreffenden) güterrechtlichen Erwerbsbeschränkung unterliegen sollte.³⁹ In einem solchen Fall überwindet Art. 16 Abs. 1 EGBGB die güterrechtliche Verfügungsbeschränkung. Zu weitgehend parallelen Ergebnissen kommt man künftig unter Geltung des Art. 28 Abs. 1 EuGüVO, der eine mit Art. 16 Abs. 1 EGBGB vergleichbare Vorschrift darstellt.

d) Vollmacht oder Ermächtigung zur Korrektur des Erwerbsverhältnisses

Folgt man den kritischen Stimmen in der Literatur und hält man bereits die Auflassungserklärung nicht für auslegungsfähig oder umdeutbar, stellt sich die Frage, ob man in der unwirksamen Auflassung nicht zugleich eine Vollmacht oder Ermächtigung an die Erwerber erblicken kann, die Auflassung erneut mit Blick auf das richtige Gemeinschaftsverhältnis zu erklären. Die Frage wird man grundsätzlich bejahen können.⁴⁰ Allerdings schafft die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur der Auflassung keine sichere Grundlage für die Vertragsgestaltung: Die Ehegatten erwerben das Eigentum erst, wenn sie die Auflassung erneut erklären. Möglicherweise findet sich einer der Ehegatten zu diesem Zeitpunkt aber nicht mehr zu einer Mitwirkung bereit. Möglicherweise ist der Veräußerer auch in die Insolvenz gefallen; die Ermächtigung bzw. Vollmacht ist dann unwirksam (§§ 80 f., 117 InsO). Die insolvenzfesten Vormerkung wurde mit Vollzug der Eigentumsumschreibung gelöscht. Die Nachholung der Wirksamkeit des Eigentumserwerbs durch eine korrekte Grundbucheintragung scheidet dann.

VI. Gestaltungsüberlegungen beim Erwerb durch beide Ehegatten

Die vorstehenden Ausführungen leiten zu der Frage über, wie sich ein Notar verhalten sollte, wenn Ehegatten ausländischer

Staatsangehörigkeit gemeinsam ein Grundstück erwerben möchten. Eventuell wird es sich anbieten, mit einer güterrechtlichen Rechtswahl (Art. 15 Abs. 2 EGBGB) für Klarheit zu sorgen. Eine Rechtswahl sollte und darf allerdings kein Automatismus sein. Insbesondere von einer Rechtswahl für das unbewegliche Vermögen nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB ist im Zweifel abzuraten (vgl. hierzu oben IV.).

Die Anwendung ausländischen Rechts ist sowohl für den Notar als auch für das Grundbuchamt mit Unwägbarkeiten verbunden: Die meisten Notare und Grundbuchämter haben in der Regel nur über Sekundärliteratur einen Zugang zum ausländischen Recht. Eine vergleichbare Richtigkeitsgewähr wie bei der Auslegung des eigenen Rechts können weder Notar noch Grundbuchamt übernehmen: Ist das ausländische IPR noch aktuell, haben sich kürzlich Änderungen im Güterrecht ergeben? Wie sieht es mit Vorschriften des intertemporalen Rechts bei zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen aus? Ist die Rückverweisung wandelbar?

Die Rechtsprechung des BayObLG zur Umdeutung von Auflassungserklärung und Grundbucheintragung (vgl. hierzu unter V. 2.) ist nicht gesichert. Nur vor diesem Hintergrund lässt sich erklären, warum zahlreiche Stimmen der Praxis empfehlen, bei Unsicherheiten des anwendbaren Güterrechts⁴¹, in Zweifelsfällen⁴², in der Regel⁴³ oder rein vorsorglich immer⁴⁴ die Parteien als Miteigentümer in das Grundbuch eintragen zu lassen, auch wenn der Notar mit den ihm zur Verfügung stehenden Quellen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Ehegatten in einem ausländischen Güterstand einer Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft leben. Dabei räumt die Literatur durchaus ein, dass das Risiko eines gutgläubigen Wegerwerbs eines Miteigentumsanteils besteht, wenn einer der Ehegatten über seinen „Miteigentumsanteil“ verfügt, obwohl er in Wahrheit nur einen Anteil am Gesamtgut hat. Dieses Risiko sei aber im Verhältnis zu den Gefahren bei der Eintragung eines nicht bestehenden Erwerbsverhältnisses vernachlässigbar.⁴⁵

Die Empfehlungen stehen wiederum zumindest teilweise in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Prüfungskompetenz des Grundbuchamts und dem Bedürfnis, dass das Grundbuch nach Möglichkeit die richtigen Eintragungsverhältnisse wiedergibt.

1. Pflichten des Notars

Der Notar muss ermitteln, ob ausländisches Güterrecht zur Anwendung kommen kann (vgl. § 17 Abs. 3 BeurkG).⁴⁶

Dabei sind insbesondere folgende Informationen von Relevanz, die man beim Erwerb im entsprechenden ausländischen

³⁹ Vgl. *Amann*, MittBayNot 1986, 222, 223 f.

⁴⁰ Str., hierfür OLG Köln, Entscheidung vom 22.8.1979, 2 Wx 67/79, Rpfleger 1980, 16, 17; LG Lüneburg, Beschluss vom 29.11.1993, 4 T 205/93, Rpfleger 1994, 206; BeckOGK-BGB/J. *Weber*, Stand: 1.7.2016, § 925 Rdnr. 143; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 20 GBO Rdnr. 124; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 925 Rdnr. 23; *Reiß*, MittBayNot 2010, 208, 209; hiergegen BayObLG, Beschluss vom 9.12.1958, BReg. 2 Z 202/58, BayObLGZ 1958, 353, 355; OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 21.1.1965, 3 W 4/65, DNotZ 1965, 614, 615.

⁴¹ *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 724.

⁴² Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 56.

⁴³ *Wolfsteiner*, DNotZ 1987, 67, 87.

⁴⁴ *Britz*, RNotZ 2008, 333, 335; *Lichtenberger*, MittBayNot 1986, 111, 113; in diese Richtung auch *Amann* in *Amann/Hertel*, Aktuelle Probleme der Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2004/2005, Februar 2005, S. 93 ff.

⁴⁵ *Britz*, RNotZ 2008, 333, 337; *Wolfsteiner*, DNotZ 1987, 67, 87.

⁴⁶ *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 17 Rdnr. 90; Beck'sches Notarhandbuch/*Bernhard*, G. Rdnr. 58.

Güterstand einer Errungenschaftsgemeinschaft oder Gütergemeinschaft in der Urkunde zweckmäßigerweise wiedergeben sollte.

- heutige Staatsangehörigkeit
- heutiger gewöhnlicher Aufenthalt
- Eheschließungsdatum
- Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Eheschließung
- gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Eheschließung
- Rechtswahl bzw. Abschluss von Eheverträgen
- bei Eheschließungsdatum vor dem 9.4.1983: Haben sich die Ehegatten einem bestimmten Recht unterstellt oder sind sie von der Anwendung ausländischen Güterrechts ausgegangen?

Findet ausländisches Recht Anwendung, hat der Notar hierüber zu belehren (§ 17 Abs. 3 Satz 1 Var. 1 BeurkG). Der Notar ist verpflichtet, die Kollisionsnormen deutschen Rechts auf der Basis des ihm vorgetragenen Sachverhalts anzuwenden.⁴⁷ Ausländisches Kollisionsrecht muss der Notar nicht kennen (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG). Der Notar muss daher insbesondere nicht die Frage beantworten, ob ein ausländisches Kollisionsrecht einen Verweis des deutschen Güterkollisionsrechts annimmt. Kommt eine Rück- und Weiterverweisung in Betracht (vgl. Art. 4 Abs. 1 EGBGB), muss der Notar keine abschließende Aussage über das maßgebliche Recht treffen. Erst recht muss der Notar nicht über den Inhalt des ausländischen Güterrechts belehren (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG). Übernimmt der Notar keine Beratung im ausländischen Recht, kann er die Beteiligten auf die Möglichkeit verweisen, das Rechtsgutachten eines Universitätsinstituts einzuholen oder einen ausländischen Juristen hinzuziehen.⁴⁸

Der Notar muss jedoch in jedem Falle prüfen, ob das angegebene Erwerbsverhältnis dem Willen der Parteien entspricht.⁴⁹ Dies gilt auch, wenn die Ehegatten möglicherweise in einem ausländischen Güterstand verheiratet sind. Wenn der Notar nicht zur Prüfung ausländischen Rechts verpflichtet ist, ist es allerdings zulässig, wenn er die Ehegatten über die Unsicherheiten belehrt und ihnen den Erwerb des Grundstücks in Bruchteilsgemeinschaft vorschlägt, ohne selbst eine nähere Prüfung vorzunehmen. Ergibt sich aus der Niederschrift, dass offensichtlich ein ausländisches Güterrecht zur Anwendung kommt, droht jedoch eine Beanstandung durch das Grundbuchamt.

2. Summarische Prüfung ausländischen Güterrechts

In der Beratungspraxis ziehen sich sehr viele Notare nicht auf die Minimallösung eines Hinweises zur möglichen Anwendbarkeit ausländischen Rechts zurück und verschließen nicht die Augen vor dem ausländischen Kollisionsrecht. Es existiert in deutscher Sprache hervorragende Sekundärliteratur zum ausländischen Güterrecht.⁵⁰ Auch die Gutachtendatenbank des

Deutschen Notarinstituts kann vielfältige Hinweise zum ausländischen Recht liefern. Dass Notare als öffentliche Amtsträger und besonders qualifizierte Juristen daran mitwirken, die Eigentumsverhältnisse im Grundbuch unter Berücksichtigung des ausländischen Güterrechts richtig wiederzugeben, ist in hohem Maße wünschenswert.⁵¹

Der Hinweis auf die Einschaltung ausländischer Berater oder Einholung eines Gutachtens eines Universitätsinstituts geht häufig an der Realität der Beurkundungssituation vorbei.⁵² Es wird häufig weder dem Interesse der Veräußerer noch der Erwerber gerecht, die Beurkundung wegen des anwendbaren Güterrechts um mehrere Wochen zu verschieben, bis die Expertise des ausländischen Juristen eingeholt ist. Freilich können Notare nur eine summarische Prüfung des ausländischen Rechts leisten. Für die Richtigkeit der Angaben können sie nicht einstehen. Hat der Notar eine Prüfung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln vorgenommen, sollte dies gleichwohl in der Urkunde offengelegt werden.⁵³ Der Notar kann sich in seinen Belehrungen zum ausländischen Recht auf einen Teilbereich des ausländischen Güterrechts beschränken.⁵⁴ Er kann auch gegenüber den Beteiligten zum Ausdruck bringen, dass er nur über ein begrenztes Wissen zum ausländischen Recht verfügt, und darf auch „ungesichertes Teilwissen“ weitergeben, sofern er offenlegt, dass er keine Gewähr für die Richtigkeit von Auskünften zum ausländischen Recht übernehmen kann.⁵⁵

3. Optionen bei ausländischem Güterstand mit Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft

Gelangt der Notar unter Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zur Anwendbarkeit ausländischen Güterrechts und sind die Ehegatten in Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet, bestehen mehrere Handlungsoptionen:

a) Vorbehaltsgut

Die Literatur schlägt in diesen Fällen teilweise vor, dass die Ehegatten in einer güterrechtlichen Vereinbarung das Grundstück bzw. den Miteigentumsanteil hieran zum Vorbehaltsgut erklären.⁵⁶ Ob dieses Vorgehen zweckmäßig ist, erscheint jedoch zweifelhaft. Der Notar beurkundet einen Ehevertrag nach ausländischem Recht. Um dessen Wirksamkeit zu klären, muss der Notar nicht nur wissen, ob eine solche Vereinbarung nach ausländischem Güterrecht überhaupt möglich ist; einige Rechtsordnungen (z. B. Italien)⁵⁷ lassen eine solche Begründung von Vorbehaltsgut nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zu. Außerdem muss der Notar prüfen, welche Anforderungen im Einzelnen für eine entsprechende Vereinbarung gelten (Form, Eintragung in das Güterrechtsregister etc.).

47 Ganz h. M., vgl. nur *Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster*, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 17 BeurkG Rdnr. 239.

48 Vgl. *Amann*, MittBayNot 1986, 222, 228; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 722.

49 *Primaczenko*, NotBZ 2016, 226, 227.

50 Vgl. etwa Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 2 u. 3; Beck'sches Notarhandbuch/*Süß*, H. 2. Teil.

51 *Primaczenko*, NotBZ 2016, 226, 228; *Wolfsteiner*, DNotZ 1987, 67, 85.

52 Treffend *Hertel* in FS Ganter, 2010, S. 503, 518.

53 *Wolfsteiner*, DNotZ 1987, 67, 85.

54 *Hertel* in FS Ganter, 2010, S. 503, 513.

55 *Hertel* in FS Ganter, 2010, S. 503, 514 ff.

56 *Lichtenberger*, MittBayNot 1986, 111, 113.

57 Vgl. *Weber*, MittBayNot 2016, 482, 486 bei Fn. 44.

b) Eintragung in Bruchteilsgemeinschaft oder in Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft?

Der sicherere Weg liegt darin, dass der Notar den Beteiligten trotz seiner im Wege einer summarischen Prüfung des ausländischen Rechts gewonnenen Erkenntnisse empfiehlt, das Grundstück zu Bruchteileigentum zu erwerben.⁵⁸ Wie bereits oben dargelegt, führt der Erwerb in Bruchteilsgemeinschaft stets zu einem wirksamen Eigentumserwerb, würde aber mitunter wahrscheinlich das Grundbuch unrichtig sein, da das Bruchteileigentum mit der Grundbucheintragung zum Gesamtgut wird. Erfolgt die Eintragung fälschlicherweise im ausländischen Güterstand einer Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft, kommt zwar nach der entsprechend heranzuziehenden und im Ergebnis bei ausländischen Güterständen überzeugenden Rechtsprechung des BayObLG eine Umdeutung in Betracht. Dass auch der BGH dieser Auffassung im Lichte von rechtspraktischen Gesichtspunkten folgt, ist gut möglich. Geklärt ist dies jedoch nicht.

Meines Erachtens handelt es sich um eine Abwägungsfrage im Einzelfall: Wie einfach und sicher lässt sich das anwendbare Güterrecht ermitteln? Wie ist die Quellenlage? Wie sicher fühle ich mich als Notar im ausländischen IPR? Es fällt schwer, eine allgemeine Richtlinie und Handlungsempfehlung zu formulieren. Zumindest bei exotischen Ländern oder exotischen Güterständen (aufgeschobene Gütergemeinschaft nach nordischem Recht, Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht) ist stets zum Erwerb in Bruchteilsgemeinschaft zu raten. Legt der Notar die Anknüpfungstatsachen in der Urkunde offen, gerät er in das Dilemma, dass das Grundbuchamt auf eine Eintragung in Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft drängen wird. Si tacuisses...

Entscheiden sich die Beteiligten für den Erwerb im ausländischen Güterstand der Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft, empfiehlt es sich stets, die Anknüpfungstatsachen (heutige Staatsangehörigkeit, heutiger gewöhnlicher Aufenthalt, Eheschließungsdatum, Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Eheschließung, Abschluss von Eheverträgen) in der Urkunde genau aufzuführen.⁵⁹

aa) Auflassung zur Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft – Hinweis zur Auslegung bzw. Umdeutung

Um Unklarheiten zu beseitigen, könnte man in der Auflassungserklärung jedoch zumindest klarstellen, dass die Erklärungen als Erwerb zu Miteigentum zu gleichen Bruchteilen auszulegen bzw. hierin umzudeuten sind, falls die Ehegatten nicht in der entsprechenden Gesamthandsgemeinschaft verheiratet sein sollten. Eine nach § 925 Abs. 2 BGB unzulässige bedingte Auflassungserklärung liegt hierin nicht, da es sich – folgt man dem BayObLG – nur um die Auslegung bzw. Umdeutung einer Auflassungserklärung handelt.

⁵⁸ Vgl. oben Fn. 41.

⁵⁹ Amann in Amann/Hertel, Aktuelle Probleme der Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2004/2005, Februar 2005, S. 95 f.

bb) Auflassung zu Miteigentum – Eintragung in Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft

Besser und klarer dürfte es sein⁶⁰, die Auflassung an die Ehegatten zu Miteigentum zu erklären, jedoch die Eintragung der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft unter Hinweis auf den ausländischen Güterstand zu bewilligen und zu beantragen. Dann entstehen keine Zweifel, dass nach dem Willen der Parteien ein Erwerb in Bruchteilsgemeinschaft erfolgen soll und nur kraft der zwingenden güterrechtlichen Zuordnung nach ausländischem Güterrecht die Eintragung als Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft erfolgt. Dies ist zulässig. Der BGH hat bereits 1981 für die Gütergemeinschaft entschieden, dass eine an die Ehegatten zu Miteigentum erklärte Auflassung unmittelbar im Grundbuch als Eintragung in Gütergemeinschaft erfolgen kann, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird.⁶¹ Für einen ausländischen Güterstand kann nichts anderes gelten.⁶² Ob der Antrag unmittelbar in der Erwerbsurkunde oder (wie im Fall des BGH) in einer separaten Urkunde gestellt wird, kann selbstverständlich keinen Unterschied machen. Maßgeblich ist der jeweilige Antrag, der zur Grundbucheintragung führt.

Eine ausführliche Formulierung für die entsprechenden Auszüge aus einem Grundstückskaufvertrag könnte wie folgt lauten:

I. Grundbuchstand und Vorbemerkung

[...]

Die Erwerber erklären, dass sie ausschließlich [...] Staatsangehörige sind und bereits im Zeitpunkt der Eheschließung am [...] ausschließlich [...] Staatsangehörige waren. Ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Eheschließung hatten die Ehegatten in [...], ihren heutigen gewöhnlichen Aufenthalt in [...]. Einen Ehevertrag haben die Ehegatten nicht geschlossen.

Der Notar muss ausländisches Recht nicht kennen und kann dafür weder eine fundierte Beratung noch eine Gewähr für die Richtigkeit von Informationen zum ausländischen Recht übernehmen. Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass nach seiner Kenntnis des [...] Kollisionsrechts wohl [...] Güterrecht Anwendung findet und die Ehegatten somit im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach [...] Recht leben dürften. Der Notar kann für die Richtigkeit dieser Information keine Gewähr und auch keine Haftung übernehmen. Er hat nur eine summarische Prüfung anhand der ihm zur Verfügung stehenden Sekundärliteratur vornehmen können. Er hat die Beteiligten auf die Möglichkeit hingewiesen, einen ausländischen Rechtsberater hinzuziehen oder das Gutachten eines Universitätsinstituts einzuholen. Dies wünschen die Beteiligten jedoch nicht. Ebenso wünschen die Beteiligten auch nicht die Vereinbarung einer güterrechtlichen Rechtswahl.
[...]

⁶⁰ So auch Reiß, MittBayNot 2010, 208, 209.

⁶¹ BGH, Urteil vom 10.12.1981, V ZB 12/81, NJW 1982, 1097, 1098; ebenso OLG München, Beschluss vom 16.2.2009, 34 Wx 95/08, NJW-RR 2009, 806, 809.

⁶² OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2009, 2 W 82/09, FGPrax 2010, 19, 20 f.

III. Auflassung

Veräußerer und Erwerber sind sich darüber einig, dass der Vertragsbesitz in das Eigentum der Erwerber zu Miteigentum zu je ½ übergeht.

[Diese Erklärung enthält jedoch keine Eintragungsbewilligung. Die Beteiligten bevollmächtigen den Notar unwiderruflich, die Eigentumsumschreibung zu bewilligen und zu beantragen. Die Beteiligten weisen den Notar an, von der Vollmacht Gebrauch zu machen, wenn der Veräußerer – bei mehreren einer von ihnen – die Kaufpreiszahlung originalschriftlich bestätigt oder der Erwerber die Zahlung dem Notar durch eine originalschriftlich oder per Fax übermittelte Bankbestätigung nachweist.]

Nach den erteilten Informationen dürften die Erwerber im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach [...] Recht verheiratet sein. Die Beteiligten weisen den Notar daher an, die Eintragung der Erwerber als Eigentümer im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach [...] Recht im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen. Auf eine Zwischeneintragung wird verzichtet.

Es wird klargestellt, dass die Ehegatten an den Miteigentumsanteilen kein Vorbehaltsgut begründen.

c) Eintragung in Bruchteilsgemeinschaft und anschließende Eintragung in Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft?

Die Eintragung erfolgt entweder zu Miteigentum oder in Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft. Eine genauere Betrachtung ergibt jedoch, dass eine Zwischenlösung denkbar ist.⁶³ Die Ehegatten werden in einem ersten Schritt als Miteigentümer zu je ½ eingetragen,⁶⁴ in einem zweiten Schritt ist das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, dass die Ehegatten im Güterstand nach ausländischem Recht Eigentümer sind. Diese Lösung führt für die Beteiligten und auch für den Veräußerer zu einem sicheren Eigentumserwerb: Wenn die Errungenschaftsgemeinschaft nicht bestehen sollte, haben die Ehegatten zumindest wirksam das Miteigentum erworben. Außerdem trägt sie den Belangen der Grundbuchwahrheit Rechnung. Sie verbessert die Grundbuchpublizität: Denn wenn sich herausstellen sollte, dass die Errungenschaftsgemeinschaft nicht besteht, ist unmittelbar aus der Grundbucheintragung ersichtlich, dass die Ehegatten Bruchteilseigentum erworben haben. Einer Umdeutung unter Hintanstellung der Grundbuchpublizität und der Belange des Rechtsverkehrs bedarf es nicht.

Dass das Grundbuchamt nach den oben genannten Grundsätzen die Eintragung von Miteigentumsanteilen zu Bruchtei-

⁶³ Wolfsteiner, DNotZ 1987, 67, 87.

⁶⁴ Entgegen Reiß, MittBayNot 2010, 208, 209, sind mit dem Verzicht auf eine Zwischeneintragung nicht alle Probleme gelöst. Werden die Ehegatten nur im Gesamthandsverhältnis eingetragen, ist der Erwerb durch die erforderliche Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses nicht gesichert. Auch die Konstruktion einer Ermächtigung zur Korrektur der Eintragungsbewilligung hilft nicht, wenn der Verkäufer zwischenzeitlich in die Insolvenz gefallen ist.

len ablehnen muss, wenn die Ehegatten in Gütergemeinschaft verheiratet sind, steht zu diesem Lösungsansatz nicht in Widerspruch.⁶⁵ Die Ehegatten sollen deswegen nicht als Miteigentümer eingetragen werden, weil das Grundbuch nach einer logischen Sekunde unrichtig würde.⁶⁶ Erfolgt die berichtigende Eintragung unmittelbar nach bzw. zusammen mit der Eintragung des Bruchteilseigentums, ist dies mit der Grundbuchwahrheit ohne Weiteres vereinbar.

So publizitätsfreundlich diese Lösung auch sein mag, ist sie im Ergebnis nicht praktikabel. Sie scheitert an den Rahmenbedingungen des GNotKG. Denn nach § 55 Abs. 2 GNotKG fällt für jede Eintragung eines Eigentümers eine Eintragungsgebühr nach KV Nr. 14110 GNotKG an. Man könnte argumentieren, dass es an einem für die Gebühr erforderlichen Rechtsträgerwechsel so wie beim Formwechsel oder einer Namensberichtigung fehlt.⁶⁷ Dies ist allerdings auf der Grundlage der Lehre vom Durchgangserwerb nicht der Fall; selbst wenn man der Unmittelbarkeitstheorie folgt, kommt man wahrscheinlich zu keinem anderen Ergebnis; die jeweils im Grundbuch eingetragenen Berechtigungsverhältnisse gehen über eine bloße Berichtigung der Identität des Eigentümers hinaus. Natürlich lässt sich mit guten Gründen eine andere Auffassung vertreten. Dass man mit dieser Auffassung bei den Grundbuchämtern Erfolg hat, ist aber ungewiss. Vorzugswürdig ist unter praktischen Gesichtspunkten daher die vorstehend unter VI. 3. b) dargestellte Lösung.

VII. Besonderheiten bei Eintragung einer Vormerkung

Die vorgenannten Erwägungen gelten auch für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Das Grundbuchamt muss die Vormerkung stets im bewilligten Rechtsverhältnis eintragen; es hat nicht zu prüfen, welches Güterrecht Anwendung findet und ob das Güterrecht den Erwerb von Miteigentum zulässt.⁶⁸ Im Zweifel wird sich daher empfehlen, die Ehegatten als hinsichtlich des Auflassungsanspruchs bruchteilsberechtigt zu je ½ in das Grundbuch eintragen zu lassen.⁶⁹ Entscheidet man sich dafür, die Ehegatten im ausländischen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft erwerben zu lassen, ist es jedoch konsequent, auch die Vormerkung im entsprechenden Erwerbsverhältnis zur Eintragung zu bringen.

VIII. Gestaltungsüberlegungen beim Erwerb nur durch einen Ehegatten

Problematischer ist die Situation, in der ein Ehegatte eine Immobilie zu Alleineigentum erwirbt, aber möglicherweise in einem ausländischen Güterstand einer Güter- oder Errungen-

⁶⁵ Vgl. auch BGH, Urteil vom 21.2.1986, V ZR 38/84, NJW 1986, 1687: Hiernach ist die Zwischeneintragung vorzunehmen, wenn eine Grundschuld als Eigentümergrundschuld bestellt und sogleich an einen Fremdgäubiger abgetreten wird.

⁶⁶ BGH, Urteil vom 21.2.1986, V ZR 38/84, NJW 1982, 1097, 1098; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 1416 Rdnr. 26.

⁶⁷ Vgl. hierzu *Korintenberg/Heyl*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, KV Nr. 14110 Rdnr. 15.

⁶⁸ BayObLG, Beschluss vom 9.1.1986, BReg. 2 Z 122/85, DNotZ 1986, 487.

⁶⁹ Vgl. *Amann*, Rpfleger 1986, 117.

schaftsgemeinschaft verheiratet ist. Insbesondere wenn sich die ehelichen Verhältnisse als schwierig darstellen, wird der Ehegatte in aller Regel nicht wünschen, dass sein Ehegatte mit ihm in Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft das Eigentum erwirbt.

Lässt sich keine einvernehmliche Lösung mit dem Ehegatten herstellen, kann der Ehegatte das Alleineigentum nur erwerben, wenn nach ausländischem Güterrecht die Voraussetzungen für die Begründung von Vorbehaltsgut vorliegen. So kennen zahlreiche Rechtsordnungen die Möglichkeit, dass der Ehegatte Vorbehaltsgut an einem Gegenstand erwirbt, wenn er diesen mit Mitteln des Vorbehaltsguts erlangt. In einem solchen Fall wird es sich zur Beweissicherung unbedingt empfehlen, auf eine entsprechende Klarstellung in der notariellen Urkunde zu drängen.

Ist der nicht erwerbende Ehegatte zu einer Mitwirkung bereit, gibt es grundsätzlich mehrere Möglichkeiten. Alle sind mit mehr oder weniger gravierenden Nachteilen verbunden:

- Die Ehegatten treffen eine (ggf. gegenständlich beschränkte) Rechtswahl zum deutschen Recht. Eine Rechtswahl des gesamten Güterstatuts wäre in der Regel überschießend. Eine gegenständlich beschränkte Rechtswahl beschwört Abgrenzungsschwierigkeiten herauf; sie ist außerdem nur noch bis zum 29.1.2019 möglich.
- Die Ehegatten treffen eine vom deutschen Notar beurkundete Vereinbarung nach ausländischem Güterrecht, dass an dem Gegenstand Vorbehaltsgut begründet werden soll. Hier wird der Notar häufig mit der ihm zur Verfügung stehenden Sekundärliteratur ermitteln können, ob eine solche Vereinbarung möglich ist und welchen Voraussetzungen sie unterliegt. Der Notar kann im Einzelfall Unterstützung eines ausländischen Notars oder Juristen einholen, wenn dies die Beteiligten wünschen. Der beurkundende Notar sollte sich mit Belehrungen absichern, wenn er diesen Weg wählt. Mitunter ist auch die Begründung von Vorbehaltsgut nach dem ausländischen Güterstand gar nicht möglich.⁷⁰ In diesem Fall müssten die Ehegatten einen anderen Güterstand vereinbaren.⁷¹

⁷⁰ Vgl. *Krüger/Hertel/Hertel*, Grundstückskauf, 11. Aufl. 2016, Rdnr. 1484 (mit Beispiel).

⁷¹ Eine in den meisten Fällen nur theoretische Option ist es, bis zur Beendigung des Güterstands durch Scheidung abzuwarten.

- Wenn die Zeit dies zulässt, kann es sich auch anbieten, dass beide Ehegatten vor einem Notar des Staates, dessen Güterrecht Anwendung findet, eine entsprechende Vereinbarung über die Begründung von Vorbehaltsgut treffen. Auf der Grundlage dieser Vereinbarung könnte dann eine Auflassung zu Alleineigentum protokolliert werden.
- Die Ehegatten schließen einen Ehevertrag mit Blick auf den Güterstand im Gesamten (ggf. in Kombination mit einer Rechtswahl), sodass dem Ehegatten generell der Erwerb von Gegenständen zu Alleineigentum möglich ist.

IX. Fazit

Aus Sicht der Grundbuchklarheit ist es wünschenswert, dass die Ehegatten im korrekten Erwerbsverhältnis einer ausländischen Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft als Eigentümer in das Grundbuch eintragen zu lassen. Die notarielle Praxis verfügt über Informationsmöglichkeiten, um den Anforderungen des internationalen Rechtsverkehrs bei der Feststellung des Güterstands gerecht zu werden. Dennoch bleiben mitunter Zweifel und Unsicherheiten. Welche Risiken bestehen, wenn das angegebene Erwerbsverhältnis tatsächlich nicht besteht, ist noch unklar. Es besteht Grund zur Hoffnung, dass die Ehegatten in diesem Fall das Grundstück zu Miteigentum erwerben und man die Grundbucheintragung entsprechend auslegen kann. Höchststrichterlich gesichert und unproblematisch ist dies nicht. In echten Zweifelsfällen empfiehlt sich daher die Eintragung der Ehegatten als Miteigentümer, um einen wirksamen Eigentumserwerb zu garantieren. Entscheidet man sich dafür, die Ehegatten im ausländischen Güterstand in das Grundbuch eintragen zu lassen, dürfte es vorzugswürdig sein, die Auflassung zu Bruchteilseigentum zu erklären und die Eheleute sogleich im ausländischen Güterstand eintragen zu lassen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns: Handbuch GmbH & Co. KG

21. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2016. 1401 S., 149 €

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen

In nunmehr 21. Auflage liegt das Handbuch GmbH & Co. KG inzwischen vor und stellt damit das unumstrittene *Flag-Ship*-Buch des Rechts der GmbH & Co. KG dar. Mit 14 renommierten Praktikern behandelt dieses Handbuch zur GmbH & Co. KG sämtliche Fragen der Gesellschaftsform sowohl aus gesellschaftsrechtlicher als auch steuerrechtlicher, insolvenzrechtlicher, bilanzieller und erbrechtlicher Hinsicht. So wie der Mandant regelmäßig eine Beratung aus einer Hand wünscht, so wünscht der Leser häufig die Behandlung eines Rechtsgebiets aus einer Hand, also in einem Buch. Diesen Anspruch hat sich das Handbuch GmbH & Co. KG gesetzt und hält dieses selbst gesteckte Ziel. Auch die Aspekte der Vertragsgestaltung, die den Notar besonders interessieren, kommen im *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns* nicht zu kurz. Der gesamte § 3 des Handbuchs behandelt auf 69 Seiten die zivil- und steuerrechtlichen Fragen des Gründungsvertrages, der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, der Gestaltung der Gesellschafterkonten, der Haftsumme und vor allem der Verzahnung der Gesellschaftsverträge von GmbH und KG (siehe Rdnr. 3.211 ff.). Auch die Probleme der Haftung im Gründungsstadium werden in den Rdnr. 3.223 ff. überzeugend geschildert.

Die Gestaltung einer Standard-GmbH & Co. KG stellt den typischen Notar regelmäßig nicht vor große Herausforderungen, sondern kann üblicherweise „aus dem Ärmel geschüttelt“ werden. Der Griff zum Handbuch wird daher erst erforderlich, wenn Sondergestaltungen vorliegen. Auch diese Aspekte, namentlich die mitunternehmerische Betriebsaufspaltung, die Beteiligung an einer GmbH & Still, die Besonderheiten bei Publikums-KG, vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG und Familien-GmbH & Co. KG sowie der Einheits-GmbH & Co. KG werden sämtlich praxisnah und doch gründlich und fundiert in dem zweiten Kapitel des Handbuchs geschildert. Dort finden sich auch Ausführungen zu den Sonderkonstellationen doppelstöckiger GmbH & Co. KGs, der AG & Co. KG, Stiftung & Co. KG sowie – seltener – der SE & Co. KG.

Im Gesellschaftsrecht ist der Notar regelmäßig firm und bewandert. Schwerer sind für den Notar eher steuerrechtliche Fragen zu behandeln. Hierzu findet der Notar selbstverständlich eine unerschöpfliche Fundgrube sowohl zur Ertragsbesteuerung, den Fragen der Verlustverrechnung, des Umsatzsteuerrechts, des Grunderwerbsteuerrechts und der besonderen Implikationen der Zurechnung laufender Gewinne. Steuerrechtliche Spezialprobleme werden ebenfalls behandelt, werden für den Notar regelmäßig jedoch von geringerer Bedeutung sein.

Nicht zu unterschätzen ist hingegen die Komplexität der Kapitalkontengestaltung. Hier legt der Notar mit seiner Vertragsgestaltung das Fundament für die zukünftige Bilanzierung, Finanzierungsfragen, insolvenzrechtliche Abgrenzungen und für Unternehmensumstrukturierungen. Wenn das Fundament eines Bauwerks nicht stabil ist, sondern wackelt, so gefährdet dies die Standfestigkeit des gesamten auf dem Fundament stehenden Hauses. Ebenso ist es auch mit der Gestaltung der Kapitalkonten im Gesellschaftsvertrag. Jedem Notar und Vertragsgestalter sind daher die Ausführungen des Handbuchs GmbH & Co. KG zur Kapitalkontengestaltung dringend anzupfehlen. Diese werden an mehreren Stellen des Handbuchs sowohl aus steuerrechtlicher, zivilrechtlicher als auch bilanzieller Sicht erläutert (siehe ausführlich Rdnr. 7.57 ff.). Ein absolutes Muss für jeden gründlichen Vertragsgestalter mit gehobenen Anspruch.

Die notarielle Praxis befasst sich neben der Gründung regelmäßig mit dem Transaktionsgeschäft. Hier sind typischerweise Anteilsübertragungen sowohl in der Form des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen als auch in Form der vorweggenommenen Erbfolge, und der Todesfall die typischen Anwendungsfälle. Diese sind ausführlich in § 8 aus berufener Feder von *Hannes* kommentiert. Zivilrecht und Steuerrecht gehen hier eine Symbiose ein, die die Lektüre zum großen Vergnügen machen. Gleiches gilt für das 11. Kapitel zu den Unternehmensumstrukturierungen. Hier finden sich entsprechend den Bedürfnissen der Praxis vor allem die Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co. KG sowie der spiegelbildliche Fall.

Zahlreiche Musterverträge runden das Werk im Anhang ab, sodass auch der auf die reine Vertragsgestaltung fixierte Notar hier umfangreiches Material findet, das in der Praxis bestens verwendbar ist. Anzumerken ist insoweit nur, dass *Mueller-Thuns* augenscheinlich ein Freund von Güterstandsklauseln ist (siehe Seite 1241, 1224 des Handbuchs). Aus notarieller Sicht ist hierzu freudig anzumerken, dass dadurch der gesamte Gesellschaftsvertrag vom Beurkundungserfordernis des § 1410 BGB erfasst wird (zum Vorvertrag RG vom 17.5.1901, VII 102/01, RGZ 48, 183; RG vom 1.5.1908, VII 523/07, RGZ 68, 322; BGH, Urteil vom 25.5.1966, IV ZR 348/64, MDR 1966, 821 = WM 1966, 864; vgl. den Nachweis bei *Palandt/Brudermüller*, 75. Aufl. 2016, § 1410 Rdnr. 1; zur Güterstandsklausel siehe *Gassen*, RNotZ 2004, 423, 439; *Staudinger/Thiele*, § 1410 Rdnr. 10; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., § 32 II 1; *Mayer in Bamberger/Roth*, BGB, § 1410 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 6. Aufl.

2013, § 1410 Rdnr. 3; a. A. *Kuhn*, BWNotZ 2008, 86 ff.; siehe überwiegend auch kritisch *Stahl*, KÖSDI 2013, 18253; *Bögemann/Schneider*, NWB – EV 2012, 314 ff.; *Lange*, DStR 2013, 2706 ff.; *Gassen*, RNotZ 2004, 423; *Wachter*, GmbH-StB 2006, 234; *Kuhn*, BWNotZ 2008, 86).

Der *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns* ist uneingeschränkt aktuell, berücksichtigt auch jüngste Gesetzesänderungen bis

Ende 2015, erfüllt alle Erwartungen eines Praktikerhandbuchs, ist also gründlich, präzise, gestaltungsorientiert und rechtsicher, sodass auch der Notar für seine tägliche Praxis zu keinem Handbuch lieber greifen wird, als zu diesem Handbuch GmbH & Co. KG. Besser – geht nicht!

Wicke:

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

3. Aufl., C. H. Beck, 2016. 661 S., 57 €

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

Als die 1. Auflage des GmbHG-Kommentars aus *Wickes* Feder erschien, wurde sie von der Praxis mit Begeisterung empfangen (vgl. etwa *Wälzholz*, MittBayNot 2009, 36). Ein Grund hierfür war sicher, dass es sich damals um die einzige vollständige Kommentierung des GmbHG in seiner Fassung nach dem MoMiG handelte. Nachdem diese „Unique Selling Proposition“ weggefallen und inzwischen eine ganze Reihe anderer relativ aktueller Kommentierungen zum Recht der GmbH erhältlich ist, stellt sich natürlich die Frage, ob es überhaupt lohnt, die Neuauflage des „*Wicke*“ zu erwerben. Meine Antwort lautet ganz klar: „Ja!“

Wie bereits die Voraufgaben zeichnet sich auch die aktuelle Version des Kommentars durch ein sehr günstiges Verhältnis zwischen dem Umfang einerseits und dem Informationsgehalt sowie praktischen Nutzen andererseits aus. Die Kommentierung ist aus einem Guss, sprachlich präzise, stets praxisorientiert und geht trotz des kompakten Formats – wo nötig – erstaunlich in die Tiefe (vgl. etwa die Ausführungen zum Hin- und Herzahlen, § 19 Rdnr. 31 ff. und zum genehmigten Kapital, § 55a Rdnr. 1 ff.). Erfreulicherweise begnügt sich *Wicke* dabei nicht mit der ergebnislosen Darstellung von Streitfragen, sondern entscheidet sich in aller Regel auch für eine Lösung. Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung sind stets berücksichtigt, wobei dies freilich nur bis zum Druck des Werkes möglich war. Zwischenzeitlich überholt dürfte etwa die von *Wicke* (§ 78 Rdnr. 2) zustimmend zitierte Entscheidung des KG (Beschluss vom 20.9.2013, 12 W 40/13, ZIP 2014, 270) zur Zulässigkeit der Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift durch einen Prokuristen sein (vgl. nunmehr KG, Beschluss vom 4.5.2016, 22 W 128/15, NJW-RR 2016, 1054).

Bei aller Begeisterung muss man natürlich die Auffassung des Verfassers nicht immer teilen. Dies gilt beispielsweise für einzelne Aspekte der Darstellung zur notarbescheinigten Gesellschafterliste. So halte ich die These, die Zuständigkeit des Notars könne bereits dadurch begründet werden, dass er bei

der Anmeldung (!) der Anwachsung bei einer KG tätig wird (§ 40 Rdnr. 14), angesichts dessen, dass eine solche Anmeldung nur deklaratorischen Charakter hat und sich damit als solche auf den Gesellschafterbestand einer GmbH, an der die KG beteiligt war, nicht – auch nicht mittelbar – auswirkt, für gewagt. Ähnliches gilt für den Fall der Erbfolge: Abgesehen von Fallgestaltungen, die im Lichte der §§ 211 ff. StGB und § 49 BNotO sicherlich dazu führen würden, dass der betreffende (Ex-)Notar keine entsprechende Liste mehr bescheinigen kann, ist eine mittelbare Mitwirkung im Falle der Erbfolge meines Erachtens allenfalls denkbar, wenn der Notar eine entsprechende für die Erbfolge maßgebliche Verfügung von Todes wegen beurkundet hat. Da die Rechtsnachfolge allerdings in einem solchen Fall von einer ganzen Reihe weiterer Faktoren (Tod des Erblassers, fortdauernde Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen, Annahme der Erbschaft etc.) abhängt, kann sich hieraus jedoch allenfalls die Berechtigung, nicht aber eine Verpflichtung zur Erstellung solcher einer Liste ergeben. Die Beurkundung eines Erbscheinsantrages wirkt sich dagegen auf die materielle Rechtslage – ebenso wie auf die Erbscheinserteilung – überhaupt nicht aus. Sie kann daher entgegen *Wickes* Auffassung (vgl. § 40 Rdnr. 14) auch keine Veränderung, an der der beurkundende Notar mitgewirkt hat, begründen.

Den äußerst positiven Gesamteindruck können diese Nebensächlichkeiten jedoch in keiner Weise trüben. Zu Recht hat sich der „*Wicke*“ daher jenseits aller Reformliteratur in der Praxis längst als einer *der* Kommentare zum GmbHG etabliert. Zwar ist es sicherlich auch ohne dieses Buch möglich, eine fundierte gesellschaftsrechtliche Beratung vorzunehmen (vgl. aber *Herrler*, NJW 2011, 3207). Da das Werk jedoch weder besonders teuer in der Anschaffung ist, noch übermäßig viel Platz im Regal einnimmt, stellt sich allerdings die Frage, weshalb man freiwillig auf dieses nützliche Hilfsmittel verzichten sollte.

Diehn:

Notarkostenberechnungen

4. Aufl., C. H. Beck, 2016. 415 S., 34,90 €

Von Notar Dr. **Markus Sikora**, München

Das ursprünglich bei Einführung des GNotKG als Ergänzung zu dem ebenfalls im Beck Verlag erschienenen Werk „Das Neue Notarkostenrecht“ gedachte Buch von *Diehn*, Notarkostenberechnungen, ist knapp drei Jahre danach bereits in 4. Auflage erschienen. Es hat sich damit zu einem festen Bestandteil in der kostenrechtlichen Literatur für Notare und deren Mitarbeiter etabliert. Das Werk ist auf dem Stand vom Januar 2016 und enthält die Änderungen des GNotKG gegenüber der 3. Auflage.

Auch die 4. Auflage bleibt der bisherigen Systematik treu. Nach einer knappen Einleitung von gut 17 Seiten, die sich in einem ersten Teil („A.“) mit allgemeinen Fragen notarieller Kostenberechnungen, insbesondere Formalien wie der Pflicht zur Unterschriftsleistung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 GNotKG), dem Zitiergebot (§ 19 Abs. 2 GNotKG), der Rechtsbehelfsbelehrung (§ 7a GNotKG) sowie entsprechenden Sanktionen bei Verstößen befasst, folgt in einer sehr komprimierten Darstellung auf 15 Seiten („B.“) die Erläuterung von Grundbegriffen des Notarkostenrechts. Insoweit will das Werk keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, sondern den Praktiker anleiten, ohne vertieftes Hintergrundwissen korrekte Notarkostenberechnungen zu erstellen.

Den Schwerpunkt des Werkes bilden etwa dreihundert Musterberechnungen zu (nahezu) allen notariellen Verfahren und Geschäften, und zwar getreu den Worten des Verfassers im Vorwort betreffend „häufige, aber auch instruktive seltene Konstellationen“. Kaum eine Bewertungsfrage bleibt demgemäß offen.

Im Grundstücksrecht werden Grundstückskaufverträge vom Allgemeinen (Bewertung von Kaufverträgen einschließlich bestimmter Vollzugstätigkeiten) hin zum Besonderen (Umsatzsteueroptionen, Hinterlegung von Daten-DVDs, Kauf mit Aufteilungsverpflichtung) behandelt, bevor sonstige immobilienrechtsbezogene Berechnungen (z. B. Angebot/Annahme, Dienstbarkeiten, Überlassungen, Miet- und Pachtverträge, WEG-Teilungen, Erbbaurechte, Grundpfandrechte etc.) folgen. Selbst reine Unterschriftsbeglaubigungen (z. B. Bewilligungen, Löschungszustimmungen, Berichtigungsanträge) nehmen noch 15 Seiten ein, sodass für den Praktiker, der mit einer Kostenbewertung befasst ist, (fast) keine Frage offen bleibt. Stets folgt das Werk dabei demselben Schema: Lösung eines konkreten Beispielsfalls mittels einer vollständigen notariellen Kostenberechnung einschließlich Auslagen und Umsatzsteuer. Im Anschluss finden sich sodann (knappe) Erläuterungen zu besonders interessanten Fragen, ohne indes lehrbuchartige Züge anzunehmen.

Die weiteren Kapitel befassen sich mit den übrigen Tätigkeiten des Notars vom Gesellschaftsrecht einschließlich Vereinsrecht (Kapitel 2), hin zum Familien- (Kapitel 3) und Erbrecht (Kapitel 4), bevor zum Schluss Vollmachten und Zustimmungen (Kapi-

tel 5) ebenso behandelt werden wie die Erstellung von Kostenberechnungen für Beratungs- und Entwurfstätigkeiten (Kapitel 6). Das Werk schließt mit einem 7. Kapitel, das Musterberechnungen von der Abschriftsbeglaubigung über die Bewertung von Bezugsurkunden hin zu Verlosungen, Legal opinions, Tatsachenprotokollen und schließlich Anwendungsfälle zum öffentlich-rechtlichen Kostenvertrag (§ 126 GNotKG) enthält.

Insgesamt gibt es viel zu loben und recht wenig zu tadeln. In den letzten Bereich fällt etwa, dass in der 4. Auflage der – wenn auch kleine – Abschnitt zu den Übergangsvorschriften zur KostO hätte entfallen können. Auch gilt es anzumerken, dass in Rdnr. 818 zwar die weitere vollstreckbare Ausfertigung und deren kostenrechtliche Folgen (Festgebühr i. H. v. 20 € gemäß KV-Nr. 23804) abgehandelt ist, jedoch nicht die in der Praxis häufig anzutreffende Konstellation, wie die Bewertung zu erfolgen hat, wenn die weitere vollstreckbare Ausfertigung mit einer Klauselumschreibung im Übrigen, die bekanntlich eine 0,5-Gebühr gemäß KV-Nr. 23803 auslöst, zusammen trifft. Richtigerweise entstehen dann beide Gebühren nebeneinander.

Im Erbrecht hätte man sich Ausführungen zum Europäischen Nachlasszeugnis gewünscht, ist es doch mit der Europäischen Erbrechtsverordnung bereits am 17.8.2015 und damit gut einem halben Jahr vor Redaktionsschluss in Kraft getreten. Gleiches gilt für die Bewertung eines notariellen Nachlassverzeichnisses. Die damit verbundenen kostenrechtlichen Fragen stellen sich jedenfalls in meiner Praxis häufiger als die Mitwirkung des Notars bei einer „Familiencharta“ (Rdnr. 2268) oder einem Letter of intent (Rdnr. 481). Hat man umgekehrt mal eine seltenere Gestaltung (z. B. Aktivierung einer Vorrats-SE), ist man froh, in Rdnr. 1493 ff. hierzu vollständige Kostenberechnungen zu finden, und zwar zu allen üblicherweise vom Notar geforderten Tätigkeiten (Beurkundung der Hauptversammlung, Beratung hierzu, Fertigung von Gründungs- und Gründungsprüfungsberichten sowie Registeranmeldung). Das sich anschließende Kapitel zur kostenrechtlichen Behandlung von Umwandlungen (Rdnr. 1510 ff.) ist ein wenig knapp geraten, zeigt indes aber, dass das Werk in erste Linie für Mitarbeiter gedacht sein dürfte, die ohne breite literarische Ausführungen alltägliche Kostenfragen rasch und zielsicher in den Griff bekommen sollen.

Für die bayerischen und pfälzischen Kollegen stellt sich die Frage, ob das Werk gegenüber dem bewährten Streifzug durch das GNotKG einer Anschaffung lohnt. Ob seiner klaren Systematik, die anders als beim Streifzug nicht alphabetisch, sondern nach Themen gegliedert ist, ist die Frage mit einem klaren „Ja“ zu beantworten. Allerdings ist eine Anschaffung in Mannschaftsstärke, also für jeden Mitarbeiterarbeitsplatz, ebenso wenig erforderlich wie man an der einen oder anderen Stelle die vertretene Auffassung kritisch hinterfragen und im

Zweifel mit der Auffassung der Notarkasse im Streifzug abgleichen sollte. So ist etwa richtiger Auffassung nach (vgl. Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2080) die Verwahrung einer Daten-DVD, die die Due-Diligence-Unterlagen zu einem vom Notar beurkundeten Kaufvertrag enthält, gebührenfreies Nebengeschäft. *Diehn* meint hingegen, es sei eine Gebühr nach Nr. 25301 KV zu erheben, die aber bekanntlich nur für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten gilt. Hieran mag auch der Versuch von *Diehn*, Informationen als „Kostbarkeiten der Neuzeit“ zu titulieren (Rdnr. 323), nicht darüber hinwegtäuschen. Nicht vollständig der „bayerischen Auffassung“ entsprechen auch die Ausführungen in Rdnr. 239 f. zu den Kosten der Lastenfreistellung beim Kaufvertrag. Ist etwa noch ein Grundpfandrechtfür einen Gläubiger des Veräußerers eingetragen, fällt – so auch *Diehn* – die Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 KV in Verbindung mit Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 9 nur an, wenn die Lastenfreistellungsunterlagen vom Notar angefordert und geprüft werden, beide Tatbestandsmerkmale also kumulativ vorliegen. Fordert demgemäß der Notar sie nicht an, weil der

Veräußerer sie selbst bereits von seiner Bank erbeten hat, ist der Gebührentatbestand nicht erfüllt. Anders aber *Diehn*, der die Kategorie der „mittelbaren Anforderung“ erfunden hat, die schon anzunehmen sei, wenn der Notar auf die erforderlichen Unterlagen hinweise (Rdnr. 239) oder die Beteiligten instruiere, „die Unterlagen zu suchen und etwaige Funde mitzuteilen“ (Rdnr. 2060). Hilft auch dies nicht, spielt er sogar mit dem Gedanken einer Beratungsgebühr im Zusammenhang mit dem Vollzug (Rdnr. 2057 ff.), geht also von einer „Abwicklungs-/Lastenfreistellungsberatung“ aus. Erfreulich ist hingegen, dass *Diehn* in Abkehr von seiner Auffassung in der Vorauflage nunmehr bei Vorsorgevollmachten auch Abschläge zulässt, die über den halben Abschlag nach § 98 Abs. 1 GNotKG hinausgehen (Rdnr. 1917; in diesem Sinne ohnehin zu Recht bereits Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2427).

Fazit: Ob seiner Fülle an praxisnahen Berechnungen und seiner prägnanten Ausführungen ist die Anschaffung des Werks uneingeschränkt zu empfehlen.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Unwirksamkeit von Abnahmeklauseln für Nachzügler-Erwerber in Bauträgerverträgen

BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15

BGB §§ 307, 309 Nr. 8. b) ff), § 640 Abs. 1 WEG § 10 Abs. 2, § 21 Abs. 5 Nr. 2

LEITSÄTZE:

1. Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen richten sich bei nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen weiterhin grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (Fortführung von BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315).
2. Ergeht in der ersten Eigentümerversammlung im Jahr 2002 ein Beschluss gemäß einer Bestimmung in der Teilungserklärung dahingehend, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch ein Ingenieurbüro auf Kosten des Bauträgers in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden soll, und erklärt das dementsprechend beauftragte Ingenieurbüro die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch im Namen von Nachzügler-Erwerbern, die zu diesem Zeitpunkt weder Wohnungseigentümer noch werdende Wohnungseigentümer waren, so entfaltet diese Abnahme des Gemeinschaftseigentums eine Abnahmewirkung zulasten der Nachzügler-Erwerber weder aufgrund der genannten Bestimmung in der Teilungserklärung noch aufgrund des genannten Beschlusses in der ersten Eigentümerversammlung.
3. Die von einem Bauträger in einem Erwerbsvertrag gegenüber Nachzügler-Erwerbern gestellten Formulklauseln
 „Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben.“
 sind unwirksam.
4. Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formulklauseln nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen,

dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe (Anschluss an BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, macht gegen die Beklagte Mängelansprüche, insbesondere einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums (im Folgenden: Mängel am Gemeinschaftseigentum) geltend.

2 Im Jahr 2002 errichtete die L. GmbH, deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist (im Folgenden nur: die Beklagte), in W. das Objekt „A. C. 10“, bestehend aus 23 Eigentumswohnungseinheiten nebst Kfz-Stellplätzen, die in der Folgezeit veräußert wurden.

3 Alle Erwerber vor dem 25.11.2002 schlossen einen von der Beklagten vorformulierten Vertrag, der in § 7 Abs. 5 folgende Regelung enthält (vgl. beispielhaft den Vertrag mit den Erwerbern T. vom 13.11.2002 [im Folgenden: Vertrag vom 13.11.2002]):

„(5) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist noch nicht erfolgt. Gemäß § 19 der Teilungserklärung haben die Wohnungseigentümer in der 1. Eigentümerversammlung das Ingenieurbüro K. mit der Abnahme beauftragt. Die Abnahme wird auf Kosten der Verkäuferin in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durchgeführt. Das Ingenieurbüro soll auch die Behebung der festgestellten Mängel bestätigen.“

4 Bei dem mit dem Erwerber Dr. M. am 14.5.2003 geschlossenen notariellen Vertrag (im Folgenden: Vertrag vom 14.5.2003) handelt es sich um einen von der Beklagten vorformulierten Vertrag, der bei allen nach dem 25.11.2002 kontrahierenden Erwerbern verwendet wurde. § 6 Abs. 3 dieses Vertrags lautet wie folgt:

„(3) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben.“

5 Die Klägerin hat Mängel am Gemeinschaftseigentum behauptet und insbesondere Zahlung eines Vorschusses für Aufwendungen zu deren Beseitigung verlangt.

6 Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

(...)

9 I. Das Berufungsgericht führt, soweit für die Revision von Interesse, im Wesentlichen Folgendes aus:

10 Der Klägerin stünden die erstinstanzlich zuerkannten Beträge gegen die Beklagte zu. Der Vorschussanspruch ergebe sich aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1 und 3 BGB. Es sei anerkannt, dass sich die Mängelrechte beim Bauträgervertrag nach Werkvertragsrecht richteten.

11 Die Geltendmachung der Rechte aus §§ 634 ff. BGB setze allerdings grundsätzlich eine Abnahme voraus, die das Erfüllungsstadium beende und den Erfüllungsanspruch des Bestellers auf das abgenommene Werk beschränke. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums liege hier noch nicht vor. Die Abnahme von Wohnungseigentumsanlagen erfordere eine Abnahme sowohl des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums durch jeden Erwerber. Auch die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei von jedem einzelnen Erwerber – für sich – vorzunehmen, da jeder Erwerber einen eigenen Anspruch auf mangelfreie Herstellung habe. Es gelte der Grundsatz, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erst dann endgültig erfolgt sei, wenn sie auch durch den letzten Erwerber („Nachzügler“)

oder durch einen von ihm dazu bevollmächtigten Dritten – ausdrücklich oder stillschweigend – erklärt werde.

12 Es genüge, dass nur ein Erwerber in einer Wohnungseigentümergeinschaft noch unverjährte Mängelansprüche in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum habe, denn die Wohnungseigentümergeinschaft könne die Ansprüche von Nachzüglern – wie vorliegend geschehen – an sich ziehen. Hier sei jedenfalls für die Verträge, die nach dem 25.11.2002 geschlossen worden seien, eine formulärmäßige Bezugnahme auf eine bereits erfolgte Abnahme vom 25.11.2002 unwirksam. Die Bezugnahme auf eine bereits durchgeführte Prüfung sei bloße Abnahmefiktion, die wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB unwirksam sei, weil sie dem einzelnen Erwerber nicht die Möglichkeit offenlasse, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen oder von einer Vertrauensperson eigener Wahl abnehmen zu lassen. Im Übrigen begegne die für die Nachzügler verwendete Vertragsklausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 auch wegen der damit bezweckten Verkürzung der Verjährungsfrist für Mängel am Gemeinschaftseigentum durchgreifenden Bedenken, die hier aber dahingestellt bleiben könnten.

13 Eine schlüssige (konkludente) Abnahme durch die Nachzügler scheidet schon daran, dass diese aufgrund der vertraglichen Regelung davon ausgegangen seien, eine Abnahme sei bereits erfolgt. Dann könne ihrer Inbenutzungnahme des Gemeinschaftseigentums nicht der Wille unterlegt werden, dieses schlüssig als im Wesentlichen vertragsgerecht anzuerkennen.

14 Die fehlende Abnahme stehe dem Vorschussanspruch nicht entgegen. Die Frage, ob ein Vorschussanspruch auch vor Abnahme bestehe, sei zwar nicht unumstritten, aber sie werde, soweit ersichtlich, für bestimmte enge Ausnahmefälle zu Recht bejaht. Das gelte jedenfalls für die Fälle, in denen das Werk fertiggestellt und an den Besteller übergeben worden sei, dieser aber etwa die Abnahme wegen behaupteter Mängel verweigere oder eine Abnahme schlicht noch nicht erfolgt sei, ferner der Unternehmer eine Mängelbeseitigung verweigere oder trotz Setzung einer angemessenen Frist nicht vornehme.

15 Das Setzen einer (weiteren) Nacherfüllungsfrist gemäß § 637 BGB sei entbehrlich gewesen. Die Beklagte sei in der Vergangenheit mehrfach vergeblich aufgefordert worden, die verfahrensgegenständlichen Mängel zu beseitigen. Die jetzt noch verfahrensgegenständlichen Mängel seien nicht beseitigt worden, obwohl die Beklagte deren Beseitigung sogar teilweise zugesagt gehabt habe. Zudem habe sie spätestens durch ihre beharrliche Weigerung und das Leugnen der Mängel trotz des eindeutigen Ergebnisses des selbstständigen Beweisverfahrens ihre mangelnde Bereitschaft zur Mängelbeseitigung dokumentiert.

16 Der Vorschussanspruch der Klägerin für die im Wege der Selbstvornahme vorgesehene Mängelbeseitigung belaufe sich auf die vom LG zutreffend festgestellte Höhe.

17 Die Verjährungseinrede der Beklagten greife nicht durch. Die nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB der fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegenden Ansprüche der Klägerin seien nicht verjährt. Mangels Abnahme habe die Verjährungsfrist nicht begonnen (§ 634a Abs. 2 Satz 2 BGB).

AUS DEN GRÜNDEN:

18 II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Insbesondere ist die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Vorschusses für Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht zu beanstanden.

19 1. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Klägerin die geltend gemachten, das Gemeinschaftseigentum betreffenden Mängelansprüche derjenigen Erwerber, die nach dem 25.11.2002 kontrahiert haben (im Folgenden: Nachzügler-Erwerber), an sich gezogen hat, wird dies von den Parteien hingenommen. Entsprechendes gilt, soweit das Berufungsgericht die Klägerin bezüglich der genannten Ansprü-

che für prozessführungsbefugt erachtet hat. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich (vgl. BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rdnr. 20; Urteil vom 15.1.2010, V ZR 80/09, BauR 2010, 774 Rdnr. 7 ff. = NZBau 2010, 432).

20 2. Zutreffend hat das Berufungsgericht – von den Parteien unbeanstandet – angenommen, dass sich die Mängelansprüche des Nachzügler-Erwerbers Dr. M. (Vertrag vom 14.5.2003) wegen Mängeln am Bauwerk nach Werkvertragsrecht richten.

21 a) Für vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossene Verträge gilt nach ständiger Rechtsprechung des BGH, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 29.6.1981, VII ZR 259/80, BauR 1981, 571, 572 f., juris Rdnr. 8 ff.; sowie Urteile vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, BauR 2003, 535, juris Rdnr. 11 = NZBau 2003, 213; vom 17.9.1987, VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 352, juris Rdnr. 7; vom 7.5.1987, VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rdnr. 9; und vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315, juris Rdnr. 13 ff.; für noch nicht vollständig fertiggestellte Bauwerke vgl. BGH, Urteile vom 5.4.1979, VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 206 f., juris Rdnr. 11 ff.; und vom 10.5.1979, VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267 f., juris Rdnr. 30 f.). Die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht kann danach auch dann noch zu bejahen sein, wenn die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung des Bauwerks geschlossen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, a. a. O.; Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, a. a. O., juris Rdnr. 15 f.).

22 Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt (vgl. BGH, Urteile vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, a. a. O., Rdnr. 11 und vom 7.5.1987, VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rdnr. 9).

23 b) An dieser Rechtsprechung ist hinsichtlich der Mängelansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen auch bei nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen festzuhalten (vgl. zum Streitstand, bejahend: *Kniffka/Kniffka*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2016, Einführung vor § 631 Rdnr. 89 ff.; *Koebler in Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 11. Teil Rdnr. 206 ff.; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rdnr. 11 ff.; *Vogel*, BauR 2010, 1992, 1994 f.; *Derleder*, NZBau 2004, 237, 242 f.; *Dören*, ZfIR 2003, 497, 500 ff.; *Thode*, NZBau 2002, 297, 299 f.; *Pause*, NZBau 2002, 648 f.; tendenziell bereits BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, BauR 2007, 1407, 1409, juris Rdnr. 18 f. = NZBau 2007, 507; sowie Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15 Rdnr. 28, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; verneinend: *Hertel*, DNotZ 2002, 6, 18 f.; *Bambring*, DNotZ 2001, 904, 906; *Ott*, NZBau 2003, 233, 238 f.).

24 Allerdings wurde mit den Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die rechtliche Stellung des Käufers bei Bauwerken in mancher Hinsicht derjenigen des Be-

stellers bei einem Bauvertrag angenähert. So verjähren die Mängelansprüche des Käufers nach § 437 Nr. 1 und 3 BGB bei einem Bauwerk statt in einem Jahr nunmehr gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) BGB in fünf Jahren; dies entspricht der Länge der Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache – entsprechend dem in § 633 Abs. 1 BGB Regelmäßigkeiten – frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Außerdem wird in § 439 Abs. 1 BGB ein Nacherfüllungsanspruch des Käufers statuiert; dieser kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

25 Unbeschadet der vorstehend genannten Annäherung ist es aus mehreren Gründen jedoch, was dem Willen des Gesetzgebers nicht widerspricht (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 229 f.; BT-Drucks. 14/6857, S. 59 f.; vgl. auch *Vogel*, BauR 2010, 1992, 1995), weiterhin sach- und interessengerecht, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern und Eigentumswohnungen bei Bauträgerverträgen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, auch wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt ist (vgl. *Kniffka/Kniffka*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., Einführung vor § 631 Rdnr. 89 ff.; *Glöckner* in *Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Aufl. 2014, § 4 Rdnr. 91). So besteht für den Käufer – anders als für den Besteller (vgl. § 637 BGB) – nicht die Möglichkeit, einen Vorschuss für die zur Selbstbeseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu verlangen (vgl. *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. 2011, Rdnr. 72; *Glöckner*, a. a. O.). Zudem passt das Recht des Käufers, zwischen Nacherfüllung und Lieferung einer mangelfreien Sache wählen zu können, bei Bauwerken nicht; es könnte zu Konflikten mit dem Recht des für den Bauwerksmangel ggf. letztverantwortlichen (Nach-)Unternehmers führen, die Art und Weise der Mängelbeseitigung bestimmen zu dürfen (vgl. *Kniffka/Kniffka*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., Einführung vor § 631 Rdnr. 90; *Pause*, a. a. O.). Hinzu kommt, dass dem Verkäufer das Verschulden von Dritten bezüglich der Verursachung von Bauwerksmängeln im Zuge der Errichtung des Bauwerks nur in geringerem Umfang zugerechnet werden kann als dem (Bau-)Unternehmer (vgl. *Baer*, Mängelrechte beim Wohnungseigentumserwerb vom Bauträger, 2010, S. 20 f. einerseits; und *Merl* in *Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 919 andererseits; vgl. ferner BGH, Urteile vom 2.4.2014, VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rdnr. 31 und vom 29.4.2015, VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rdnr. 13, beide zur mangelnden Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Herstellers einer Kaufsache im Verhältnis zum Verkäufer).

26 Demgegenüber ist es dem Bauträger zumutbar, eine Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums durch jeden Erwerber (auch Nachzügler) herbeizuführen.

27 c) Nach den vorstehend genannten Maßstäben richten sich die Mängelansprüche des Nachzügler-Erwerbers Dr. M. aus dem Vertrag vom 14.5.2003 wegen der geltend gemachten Mängel am Gemeinschaftseigentum nach Werkvertragsrecht. Denn die Wohnanlage wurde nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Jahr 2002 errichtet. Als Zeitpunkt der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. ist in § 6 Abs. 3 des Vertrags vom 14.5.2003 der 25.11.2002 genannt.

28 3. Im Ergebnis ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine zulasten der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., wirkende Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht aufgrund der – in § 7 Abs. 5 des Vertrags vom 13.11.2002 in Bezug genommenen – Bestimmung in § 19 der Teilungserklärung und auch nicht aufgrund des Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. angenommen hat.

29 a) Für die Revisionsinstanz ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass die Wohnungseigentümer – entsprechend dem in § 7 Abs. 5 des Vertrags vom 13.11.2002 Ausgeführten – das Ingenieurbüro K. gemäß § 19 der Teilungserklärung aufgrund Beschlusses in der ersten Eigentümerversammlung mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums beauftragt haben, wobei die Abnahme auf Kosten der Beklagten in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden sollte. Für die Revisionsinstanz ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts des Weiteren davon auszugehen, dass – entsprechend dem in § 6 Abs. 3 Satz 1 des Vertrags vom 14.5.2003 Ausgeführten – die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro K. am 25.11.2002 erfolgt ist. Für die Revisionsinstanz ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts außerdem davon auszugehen, dass eine Teilabnahme des Gemeinschaftseigentums vertraglich gestattet war (vgl. BGH, Urteil vom 30.6.1983, VII ZR 185/81, BauR 1983, 573, 575, juris Rdnr. 20, zur Teilabnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums).

30 b) Im Streitfall ist das Wohnungseigentumsgesetz bezüglich der vorstehend unter II. 3. a) genannten Vorgänge in der Fassung vor der Novellierung durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007 (BGBl. I, S. 360) anzuwenden.

31 c) Die aufgrund der Bestimmung in § 19 der Teilungserklärung vom Ingenieurbüro K. am 25.11.2002 erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums entfaltet keine Abnahmewirkung zulasten der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., selbst wenn, wovon die Revision offenbar ausgeht, dieses Ingenieurbüro die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch im Namen der Nachzügler-Erwerber erklärt haben sollte, die am 25.11.2002 weder Wohnungseigentümer noch werdende Wohnungseigentümer waren.

32 aa) Von dem teilenden Eigentümer einseitig vorgegebene Bestimmungen unterliegen einer Inhaltskontrolle, bei der lediglich streitig ist, ob die für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 307 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind oder ob sich diese Kontrolle unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auszurichten hat (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rdnr. 7 m. w. N.).

33 bb) Danach ist § 19 der Teilungserklärung, gleichgültig welcher der vorstehend genannten Maßstäbe der Inhaltskontrolle zugrunde gelegt wird, jedenfalls insoweit nichtig, als damit die Wirkung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens

der aufgrund Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung beauftragten Abnahmeperson auf Nachzügler-Erwerber erstreckt werden soll. Gegenstand von Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 WEG können lediglich Regelungen sein, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums fällt nicht hierunter (vgl. *Riemenschneider in Grziwotz/Koebke*, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil Rdnr. 758; *Schmidt* in FS Deckert, 2002, S. 443, 462 f.; a. M. BayObLG, NJW-RR 2000, 13, 15, juris Rdnr. 29 und NJW-RR 2000, 379, 380, juris Rdnr. 34). Sie betrifft vielmehr das Vertragsverhältnis zwischen Bauträger und Erwerber (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 316, juris Rdnr. 20; *Riemenschneider in Grziwotz/Koebke*, a. a. O.; *Schmidt* a. a. O.). Im Falle des Erwerbs einer Eigentumswohnung erhält der einzelne Erwerber aus dem Erwerbsvertrag einen individuellen Anspruch auf mangelfreie Werkleistung auch in Bezug auf das gesamte Gemeinschaftseigentum (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, a. a. O.; Urteil vom 6.6.1991, VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383, 389, juris Rdnr. 24; Urteil vom 21.7.2005, VII ZR 304/03, BauR 2005, 1623, 1624, juris Rdnr. 13 = NZBau 2005, 585). Dementsprechend liegt es grundsätzlich bei ihm, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, a. a. O.). Der Regelungsort für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist der jeweilige Erwerbsvertrag (*Vogel*, NZM 2010, 377, 382).

34 Nichts anderes folgt aus der Rechtsprechung des BGH zur Geltendmachung und Durchsetzung von Mängelansprüchen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums (vgl. BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rdnr. 19 f.). Nach dieser Rechtsprechung ist die Wohnungseigentümergeinschaft für die Geltendmachung und Durchsetzung solcher Rechte allein zuständig, die ihrer Natur nach gemeinschaftsbezogen sind und ein eigenständiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers nicht zulassen; das betrifft die gemeinschaftsbezogenen Rechte auf Minderung und kleinen Schadensersatz (vgl. BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, a. a. O., Rdnr. 19 m. w. N.). Außerdem ist die Wohnungseigentümergeinschaft befugt, durch Mehrheitsbeschluss die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Erwerbsverträgen wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich zu ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, a. a. O., Rdnr. 20). Anders als die Geltendmachung und Durchsetzung der vorstehend genannten Mängelansprüche, die der Verwaltungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG unterfallen (vgl. BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, a. a. O., Rdnr. 16 und Rdnr. 20), betrifft die Abnahme eine Verpflichtung des Erwerbers aus dem Erwerbsvertrag, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer Aufgabe der gemeinschaftlichen Verwaltung aufweist (vgl. *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 604). Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat zwar Bedeutung auch für die Geltendmachung der vorstehend genannten Mängelansprüche. Darin erschöpft sich die Bedeutung der Abnahme aber nicht. Die Abnahme hat darüber hinaus weitere Wirkungen insbesondere bezüglich der Fälligkeit und Verzin-

sung der Vergütung, bezüglich des Gefahrübergangs und bezüglich des Vorbehalts eines Vertragsstrafenanspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1989, VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 77, juris Rdnr. 9; *Meier*, BauR 2016, 565; *Scheffelt*, BauR 2014, 163, 179 Fn. 79; *Schwarz*, Die Abnahme des Werkes, 1988, S. 35-37). Diese Wirkungen betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und Bauträger und nicht das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander.

35 d) Auch aufgrund des Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung entfaltet die vom Ingenieurbüro K. am 25.11.2002 erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums keine Abnahmewirkung zulasten der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M.

36 aa) Fehlt es der Wohnungseigentümerversammlung an der erforderlichen Beschlusskompetenz, ist ein dennoch gefasster Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 9.3.2012, V ZR 161/11, NJW 2012, 1724 Rdnr. 10 f. m. w. N.; Beschluss vom 22.1.2004, V ZB 51/03, BGHZ 157, 322, 333, juris Rdnr. 32).

37 bb) Daran gemessen ist der Beschluss der ersten Eigentümerversammlung bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums aus den vorstehend unter II. 3. c) bb) genannten Gründen mangels Beschlusskompetenz jedenfalls insoweit nichtig, als damit die Wirkung der vom Ingenieurbüro K. erklärten Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf Nachzügler-Erwerber, darunter den Nachzügler-Erwerber Dr. M., erstreckt werden soll (vgl. *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 604; *Schmidt* in FS Deckert, 2002, S. 443, 462 f.; *Basty* in FS Wenzel, 2005, S. 103, 108 f.; a. M. BayObLG, NJW-RR 2000, 13, 15, juris Rdnr. 29 und NJW-RR 2000, 379, 380, juris Rdnr. 34, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch bestandskräftigen Beschluss zu einer Angelegenheit der gemeinschaftlichen Verwaltung gemacht werden kann).

38 4. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 des Vertrags vom 14.5.2003 unwirksam ist.

39 a) Nach den unbeanstandet gebliebenen tatrichterlichen Feststellungen handelt es sich bei dem Vertrag vom 14.5.2003 um einen von der Beklagten gestellten Formularvertrag, der gegenüber allen nach dem 25.11.2002 kontrahierenden Erwerbern verwendet wurde. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

40 b) Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 ist bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung dahingehend zu verstehen, dass den Nachzügler-Erwerbern mit dieser Klausel die Möglichkeit entzogen wird, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden oder hierüber durch eine Person ihres Vertrauens entscheiden zu lassen; vielmehr soll durch diese Klausel die am 25.11.2002 erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zu den Nachzügler-Erwerbern als für sie verbindlich festgeschrieben werden.

41 aa) Nach der Rechtsprechung des BGH, an die der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO angeknüpft hat, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom

Revisionsgericht frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts hinaus verwendet werden, ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Handhabung besteht (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 20.6.2013, VII ZR 82/12, BauR 2013, 1673 Rdnr. 12 m. w. N. = NZBau 2013, 567; Urteil vom 9.2.2011, VIII ZR 295/09, NJW 2011, 1342 Rdnr. 29).

42 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (BGH, Urteil vom 9.7.2015, VII ZR 5/15, BauR 2015, 1652 Rdnr. 26 m. w. N. = NZBau 2015, 549). Auch im Individualprozess ist die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Kunden begünstigt (vgl. BGH, Teilurteil vom 29.4.2008, KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rdnr. 19 – Erdgassondervertrag).

43 bb) Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung erschöpft sich die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 nicht in einer bloßen Information der Nachzügler-Erwerber über die bereits am 25.11.2002, vor deren Vertragsabschluss – erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens des Ingenieurbüros K. Unter Berücksichtigung der folgenden Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 ist die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 aus der Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners der Beklagten vielmehr entsprechend dem vom Berufungsgericht Ausgeführten dahin zu verstehen, dass sie den Nachzügler-Erwerbern das Recht entzieht, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden oder hierüber durch eine Person ihres Vertrauens entscheiden zu lassen; vielmehr soll durch diese Klausel die am 25.11.2002 erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zu den Nachzügler-Erwerbern als verbindlich festgeschrieben werden.

44 cc) Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 ist wegen unangemessener Benachteiligung der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 640 Abs. 1 BGB, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

45 Nach § 640 Abs. 1 BGB ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Besteller ist auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums der einzelne Erwerber des Wohnungseigentums (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 316, juris Rdnr. 20). Aufgrund der erheblichen Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht ist diese neben der Vergütungspflicht eine Hauptpflicht des Erwerbers (vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1989, VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 77, juris Rdnr. 9; Urteil vom 26.2.1981, VII ZR 287/79, Bau 1981, 284, 287, juris Rdnr. 28). Damit korrespondiert auf der anderen Seite das Recht des einzelnen Erwerbers, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums – ggf. nach sachverständiger Beratung – selbst zu entscheiden oder durch eine von ihm zu beauftragende (Vertrauens-)Person entscheiden zu lassen (vgl. Vogel, BauR 2010, 1992, 1996).

46 Die unangemessene Benachteiligung resultiert daraus, dass den Nachzügler-Erwerbern, darunter dem Nachzügler-Erwerber Dr. M., dieses Recht entzogen wird (vgl. Vogel, BauR 2010, 1992, 1996; Gritschneider in FS Probst, 2015, S. 327, 337). Das Interesse der Beklagten an einer frühzeitigen und einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums rechtfertigt es angesichts der Bedeutung der Abnahme und der damit verbundenen nachteiligen Rechtsfolgen für die Nachzügler-Erwerber nicht, dass Letztere die bereits vor Vertragsabschluss durch das Ingenieurbüro K. erklärte Abnahme ohne Überprüfungs- und Widerspruchsmöglichkeit gegen sich gelten lassen müssen (vgl. auch Pause, Baurägerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. Rdnr. 609).

47 dd) Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 ist außerdem aus den nachstehend unter II. 5. genannten Gründen gemäß § 309 Nr. 8b) ff) BGB unwirksam, weil sie im Zusammenspiel mit der Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 2 zu einer mittelbaren Verkürzung der Verjährungsfrist betreffend Mängelansprüche führt.

48 5. Die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 2 des Vertrags vom 14.5.2003 ist gemäß § 309 Nr. 8b) ff) BGB unwirksam.

49 a) Nach § 309 Nr. 8b) ff) ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB erleichtert wird. Eine derartige unzulässige Erleichterung liegt bereits dann vor, wenn die gesetzliche Verjährungsfrist durch Vorverlegung des Verjährungsbeginns mittelbar verkürzt wird (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15 Rdnr. 37, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 9.10.1986, VII ZR 245/85, BauR 1987, 113, 115, juris Rdnr. 16).

50 b) Mit der in § 6 Abs. 3 Satz 2 vorgesehenen Anknüpfung an die am 25.11.2002 erfolgte gemeinschaftliche Abnahme wird der Beginn der Verjährung von auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Mängelansprüchen der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., auf einen Zeitpunkt vorverlagert, zu dem diese weder den Erwerbsvertrag abgeschlossen hatten noch eine Übergabe an sie erfolgt war. Dies stellt eine mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB dar, die von § 309 Nr. 8b) ff) BGB erfasst wird.

51 6. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., aufgrund der Inbenutzungnahme des Gemeinschaftseigentums verneint hat.

52 a) Eine Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, das heißt durch schlüssiges Verhalten des Bestellers, erklärt werden. Eine konkludente Abnahme setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalls das nach außen hervortretende Verhalten des Bestellers den Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß (BGH, Urteil vom 5.11.2015, VII ZR 43/15, BauR 2016, 499 Rdnr. 30 m. w. N. = NZBau 2016, 93, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Bestellers, das geeignet ist, seinen Abnahme-

willen dem Unternehmer gegenüber eindeutig zum Ausdruck zu bringen (BGH, Urteil vom 20.2.2014, VII ZR 26/12, BauR 2014, 1023 Rdnr.15). In der Ingebrauchnahme und anschließenden Nutzung eines Bauwerks durch den Besteller kann eine konkludente Abnahme liegen (vgl. BGH, Urteil vom 20.9.1984, VII ZR 377/83, BauR 1985, 200, 201 f., juris Rdnr. 8 ff.). Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 20.2.2014, VII ZR 26/12, BauR 2014, 1023 Rdnr. 15). Die insoweit vom Tatrichter vorzunehmende Auslegung ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt dahingehend überprüfbar (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1996, VII ZR 26/95, BauR 1996, 390, 391, juris Rdnr. 13), ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2014, VII ZR 60/14, BauR 2015, 828 Rdnr. 17 = NZBau 2015, 220).

53 b) In diesem Rahmen beachtliche Rechtsfehler liegen nicht vor, soweit das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., verneint hat.

54 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Nachzügler-Erwerber aufgrund der vertraglichen Regelung davon ausgegangen, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt sei. Feststellungen dahingehend, dass den Nachzügler-Erwerbern, darunter dem Nachzügler-Erwerber Dr. M., die Unwirksamkeit der Klauseln in § 6 Abs. 3 bekannt gewesen wäre oder dass sie jedenfalls Zweifel an der Wirksamkeit dieser Klauseln gehegt hätten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen, ebenso wenig Feststellungen dahingehend, dass der Beklagten Entsprechendes bekannt gewesen wäre.

55 Die von der Revision im vorliegenden Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge aus § 286 ZPO hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

56 bb) Vor diesem Hintergrund ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach den getroffenen Feststellungen wurde mit der vertraglichen Regelung bei den Nachzügler-Erwerbern der Eindruck erweckt, einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch sie bedürfe es wegen der bereits erfolgten Abnahme nicht (mehr). Auf dieser Grundlage ist die Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung des Gemeinschaftseigentums durch die Nachzügler-Erwerber mangels besonderer Anhaltspunkte nicht geeignet, deren Abnahmewillen bezüglich des Gemeinschaftseigentums der Beklagten gegenüber eindeutig zum Ausdruck zu bringen (im Ergebnis ebenso OLG München, BauR 2009, 1444 f., juris Rdnr. 2; OLG Karlsruhe, NJW 2012, 237, 240, juris Rdnr. 88 f.; OLG Stuttgart, BauR 2015, 1688, 1694 f., juris Rdnr. 88; *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 407; *Pause/Vogel*, BauR 2014, 764, 765 f.; *Pioch*, JA 2015, 650, 652; a. M. BayObLG, NZM 2001, 539, 540, juris Rdnr. 25; *Messerschmidt/Leidig*, BauR 2014, 1, 3 ff.; *Pauly*, ZfBR 2014, 523, 526; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rdnr. 994). Aus der Sicht der Beklagten, der als Verwenderin die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 und die darin in Bezug genommene Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro

K. bekannt war, kann das in der Ingebrauchnahme und anschließenden Nutzung liegende Verhalten der Nachzügler-Erwerber redlicherweise nicht als Abnahme des Gemeinschaftseigentums verstanden werden (vgl. *Hogenschurz*, MDR 2012, 386, 389; *Pause/Vogel*, BauR 2014, 764, 765 f.).

57 7. Ferner ist es im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB unbeschadet der fehlenden Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Nachzügler-Erwerber, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., ausgeurteilt hat. Denn der Beklagten ist es als Verwenderin der unwirksamen Formulklauseln in § 6 Abs. 3 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber den Nachzügler-Erwerbern, darunter dem Nachzügler-Erwerber Dr. M., darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befinde.

58 a) Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln dient ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders; der Verwender kann sich nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen (vgl. BGH, Urteil vom 4.12.1986, VII ZR 354/85, BGHZ 99, 160, 161, juris Rdnr. 15; Urteil vom 9.3.2006, VII ZR 268/04, BauR 2006, 1012, 1013, juris Rdnr. 13 = NZBau 2006, 383; *Pfeiffer* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rdnr. 95; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB Recht, 12. Aufl. 2016, vor § 307 BGB Rdnr. 53 m. w. N.) und darf aus einer solchen Unwirksamkeit keine Vorteile ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15 Rdnr. 42, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; *Temming*, AcP 2015, 17, 34).

59 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formulklauseln in § 6 Abs. 3 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag bezüglich des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befinde (vgl. *Temming*, AcP 2015, 17, 36 f.). Die Beklagte hat mit den genannten Klauseln gegenüber den Nachzügler-Erwerbern den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium aufgrund erfolgter Abnahme des Gemeinschaftseigentums beendet sei. Die Beklagte muss daher als Verwenderin nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) den Nachteil tragen, dass sie trotz fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Mängelansprüchen von Nachzügler-Erwerbern, darunter des Nachzügler-Erwerbers Dr. M., konfrontiert wird.

60 8. Soweit das Berufungsgericht die übrigen Voraussetzungen für den ausgeurteilten Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB bejaht hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision erinnert hiergegen auch nichts.

61 9. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht durchgreift. Die Verjährung von Mängelansprüchen beginnt grundsätzlich mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB. Eine solche ist weder durch § 19 der Teilungserklärung noch durch die Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 (vgl. oben II. 4., 5.) noch konkludent durch Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung durch Dr. M. (vgl. oben II. 6.) erfolgt.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Carsten Cramer**, LL.M. (Columbia), Hamburg

Der VII. Zivilsenat nimmt in der vorliegenden Entscheidung zu zentralen Fragen der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Nachzügler-Erwerber Stellung. Das Urteil liefert für die Praxis drei wichtige Erkenntnisse.

1. Anwendung von Werkvertragsrecht auf Nachzügler-Vertrag

Die erste Erkenntnis liegt in dem auf den Nachzügler-Vertrag anwendbaren Recht. Der Senat bestätigt seine bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ergangene Rechtsprechung, nach der sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen nach Werkvertragsrecht richten und zwar auch dann, wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt ist. Dass diese Rechtsprechung auch im reformierten Schuldrecht Geltung beansprucht, hatte das Gericht bereits in früheren Urteilen angedeutet.¹ Es entscheidet nun verbindlich auch für das neue Recht, dass die Gewährleistungsansprüche des Nachzügler-Erwerbers grundsätzlich werkvertraglich zu qualifizieren sind.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ab welchem Zeitpunkt nach Fertigstellung die Qualifikation „umschlägt“ und kaufrechtliches Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt. Im vorliegenden Fall lagen zwischen der Abnahme des Gemeinschaftseigentums und dem Vertragsschluss mit dem Nachzügler ca. sechs Monate. Zu erwarten ist allerdings, dass der BGH die Grenze für den Qualifikationswechsel deutlich später ziehen wird. Mit den insoweit gleichlautenden Urteilen vom 25.2.2016 hatte der Senat nämlich bereits entschieden, dass die Heranziehung des Werkvertragsrechts auch zwei Jahre nach Fertigstellung nahe liege und Kaufrecht bei einem vermieteten Objekt jedenfalls bei einem Zeitablauf von ungefähr drei Jahren Anwendung finde.² Die Grenze dürfte also grundsätzlich im Bereich zwischen zwei und drei Jahren zu ziehen sein. Ob die Vermietung des Objekts innerhalb des vorgenannten Zeitraums für einen früheren Wechsel hin zum kaufrechtlichen Gewährleistungsregime spricht oder ob die Grenze im Fall eines unvermieteten Objekts sogar erst nach Ablauf von drei Jahren überschritten ist, bleibt offen.

2. Vergemeinschaftung der Abnahme

Die zweite Erkenntnis betrifft die Zulässigkeit der Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Umdem Interesse des Bauträgers an einer einheitlichen Abnahme durch alle Erwerber und an einem einheitlichen Verjährungsbeginn Rechnung zu tragen, wurde verschiedentlich vorgeschlagen, die Abnahme durch eine Regelung in der Teilungserklärung bzw. durch Beschluss der Wohnungs-

eigentümer zu vergemeinschaften.³ Dieser Weg ist nach dem Urteil des VII. Senats jedenfalls in Bezug auf den Nachzügler-Erwerber verschlossen. Der Senat erklärt sowohl die Regelung in der Teilungserklärung als auch den Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung für nichtig, soweit sich deren Wirkungen auf den Nachzügler erstrecken sollen („insoweit nichtig“).

Da der BGH seine Ausführungen ausdrücklich auf den Nachzügler beschränkt, stellt sich die Frage, ob eine Vergemeinschaftung der Abnahme zumindest hinsichtlich derjenigen Erwerber möglich ist, die vor der Fertigstellung erworben haben und damit keine Nachzügler sind. Dies wäre jedoch bereits in dogmatischer Hinsicht schwer zu begründen, da die Folge dieser Differenzierung eine Art „relative Nichtigkeit“ der Regelung in der Teilungserklärung bzw. des Beschlusses wäre. Außerdem verdeutlichen die inhaltlichen Ausführungen des Senats, dass dieser trotz seines zurückhaltenden Wortlauts („insoweit nichtig“) einer vergemeinschafteten Abnahme auch Nicht-Nachzüglern gegenüber keine Wirkung beimessen dürfte. Die Nichtigkeit begründet der BGH nämlich maßgeblich damit, dass den Erwerbern nicht das Recht entzogen werden dürfe, über die Mangelfreiheit des Vertragsgegenstandes selbst zu entscheiden, zumal an die Abnahme weitergehende Rechtsfolgen wie die Fälligkeit der Vergütung und der Gefahrübergang geknüpft seien. Dieser Gedanke gilt unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der Erwerber gekauft hat. Auf der Grundlage der Argumentation des Gerichts dürften die Regelung in der Teilungserklärung und der Beschluss damit nicht nur „insoweit“, sondern insgesamt nichtig sein.

Offen bleibt schließlich, ob der VII. Senat auch auf der Grundlage des im Jahr 2007 novellierten WEG entscheiden wird, dass die Abnahme zwingend durch jeden Erwerber einzeln erfolgen muss. Das Gericht musste im vorliegenden Fall das WEG in seiner bis zum 30.6.2007 geltenden Fassung anwenden. Vereinzelt wurde die Vergemeinschaftung der Abnahme zwar bereits vor der WEG-Novelle für zulässig gehalten.⁴ Die Diskussion hat aber gerade vor dem Hintergrund des § 10 Abs. 6 WEG in der seit dem 1.7.2007 geltenden Gesetzesfassung Auftrieb erhalten,⁵ wobei die Zuständigkeit der Gemeinschaft teils als geborene⁶ und teils als gekorene⁷ qualifiziert wurde. Dass die Novellierung des WEG-Rechts damit eine andere Bewertung rechtfertigt und der BGH auf der Grundlage des neuen Gesetzes anders entscheiden wird, erscheint allerdings zweifelhaft. Die maßgeblichen Erwägungen, die das Gericht für das Erfordernis einer Individualabnahme anführt, beanspruchen jedenfalls auch unter dem novellierten WEG-Recht Geltung. Im Zweifel dürfte der BGH damit auch in künftigen Fällen von der Un-

1 BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275; BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572; BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575.

2 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572; BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575.

3 Siehe die Nachweise bei *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rdnr. 1010.

4 Siehe BayObLG, Beschluss vom 30.4.1999, 2 Z BR 153/98, NJW-RR 2000, 13, 15, zur vergemeinschafteten Abnahme aufgrund eines bestandskräftigen Mehrheitsbeschlusses.

5 *Hügel*, NZM 2010, 8, 17.

6 *Rapp*, MittBayNot 2012, 169, 174; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 248.

7 *Hügel* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1226, 1225 f.

zulässigkeit einer durch die Gemeinschaft vorgenommenen Abnahme ausgehen.⁸

3. Keine Anerkennung einer bereits erfolgten Abnahme

Die dritte Erkenntnis betrifft die Zulässigkeit von werkvertraglichen Klauseln, mit denen der Nachzügler eine durch andere Erwerber bereits erklärte Abnahme als für sich verbindlich anerkennt. Aus Sicht des Bauträgers besteht das Interesse, dass die Verjährungsfristen für alle Erwerber nach Möglichkeit einheitlich enden, soweit Mängelansprüche hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums betroffen sind. Zur Erreichung dieses Ziels wurden bislang – neben der Vergemeinschaftung der Abnahme⁹ – zwei vertragliche Lösungsmodelle vorgeschlagen: Entweder sollte der Nachzügler-Erwerber eine bereits erfolgte frühere Abnahme durch andere Erwerber anerkennen¹⁰ oder die Verjährungsfristen für die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglers sollten ausdrücklich in der Weise verkürzt werden, dass ein Gleichlauf mit früheren Erwerbem erzielt wurde.¹¹

Der Senat erteilt dem ersten Lösungsmodell eine Absage. Zur Begründung führt das Gericht wie schon zuvor mit Urteil vom 25.2.2016¹² aus, dass die Anerkennung einer von einem anderen Erwerber¹³ erklärten Abnahme eine unzulässige mittelbare Verkürzung der Verjährung darstelle und daher gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam sei. Es ergänzt nunmehr, dass die Unwirksamkeit auch aus § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB folge. Der Erwerber habe angesichts der erheblichen Bedeutung der Abnahme das Recht, über die Abnahme selbst zu entscheiden. Die Anerkennungsklausel sei daher mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 640 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren.

Unausgesprochen bleibt, ob der zweite Lösungsversuch, der in der ausdrücklichen Verkürzung der Verjährungsfristen liegt, eine zulässige Gestaltung ist bzw. bleibt. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Da der VII. Zivilsenat in der Anerkennung einer früheren Abnahme eine unzulässige mittelbare Verkürzung der Verjährung und damit einen Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB sieht, kann für die unmittelbare Verkürzung der Verjährung nichts anderes gelten. Die Möglichkeit einer vertraglichen Verkürzung der Verjährungsfristen hinsichtlich Mängeln des Gemeinschaftseigentums dürfte damit allerdings nicht insgesamt ausgeschlossen sein. Jedenfalls dann, wenn nach den Grundsätzen des VII. Zivilsenats hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche

des Nachzüglers Kaufrecht Anwendung findet, dürfte eine vertragliche Verkürzung der Verjährung zulässig sein.¹⁴ In diesem Fall greift mangels einer „Werkleistung“ jedenfalls nicht das Klauselverbot in § 309 Nr. 8 b) ff) BGB. Auch die Annahme einer „neu hergestellten Sache“ dürfte sich in diesem Fall verbieten. Nach der Verkehrsauffassung dürfte bei einem Gebäude, das über zwei Jahre alt ist, kaum noch von einer neu hergestellten Sache ausgegangen werden.¹⁵

4. Fazit

Das Urteil des BGH ist für den Kautelarjuristen, der sich um eine Synchronisierung der Verjährungsfristen aller Erwerber bemüht, ein Rückschlag. Weder lassen sich einheitliche Verjährungsfristen durch eine Vergemeinschaftung der Abnahme erzielen, noch ist die mittelbare oder unmittelbare Verkürzung der Verjährungsfristen im Werkvertrag AGB-rechtlich zulässig. Der Notar ist gut beraten, künftig von allen Versuchen einer Vergemeinschaftung der Abnahme Abstand zu nehmen – auch unter Geltung des novellierten WEG-Rechts. Denkbar erscheint weiterhin die vertragliche Verkürzung der Verjährungsfristen der Nachzügler. Dies dürfte jedoch nur bei Anwendbarkeit von Kaufrecht einer AGB-Kontrolle standhalten.

¹⁴ Siehe bereits *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289, 290 f.

¹⁵ Zum Streitstand *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1075.

2. Verhinderung des Sachmängelhaftungsausschlusses durch arglistiges Verschweigen eines von mehreren Verkäufern

BGH, Urteil vom 8.4.2016, V ZR 150/15

BGB §§ 166, 242, 276 Abs. 1 Satz 2, § 280 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 444 Alt. 1

LEITSATZ:

Verschweigt einer von mehreren Verkäufern einen Mangel der Kaufsache arglistig, können sich sämtliche Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen.

SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Kaufvertrag vom 22.6.2009 erwarben die Kläger von den Beklagten, die zu dieser Zeit die Scheidung ihrer Ehe betrieben, unter Ausschluss der Sachmängelhaftung ein mit einem Wohnhaus bebautes Hanggrundstück. Die Vertragsverhandlungen einschließlich der Besichtigungen hatte die Beklagte zu 2 durchgeführt. Für den Beklagten zu 1, der sich zu dieser Zeit in stationärer psychiatrischer Behandlung befand, handelte bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags ein vollmachtloser Vertreter. Am 17.7.2009 genehmigte der Beklagte zu 1 den Vertragsschluss.

2 Die an der seitlichen Grundstücksgrenze befindliche Winkelstützmauer, die der Sicherung des Erdreichs dient, war von dem Beklagten zu 1 in Eigenleistung errichtet worden. Sie weist nicht die erforderliche Standsicherheit auf und muss saniert werden. Grund hierfür ist, dass der Beklagte zu 1 statt der in der statischen Berechnung

⁸ Ebenso *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1011; *Ott*, ZWE 2013, 253, 257.

⁹ *Rapp*, MittBayNot 2012, 169, 175.

¹⁰ Problematisch ist aber bereits, welche Abnahme insoweit maßgeblich sein soll (Diejenige des ersten Erwerbers? Oder die des letzten Erwerbers?), vgl. auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1039.

¹¹ Vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 311.

¹² BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572.

¹³ Vorliegend handelte es sich um die Anerkennung der von der Gemeinschaft erklärten Abnahme.

vorgesehenen L-Steine mit einer Höhe von 4,80 Meter solche mit einer Höhe von nur 1,80 m bis 2 m verwendete.

3 Die Kläger haben von beiden Beklagten Schadensersatz unter anderem wegen der schadhaften Mauer in Höhe von insgesamt 49.546 € nebst Zinsen verlangt. Das LG hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 19.992 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung beider Parteien hat das OLG den Beklagten zu 1 zur Zahlung von weiteren 4.643,25 € verurteilt. Die gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Klage hat es insgesamt abgewiesen. Mit der von dem OLG nur hinsichtlich der Beklagten zu 2 zugelassenen Revision wollen die Kläger erreichen, dass auch die Beklagte zu 2 in der Hauptsache zur Zahlung von insgesamt 24.635,25 € verurteilt wird.

4 I. Das Berufungsgericht bejaht die Haftung des Beklagten zu 1. Die fehlende Standsicherheit der Winkelstützmauer stelle einen Sachmangel des Grundstücks im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB dar, der für die Kläger nicht erkennbar gewesen sei. Dem Beklagten zu 1 sei bekannt gewesen, dass die von ihm selbst vorgenommene Ausführung nicht den statischen Vorgaben entsprach. Er habe den Sachmangel nicht offenbart und daher arglistig im Sinne von § 444 Alt. 1 BGB verschwiegen. Jedenfalls im Zeitpunkt der Genehmigung des Vertragsschlusses sei er psychisch in der Lage gewesen, seiner Aufklärungspflicht nachzukommen. Hierzu sei er trotz der bereits eingetretenen Bindung der Kläger an deren Angebot gemäß § 242 BGB verpflichtet gewesen.

5 Dagegen habe die Beklagte zu 2 nicht arglistig gehandelt, da nicht feststellbar sei, dass sie von der mangelnden Standsicherheit gewusst habe. Anders als der Beklagte zu 1 könne sie sich auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen. Zwar sei ein Gewährleistungsausschluss nach § 476 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung nichtig gewesen, wenn einer von mehreren Verkäufern arglistig gehandelt habe. Dies lasse sich wegen der geänderten Konzeption des Gewährleistungsrechts aber nicht auf die nunmehr einschlägige Vorschrift des § 444 Alt. 1 BGB übertragen. Nach dieser Bestimmung werde die Berufung auf den Ausschluss der Sachmängelhaftung nur demjenigen Verkäufer verwehrt, der selbst arglistig gehandelt habe, sich die Arglist eines Mitverkäufers gemäß § 166 BGB zurechnen lassen müsse oder die Haftung für Arglist rechtsgeschäftlich übernommen habe. Für die Arglist des Beklagten zu 1 hafte die Beklagte zu 2 nicht. Weder habe sie eine solche Haftung rechtsgeschäftlich übernommen noch habe der Beklagte zu 1 Erklärungen abgegeben, die ihr gemäß § 166 BGB zugerechnet werden könnten.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Über die Revision der Kläger ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis der Beklagten zu 2, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82).

7 1. Im Ausgangspunkt ist die Beklagte zu 2 den Klägern gemäß § 437 Nr. 3 i. V. m. § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, da die nicht standsichere Mauer einen Sachmangel darstellt. Das auf die Lieferung der mangelhaften Sache bezogene Verschulden wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Diese Vermutung ist nicht entkräftet. Die Beklagte zu 2 hatte nach ihrem eigenen Vortrag Hinweise auf einen solchen Mangel und handelte daher jedenfalls fahrlässig, indem sie das Anwesen ohne weitere Nachforschungen übergab (vgl. MünchKomm-BGB/*Ernst*, 7. Aufl., § 280 Rdnr. 63).

8 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann sich die Beklagte zu 2 nicht auf den vertraglich vereinbarten

Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen. Allerdings ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Beklagte zu 2 nicht als arglistig im Sinne von § 444 Alt. 1 BGB ansieht. Die hierauf bezogene Verfahrensrüge der Kläger hat der Senat geprüft und nicht als durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO). Arglistig verschwiegen hat den Sachmangel dagegen der Beklagte zu 1; insoweit macht sich der Senat die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts zu Eigen. Infolgedessen kommt es entscheidend darauf an, ob sich ein Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB auf einen Haftungsausschluss berufen kann, wenn sein Mitverkäufer – wie hier – einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Diese Frage ist umstritten.

9 a) Nach der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches war geklärt, welche Rechte dem Käufer zustanden, wenn einer von mehreren Verkäufern einen Sachmangel arglistig verschwiegen hatte.

10 aa) Gemäß § 476 BGB a. F. war eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wurde, nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen. Handelte einer von mehreren Verkäufern arglistig, war der Gewährleistungsausschluss insgesamt nichtig (vgl. Senat, Urteil vom 16.1.1976, V ZR 63/74, WM 1976, 323 f.; Urteil vom 10.7.1987, V ZR 152/86, NJW-RR 1987, 1415, 1416; RG Recht 1908 Nr. 2465; 1915 Nr. 1058; *Planck*, BGB, 4. Aufl., § 476 a. E.; *RGRK/Mezger*, BGB, 12. Aufl., § 476 Rdnr. 5). Die Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses im Verhältnis zu dem arglistigen Verkäufer erstreckte sich nämlich gemäß § 139 BGB im Zweifel auf die anderen Verkäufer (RG Recht 1908 Nr. 2465 unter Bezug auf RGZ 62, 184, 186 f.; RG Recht 1915 Nr. 1058). Abgesehen davon fand § 139 BGB keine Anwendung, sodass der Vertrag trotz der Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses im Übrigen wirksam war (vgl. nur *Palandt/Putzo*, 60. Aufl., § 476 Rdnr. 9). Deshalb konnte der Käufer unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 459, 460 BGB a. F. von sämtlichen Verkäufern gemäß § 462 BGB a. F. Wandelung oder Minderung verlangen.

11 bb) Anders lag es bei dem Anspruch auf Schadensersatz. Dieser stand dem Käufer – abgesehen von dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 1 BGB a. F.) – nur zu, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatte (§ 463 Satz 2 BGB a. F.). Da die Arglist insoweit anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal war, musste der selbst nicht arglistig handelnde Verkäufer nur dann Schadensersatz leisten, wenn er für die Arglist des Mitverkäufers haftete. Dies kam in Betracht, wenn sich aus besonderen Umständen ergab, dass er die Haftung für die Arglist des Mitverkäufers rechtsgeschäftlich übernommen hatte, oder wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung vorlagen (vgl. Senat, Urteil vom 16.1.1976, V ZR 63/74, WM 1976, 323 f.).

12 b) Nunmehr bestimmt § 444 Alt. 1 BGB, dass sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen hat. Es besteht keine Einigkeit darüber, wie die Vorschrift im Hinblick auf eine Verkäufermehrheit zu verstehen ist.

13 aa) Das Berufungsgericht folgt einer in der Rechtsliteratur verbreiteten Ansicht, wonach dem nicht arglistig handelnden Verkäufer die Berufung auf den Haftungsausschluss nur dann verwehrt ist, wenn er sich das arglistige Handeln seines Mitverkäufers gemäß § 166 BGB zurechnen lassen muss. Der Käufer werde ausreichend geschützt, weil er von dem arglistig Handelnden Schadensersatz verlangen könne (MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl., § 444 Rdnr. 12; Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 444 Rdnr. 10; BeckOK-BGB/Faust, Stand: 1.8.2014, § 444 Rdnr. 17; BeckOGK-BGB/Stöber, Stand: 4.1.2016, § 444 Rdnr. 48). Eine andere Sichtweise sei, so meint das Berufungsgericht, mit dem die Gesamtschuld prägenden Grundsatz der Einzelwirkung von Tatsachen gemäß § 425 BGB nicht zu vereinbaren. Der Sache nach wird hiermit die frühere Rechtsprechung zu § 463 Satz 2 BGB a. F. fortgeführt.

14 bb) Die Gegenauffassung überträgt die Rechtsprechung zu § 476 BGB a. F. auf das neue Recht, indem allen Verkäufern die Berufung auf den Haftungsausschluss verwehrt wird (OLG Brandenburg, Urteil vom 14.11.2013, 5 U 6/11, juris Rdnr. 31 f.; Grziwotz, IMR 2015, 468; ohne nähere Begründung jurisPK-BGB/Pammler, Stand: 13.3.2015, § 444 Rdnr. 31; HK-BGB/Saenger, 8. Aufl., § 444 Rdnr. 5; am Ende offen lassend Staudinger/Matusche-Beckmann, 2013, § 444 Rdnr. 48).

15 c) Der Senat hält die zuletzt genannte Ansicht für richtig. Verschweigt einer von mehreren Verkäufern einen Mangel der Kaufsache arglistig, können sich sämtliche Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen.

16 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend erkennt das Berufungsgericht, dass sich die frühere Rechtslage wegen der geänderten Konzeption des Schuldrechts nicht unverändert fortschreiben lässt. Verwehrt man – wie es der Senat für richtig hält – in dieser Fallkonstellation allen Verkäufern die Berufung auf den Haftungsausschluss, wird nämlich die Haftung des nicht arglistig Handelnden gegenüber dem früheren Recht erweitert. Während das arglistige Verhalten des Verkäufers nach § 463 Satz 2 BGB a. F. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch war, ist die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache seit der Reform des Schuldrechts Teil des Erfüllungsanspruchs (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ein Schadensersatzanspruch ist gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 Satz 2, § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB auch bei einer fahrlässig verschuldeten mangelhaften Lieferung gegeben. Das arglistige Verhalten des Verkäufers ist in diesem Zusammenhang nur noch im Rahmen von § 444 BGB von Bedeutung (vgl. Senat, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rdnr. 13). Die Haftung des Verkäufers ist durch die Einführung einer allgemeinen Schadensersatzpflicht gezielt verschärft worden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 226). Da es für die Begründung der Schadensersatzpflicht keiner Zurechnung von Arglist mehr bedarf, betrifft die Zulässigkeit der Berufung auf den Haftungsausschluss nicht den von dem Berufungsgericht herangezogenen Grundsatz der Einzelwirkung gemäß § 425 BGB. Das für die Schadensersatzpflicht nunmehr erforderliche Verschulden im Sinne von § 276 BGB muss – wie in § 425 BGB vorgesehen – bei jedem einzelnen Verkäufer vorliegen, um dessen Haftung zu begründen.

17 bb) Maßgeblich für die Frage, ob sich der nicht arglistig handelnde Verkäufer auf den Haftungsausschluss berufen darf, ist daher allein die Auslegung von § 444 Alt. 1 BGB.

18 (1) Der Wortlaut dieser Norm ist insoweit nicht eindeutig, als die Arglist nicht mehr zur Nichtigkeit, sondern dazu führt, dass der Verkäufer sich auf den Haftungsausschluss nicht berufen kann. Dies lässt sich so verstehen, dass § 444 Alt. 1 BGB bei einer Verkäufermehrheit jeweils ein individuelles Fehlverhalten voraussetzt, die Arglist also bei jedem einzelnen Verkäufer vorliegen muss. Da die Bestimmung aber nicht regelt, wie eine Mehrzahl von Verkäufern zu behandeln ist, lässt sich ihr Wortlaut auch so deuten, dass der „Verkäuferseite“ die Berufung auf den Haftungsausschluss verwehrt ist; dies entspricht der zuvor nach § 476 BGB a. F. angeordneten, den Gewährleistungsausschluss in aller Regel insgesamt erfassenden Nichtigkeit.

19 (2) Für das zuletzt genannte Verständnis von § 444 Alt. 1 BGB spricht entscheidend, dass die Rechte des Käufers andernfalls in erheblichem Maße beschränkt würden.

20 (a) Die in § 476 BGB a. F. geregelte und regelmäßig zu lasten aller Verkäufer wirkende Nichtigkeitsfolge wurde (nur) deshalb nicht in das neue Recht übernommen, weil klargestellt werden sollte, dass die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses keinesfalls zur Unwirksamkeit des gesamten Kaufvertrags führe (BT-Drucks. 14/6040, S. 240). Dies entsprach – wie oben ausgeführt – bereits vor der Reform einhelliger Ansicht. Abgesehen von der insoweit gewünschten Klarstellung hat der Gesetzgeber die in § 476 BGB a. F. enthaltene Regelung bezüglich der Arglist unverändert in § 444 BGB übernommen; weitere Rechtsänderungen hat er hierbei nicht erwogen.

21 (b) Zu einer für den Käufer äußerst nachteiligen Rechtsänderung führte aber die von dem Berufungsgericht für richtig gehaltene Auslegung des § 444 Alt. 1 BGB. Nach altem Recht bestand – wie bereits gezeigt – das Recht zur Wandelung oder Minderung gegenüber allen Verkäufern, wenn der Gewährleistungsausschluss aufgrund der Arglist eines Verkäufers insgesamt nichtig war. Hiervon wiche das neue Recht ab, wenn der Käufer nunmehr im Grundsatz den Arglistnachweis gegenüber allen Verkäufern führen müsste, um einen Rücktritt oder die Minderung (die gemäß § 441 Abs. 2 BGB nur gegenüber allen Verkäufern erklärt werden kann) vornehmen zu können. Insbesondere bei einer Vielzahl von Verkäufern könnte ihn dies vor erhebliche Probleme stellen. Bei Arglist nur eines Verkäufers beschränkten sich die Käuferrechte im Grundsatz auf Schadensersatzansprüche gegen diesen.

22 (c) Dafür, dass der Reformgesetzgeber die Rechtsposition des Käufers solchermaßen verschlechtern wollte, indem er die Nichtigkeitsfolge nicht in das neue Recht übernahm, fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Im Gegenteil stünde dies im Widerspruch zu den allgemeinen Zielen der Schuldrechtsreform, die gerade die Verbesserung der Mängelansprüche des Käufers durch die Verschärfung der Verkäuferpflichten herbeiführen sollte (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 226). Über eine (ggf. analoge) Anwendung von § 166 BGB lässt sich eine angemessene, die Interessen beider Vertragsparteien wahrende Lösung nicht erzielen. Die darauf gestützte Zurechnung der Arglist eines

Mitverkäufers scheiterte nämlich dann, wenn – wie hier – die Verkaufsverhandlungen durch den nicht arglistigen Verkäufer geführt werden, während der arglistige Mitverkäufer lediglich eine Offenbarungspflicht verletzt, ohne ausdrückliche Erklärungen abzugeben. Infolgedessen haftete der selbst nicht arglistige Verkäufer, wenn er sich im Hintergrund hält und durch den arglistigen Mitverkäufer vertreten lässt, aber nicht, wenn er selbst die Verhandlungen führt; eine solche Differenzierung kann nicht überzeugen.

23 (3) Im Ergebnis muss eine Verkäufermehrheit im Innenverhältnis dafür Sorge tragen, dass die im Verhältnis zu dem Käufer bestehenden Offenbarungspflichten erfüllt werden, um insgesamt von dem Ausschluss der Sachmangelhaftung profitieren zu können. Andernfalls erweist sich die Freizeichnung aus Sicht des Käufers als unredlich; hiervor soll § 444 BGB den Käufer schützen (vgl. Senat, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rdnr. 13).

(...)

3. Anwendbarkeit der MaBV bei Eigentumsübertragung durch Dritten

OLG München, Urteil vom 17.3.2015, 9 U 1662/11

MaBV § 3

LEITSATZ:

Auch für den Fall, dass Werkvertrag und Grundstückskaufvertrag nicht als Einheit zu qualifizieren sind, kann § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sein. § 3 Abs. 1 MaBV wäre sicher auszuschließen, wenn der Auftraggeber bereits das Eigentum an dem Grundstück erworben hätte, da in diesem Fall die besonderen Risiken für den Auftraggeber gerade nicht gegeben sind. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass das Eigentum am Grundstück durch einen gesonderten Vertrag mit einem Verkäufer, der jedenfalls dem Lager der Klägerin zuzurechnen ist, erst mit Erbringung der Werkleistung übertragen werden sollte. Dann ist die MaBV anwendbar. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Die Parteien streiten um eine Werklohnforderung sowie Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen Kündigung eines zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrages. (...)

2 Die Klägerin hat das klageabweisende Urteil durch Berufung angefochten und verfolgt ihr ursprüngliches Klageziel in vollem Umfang weiter. Sie trägt zur Begründung ihres Rechtsmittels im Wesentlichen vor:

3 Die Klägerin rügt vor allem fehlerhafte Rechtsanwendung durch das landgerichtliche Urteil. Sie ist der Auffassung, dass auf den Werkvertrag die MaBV nicht anwendbar sei, da es sich vorliegend nicht um ein Bauvorhaben im Sinne der MaBV handele. Der Vertrag zwischen der Klägerin und den Beklagten sei ein Werkvertrag, der Grundstückskaufvertrag, der zwischen den Beklagten und der ... GmbH geschlossen worden sei, sei davon unabhängig.

4 Eine Bauherreneigenschaft sei der Klägerin abzusprechen, da die Beklagten in erheblichem Umfang hinsichtlich Art und Umfang des

Baus bei der Bauausführung mitbestimmt hätten. Weiter scheitere die Anwendbarkeit der MaBV daran, dass die Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks gewesen sei. Das Erstgericht habe zu Unrecht die MaBV auf das vorliegende Werkvertragsverhältnis angewandt. Fehlerhaft habe das Gericht zusätzlich den Grundsatz des „venire contra factum proprium“ verkannt, da der streitgegenständliche Vertragsentwurf auch auf Wunsch der Beklagten in der dann gültigen Fassung vereinbart worden sei. Ferner ist die Klägerin der Auffassung, dass die unberechtigten Mängelrügen der Beklagten keinen Kündigungsgrund für die Beklagten begründen.

5 Zu der Höhe der Restfertigungsstellungskosten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB, die durch die Beklagten im Wege der Widerklage geltend gemacht worden waren, wendet sich die Klägerin insgesamt nur noch gegen drei Posten, nämlich gegen den Punkt „Entsorgung Erdaushub und Wurzelstock“, den Punkt „Fensterläden“ und den Punkt „Estricharbeiten“. Zu den Kosten für die Entsorgung des Erdaushubs und des Wurzelstocks meint die Klägerin, dass nicht erkennbar sei, woraus diese Kosten resultieren sollten. Die Kostenermittlung für die Estricharbeiten dürften sich nach Auffassung der Klägerin nicht an die Vorschriften für Altbauten orientieren und hinsichtlich der Fensterläden meint die Klägerin, dass diese im ursprünglichen Auftrag nicht enthalten gewesen seien.

(...)

8 Der Beklagte ist der Auffassung, dass die MaBV anwendbar sei und dass die Kündigungen, die von der Klägerin ausgesprochen wurden, unwirksam gewesen seien. Bei den Mehrkosten sei kein enger Prüfungsmaßstab anzuwenden, es gelte nur bei einer groben Verletzung ein Mitverschulden nach § 254 BGB. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

10 1. Der Klägerin steht ein Werklohnanspruch gemäß § 631 BGB i. V. m. VOB/B zu i. H. v. 54.715,64 €, wie zutreffend vom Erstgericht festgestellt. Dieser ist jedoch durch Aufrechnung der Beklagten in selbiger Höhe wegen eines Anspruchs auf Ersatz der Restfertigungskosten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B analog erloschen. Die Parteien schlossen einen Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB i. V. m. VOB/B. Vorliegend bestanden zwei Verträge, die insgesamt auf die Errichtung einer Doppelhaushälfte abzielten. Im Werkvertrag vom 9.6.2007 war die schlüsselfertige Erstellung der Doppelhaushälfte gemäß § 4 des Vertrages Planung und Bauleitung bei der Klägerin vorgesehen. Der Grundstücksvertrag datiert vom 12.6.2007 und wurde erst nach dem Werkvertrag geschlossen. Vertragspartner hier war die ... GmbH.

11 Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB. Beide Verträge standen in einem Bezug zueinander, da in § 11 des Werkvertrages die Parteien die Nichtigkeit desselben vereinbarten für den Fall, dass der Grundstückserwerb ...straße durch die Beklagten nicht zustande käme. Im Grundstücksvertrag findet sich eine Bezugnahme auf den Werkvertrag, da die vierte Kaufpreisrate nach dem vorgelegten Kaufvertrag erst nach Fertigstellung bzw. Bezugsfertigkeit anfallen sollte, spätestens zum 30.8.2008. Dieser Werkvertrag wurde nicht wirksam durch die Klägerin gekündigt durch die Kündigung vom 28.2. sowie die weitere Kündigung vom 19.3.2008. Ein Kündigungsgrund stand der Klägerin nicht zu. Die Kündigungen erfolgten durch die Klägerin aufgrund des Ausbleibens der vierten und fünften Rate der Zahlungen gemäß dem oben genannten Werkvertrag zu Unrecht. Diese Ratenzahlungsverein-

barung gemäß Werkvertrag war unwirksam, da sie gegen § 3 Abs. 2 MaBV verstößt. Die Kündigungen waren daher nicht rechtmäßig.

12 Nach Auffassung des Senats ist die MaBV auf die konkrete Fallgestaltung anwendbar. Die Klägerin fällt als Gewerbetreibende in den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 1 Nr. 3 GewO (zum Zeitpunkt der Vertragsgestaltung noch § 34 Abs. 1 Nr. 4 GewO im Stand von 2009), da jedenfalls die Klägerin als Bauherrin im Sinne von § 4a des § 34 GewO anzusehen ist. Die Verträge fallen in den Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 MaBV, da auch hier den Beklagten als Auftraggeber erst das Eigentum an dem Grundstück im Laufe der Bauausführung übertragen werden sollte. Es kommt bei der Auslegung des Abs. 1 zu § 3 MaBV nicht zwingend darauf an, dass das Grundstück durch den Unternehmer selbst übertragen sein muss (so auch *Grziwotz*, Kommentar zur MaBV, 2. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 12).

13 2. Die Anforderungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-4 waren im konkreten Fall erfüllt. Ist der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Zahlung noch nicht Eigentümer, sondern erwirbt er erst noch das Eigentum, so ist die MaBV und damit § 3 MaBV anwendbar. Vom Regelungsgehalt der Vorschrift sollen die Fälle umfasst sein, bei denen der endgültige Eigentumserwerb solange aufgeschoben, bis die vollständige Zahlung des Kaufpreises und des Werklohns erfolgt ist, wie auch hier im vorliegenden Fall.

14 3. Es kommt nach hiesiger Auffassung bei der Auslegung des Abs. 1 zu § 3 MaBV nicht zwingend darauf an, dass das Grundstück durch den Unternehmer selbst übertragen sein muss. Hierfür sprechen zwei Gründe: Zum einen sind die Verträge, wie schon vom LG zutreffend festgestellt, als Einheit zu betrachten, sodass die Eigentumsverschaffung in einem einheitlichen Vertrag hätte erfolgen können. Anbieter des Projekts und auch Grundlage für die beiden Verträge, sowohl Grundstücksverkaufsvertrag als auch Werkunternehmervertrag, war das Angebot eines Prospektes durch „die BV“. In diesem Prospekt war das Haus zu einem Gesamtpreis angeboten. Die Aufspaltung der Verträge mit zwei unterschiedlichen Vertragspartnern kann nicht zwingend nachvollzogen werden, da die Grundstücksverkäufer und bauausführende Klägerin beide nicht im Prospekt des Bauvorhabens aufgeführt werden. In dem Prospekt findet sich eine Baubeschreibung für die Art und Weise des Baus. Auch die Reservierungsvereinbarung belegt diese Auffassung. Bereits hier wird eine Ratenzahlung für Bauabschnitte vorgesehen, die zulässigen Raten nach § 3 MaBV werden hier im Übrigen auch bereits überschritten. Für die Beklagten als Vertragspartner war nicht erkennbar, dass es sich hier um zwei unterschiedliche Vertragspartner mit völlig voneinander unabhängigen Verträgen handeln sollte. Vielmehr stellen sich beide Verträge auch im Lichte dieses Prospektes als eine rechtliche Einheit dar.

15 4. Zum anderen ist auch für den Fall, dass die Verträge nicht als Einheit zu qualifizieren werden, § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt. Aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV ergibt sich nicht zwingend, dass Gewerbetreibender und derjenige, der das Grundstück verschaffen soll, eine Person sein müssen. § 3 Abs. 1 MaBV wäre sicher auszuschließen, wenn der Auftraggeber bereits das Eigentum an dem Grundstück

erworben hätte, da in diesem Fall die besonderen Risiken für den Auftraggeber gerade nicht gegeben sind, wie zutreffend in BGH, NJW 1978, 1054 entschieden wurde. Die Anwendbarkeit der MaBV ist jedenfalls nur dann zu verneinen, wenn das Grundstück schon im Eigentum des Auftraggebers steht (so auch *Marx*, Kommentar zur MaBV, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 5) Der hier gegebene Fall betrifft aber die Konstellation, dass das Eigentum am Grundstück durch einen gesonderten Vertrag mit einem Verkäufer, der jedenfalls dem Lager der Klägerin zuzurechnen ist, erst mit Erbringung der Werkleistung übertragen werden sollte. Dies ergibt sich auch aus den vorgelegten Verträgen.

16 Die Klägerin war als Bauherrin im Sinne von § 34c Abs. 1 Nr. 4 GewO anzusehen, sodass auch der Anwendungsbereich der MaBV eröffnet war. Sie war bei der Vorbereitung und Durchführung des Vorhabens tätig. Durch die Vorgabe im Prospekt übte sie auch einen maßgeblichen Einfluss auf die Planung und den Ablauf des gesamten Geschehens aus, wenn auf die vertragliche Gestaltung letztlich durch drei juristische Personen erfolgte. Die beiden wesentlichen Verträge (Werkvertrag und Kaufvertrag) wurden durch die Gestaltung der vertraglichen Bedingungen miteinander verknüpft.

17 Insofern kommt es auch nicht darauf an, auf wessen Wunsch die Verknüpfung entstanden ist, vielmehr ist in diesem Fall die Art und Weise der vertraglichen Gestaltung entscheidend. Im Übrigen wäre es ja auch der Klägerin ohne Weiteres freigestanden, eine Vertragsgestaltung zu wählen, die den Vorgaben der MaBV entsprach, also nicht mehr als sieben Raten vorzusehen oder andernfalls von dem Projekt eben abzusehen. Insofern bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme eines „*venire contra factum proprium*“. Die MaBV stellt an Gewerbetreibende gemäß § 34c GewO erhöhte Anforderungen. Diesen Anforderungen muss der Gewerbetreibende auch nachkommen.

18 Konsequenz der Anwendung der MaBV ist, dass nicht der Zahlungsplan des Vertrages zum Tragen kommt, sondern sich die Fälligkeit der Zahlungen an § 641 Abs. 1 BGB orientiert (BGH, NZBau 2007, 437). Der vereinbarte Zahlungsplan ist gemäß § 134 BGB nichtig. Anstelle einer gemäß § 3 Abs. 2 MaBV nichtigen Zahlungsregel tritt nicht § 3 Abs. 2 MaBV als zivilrechtliche Ersatzregelung (so auch BGH, NJW 2001, 818). Denn § 3 Abs. 2 MaBV ist keine Norm des Zivilrechts, die für den Bauträger und den Erwerber die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Forderung des Bauträgers mit vorrangigen Geltungsanspruch vor dem Gesetzesrecht regelt (so BGH, a. a. O.). Damit waren die ausgesprochenen Kündigungen durch die Klägerin nicht berechtigt. Es handelte es sich um zwei Kündigungen, nämlich die Kündigung vom 28.2.2014 sowie eine erneute Kündigung vom 19.3.2008. Diese Kündigungen waren mit dem Zahlungsverzug der Beklagten begründet. Da die Abschlagszahlungen nach dem Ratenplan nicht mehr wirksam waren, hängt die Fälligkeit von Teilabschnitten nach § 641 Abs. 1, § 9 VOB/B von einer Abnahme durch die Beklagten ab. Eine solche Abnahme war hier nach dem Vortrag der Parteien nicht erfolgt. Eine außerordentliche Kündigung nach allgemeinen Regeln kam hier nicht in Betracht. Diese kann erfolgen, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis gefährdet und eine Fortsetzung des Vertrages

nicht mehr zuzumuten ist (*Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rdnr. 1773). Dies wäre insbesondere bei einer vertraglichen Pflichtverletzung durch die Beklagten anzunehmen. Die teilweise Zahlung sowie das Vorbringen von Mängelrügen, wie durch das erstinstanzliche Urteil festgestellt, führen zu keinem außerordentlichen Kündigungsgrund. Die Differenzen zwischen den Parteien müssten hierzu ein deutliches Gewicht erlangt haben, dies ergibt sich aus den tatsächlichen Feststellungen nicht.

19 5. Die Wirksamkeit der Kündigung durch die Beklagten hingegen wurde mit der Berufung durch die Berufungskläger nicht mehr gesondert gerügt. Diese konnte jedoch gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB erfolgen. Die Berechnung der ausstehenden Werklohnforderung wurde ebenfalls mit der Berufung nicht mehr gerügt, sodass hier eine verbleibende Werklohnforderung der Klägerin i. H. v. 54.715,65 € der Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Auf die Frage eines Werklohnanspruchs für die ausgeführten Leistungen kommt es daher hier nicht mehr an. Ein Anspruch auf weitere Vergütung besteht nicht, wie vom LG zutreffend ausgeführt.

20 Infolge der Kündigung steht dem Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der Restfertigstellungskosten gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B zu. Es ergaben sich bei erneuter Prüfung keine Anhaltspunkte, dass die Beklagten gegen ihre Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB verstoßen haben.

(...)

ANMERKUNG:

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

1. Das Problem

Die Entscheidung betrifft die Anwendung der MaBV und damit auch der (eingeschränkten) Möglichkeit von Abschlagszahlungen bei zusammenhängenden Verträgen. Sie ist auch deshalb für die notarielle Vertragsgestaltung von Bedeutung, weil in der notariellen Praxis überwiegend davon ausgegangen wurde, dass die MaBV nur Anwendung findet, wenn dem „Auftraggeber“ Eigentum an einem Grundstück übertragen werden soll (§ 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV). Sie wurde aus diesem Grund regelmäßig nicht mehr beachtet, sobald dem Erwerber das Eigentum an dem Grundstück, auf dem gebaut wurde, oder aber das Miteigentum hinsichtlich einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung bereits verschafft war.

2. Eigentumsverschaffung als Voraussetzung der MaBV?

Der BGH¹ hat hinsichtlich der Anwendbarkeit der MaBV auf den Abschluss des Bauvertrags und die zu diesem Zeitpunkt gegebenen Eigentumsverhältnisse abgestellt. Entspricht zu diesem Zeitpunkt der Ratenplan nicht der MaBV oder stellt er den Erwerber gegenüber den dort vorgesehenen Höchstsätzen nicht besser, liegt eine nach § 3 Abs. 2, § 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB nichtige Zahlungsvereinba-

rung vor. Sie wird nicht durch die Eigentumsumschreibung auf den Erwerber geheilt. Als Ersatzregelung gilt § 641 BGB.² Erst mit der Abnahme wird nach dieser Vorschrift der Vergütungsanspruch insgesamt fällig. In dem vom BGH entschiedenen Fall waren der Grundstückskaufvertrag und vier Tage zuvor der „Vertrag über Bauleistungen“ zwischen denselben Parteien abgeschlossen worden.

3. Anwendung der MaBV bei zusammenhängenden Verträgen?

Die Entscheidung des OLG München betrifft dagegen einen Fall, in dem der Bauunternehmer und der Grundstücksverkäufer nicht personenidentisch waren. Der Werkvertrag wurde, wie dies der BGH³ zulässt, unter der Bedingung des Zustandekommens des formbedingten Grundstückskaufs vereinbart. Allerdings wurde auch im Grundstückskauf bei der Fälligkeit auf den nicht beurkundeten Bauvertrag abgestellt. Die Aufspaltung in die beiden Verträge erfolgte auch auf Wunsch des Erwerbers (vermutlich zur Grunderwerbsteuerersparnis).

Das OLG München unterscheidet zutreffend zwischen der Beurkundungsbedürftigkeit beider Verträge und dem Schutz der MaBV. Im vorliegenden Fall, in dem hinsichtlich der Fälligkeit der Kaufpreistraten für das Grundstück auf die Bezugsfertigkeit abgestellt wurde, spricht manches für einen zusammengesetzten Vertrag, der insgesamt beurkundungsbedürftig war.⁴ Aber auch wenn nur der nicht beurkundungsbedürftige Werkvertrag unter der Bedingung des Zustandekommens des der notariellen Form unterliegenden Grundstückskaufs gestanden hat und deshalb nach der BGH-Rechtsprechung ein Fall einer einseitigen Abhängigkeit vorlag, spricht dies nicht gegen eine Anwendbarkeit der MaBV. Diese soll (gewerberechtlich) den Erwerber einer erst zu errichtenden Immobilie vor Zahlungen schützen, die abweichend vom Baufortschritt erfolgen. Im Hinblick auf den Schutzzweck der MaBV ist es unerheblich, ob der Bauunternehmer selbst das Grundstück verschafft oder dem „Auftraggeber“ von einem Dritten das Eigentum im Zusammenhang mit dem Bauvertrag verschafft wird. Es kommt ferner nicht darauf an, ob der Bau- oder der Grundstückskaufvertrag zuerst geschlossen wird.⁵ Entscheidend für die Anwendung der MaBV in Drei-Personen-Konstellationen ist der Verknüpfungswille der Beteiligten, der häufig auch zur Grunderwerbsteuerpflicht für das Gesamtentgelt⁶ und zur Beurkundungspflicht⁷ für beide Verträge führen wird. Aber unabhängig davon ist die Anwendbarkeit der MaBV bei

² Vgl. *Monreal*, DNotZ 2015, 173, 177.

³ BGH, Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, MittBayNot 2003, 46.

⁴ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345 = MittBayNot 2011, 218; *Seeger*, MittBayNot 2003, 11 ff.; *Weber*, RNotZ 2016, 377, 378 f.

⁵ BGH, Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, NJW 2002, 2559 = MittBayNot 2003, 46.

⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 21.9.2005, II R 49/04, BFHE 211, 530 = BStBl. II 2006, S. 269, und *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 699.

⁷ Vgl. *Seeger*, MittBayNot 2003, 11, 18 ff.

¹ BGH, Urteil vom 22.3.2007, VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364 Rdnr. 18.

einer wirtschaftlichen Verflechtung des Bauunternehmers und des Grundstücksverkäufers zu bejahen. Anhaltspunkt hierfür ist der Einfluss des Bauunternehmers auf den Abschluss des Grundstückskaufvertrages.⁸ In diesem Fall besteht eine Interessenparallelität zwischen beiden Vereinbarungen, die sich – wie der vorliegende Fall zeigt – häufig auch in der Gestaltung beider Verträge niederschlagen wird. Insbesondere diejenigen Fälle, in denen die Aufspaltung im Hinblick auf eine vermeintliche Grunderwerbsteuerersparnis angeboten und vom Erwerber (selbstverständlich) auch gewünscht wird, fallen damit in den Anwendungsbereich der MaBV. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Grundstückskäufer hinsichtlich des Abschlusses des Bauvertrages völlig frei bleibt, also der Abschluss des Bauvertrages bei einer wirtschaftlichen Verflechtung von Grundstückskäufer und Bauunternehmer im Idealfall erst nach der Eigentumsumschreibung erfolgt oder alternativ keine wirtschaftliche Verflechtung von Grundstückskäufer und Bauunternehmer vorliegt, sondern sich nur der Erwerber hinsichtlich des Bauvertrages durch eine Bedingung oder ein Rücktrittsrecht für den Fall absichern möchte, dass er ein von ihm ausgewähltes Grundstück nicht erhält. Dagegen ist die Anwendbarkeit der MaBV nicht ausgeschlossen, wenn ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der Grundstücksverschaffung und dem Bauvertrag besteht, der Eigentumserwerb aber vor Zahlung der ersten „Baurate“ erfolgt.⁹ Die Rechtsprechung scheint insoweit allein auf den Vertragsabschluss und nicht die Eigentumsumschreibung abzustellen. In den Fällen der Anwendbarkeit der MaBV werden die Beteiligten den Notar typischerweise wegen der Grunderwerbsteuer und den Gebühren nicht über das „Gesamtgeschäft“ informieren, insofern sind die diesbezüglichen notariellen „Gestaltungsmöglichkeiten“ über den Hinweis hinaus, dass keine nicht beurkundeten Nebenabreden bestehen, gering.

8 Ebenso *Bischoff in Grziwotz* (Hrsg.), MaBV, 2. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 12.

9 Anders aber noch *Bischoff in Grziwotz* (Hrsg.), MaBV, 2. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 11.

4. Keine Grundbuchberichtigung wegen nicht zugeordneten Sondernutzungsrechts

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.6.2015, 20 W 54/15

WEG § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3, 5 Satz 4, § 10 Abs. 3

LEITSATZ:

Ein mangels Antrages und Bewilligung bei dem Verkauf einer Eigentumswohnung durch den teilenden Eigentümer nicht zugeordnetes Sondernutzungsrecht kann nach dem Verkauf der letzten Einheit nicht im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO wegen Unrichtigkeit nachträglich im Grundbuch eingetragen werden.

SACHVERHALT:

1 Der Antragsteller war nach Erwerb vom teilenden Eigentümer seit 22.11.2001 zunächst als Miteigentümer gemeinsam mit seiner Ehefrau und ist seit 19.3.2007 als Alleineigentümer des (...) Wohnungseigentums, das in einer aus 23 Einheiten bestehenden Anlage liegt, im Grundbuch eingetragen. Im Bestandsverzeichnis ist ein Sondernutzungsrecht an einem Pkw-Stellplatz für das hiesige Wohnungseigentum nicht ausdrücklich vermerkt.

2 In der Teilungserklärung vom 1.3.1995 findet sich bezüglich der Pkw-Stellplätze folgende Regelung:

„§ 3 An den mit Nr. P x in der Tiefgarage im Untergeschoß befindlichen PKW-Abstellplatz auf der Schiebepalette und an dem mit P y bezeichneten PKW-Abstellplatz im Freien werden Sondernutzungsrechte unter Ausschluss der anderen Miteigentümer begründet und zwar dergestalt, dass bereits jetzt das Mitgebrauchsrecht der künftigen Miteigentümergeinschaft aufgehoben wird.

Das jeweilige Sondernutzungsrecht an den vorgenannten PKW-Abstellplätzen kann nur auf einen Wohnungs- bzw. Teileigentümer übertragen werden.

Der gegenwärtige Eigentümer ist ausschließlich berechtigt und bevollmächtigt, diese Sondernutzungsrechte erstmals zu übertragen und zwar dergestalt, dass sie einem Wohnungs- bzw. Teileigentum zugeordnet werden.“

3 In dem Kaufvertrag, mit welchem der Antragsteller das Wohnungseigentum – seinerzeit noch gemeinsam mit seiner Ehefrau im Jahr 2001 – erworben hatte ist folgende Regelung enthalten:

„§ 1 Kaufgegenstand

(...)

Der Eigentümer nimmt Bezug auf § 3 der Teilungserklärung vom 1.3.1995 und ordnet hiermit unter Ausschluss der anderen Miteigentümer dem vorstehend beschriebenen Wohnungseigentum den mit Nr. P x bezeichneten und in der Tiefgarage im Untergeschoß befindlichen PKW-Abstellplatz auf der Schiebepalette zu.

Das vorbezeichnete Miteigentum einschließlich des Sondernutzungsrechtes am PKW-Abstellplatz wird im Folgenden als ‚Kaufgegenstand‘ bezeichnet.

§ 2 Verkauf

(...)

Mitverkauft ist das gemäß § 3 der Teilungserklärung vom 1.3.1995 begründete Sondernutzungsrecht an dem mit Nr. P x bezeichneten und in der Tiefgarage im Untergeschoß befindlichen PKW-Abstellplatz auf der Schiebepalette.“

4 Im Zusammenhang mit der Eigentumsumschreibung wurde ein Antrag auf Eintragung eines Sondernutzungsrechtes nicht gestellt.

5 Mit Schreiben vom 24.10.2014 beantragte der Antragsteller unter Verweis auf § 3 der Teilungserklärung sowie die Zuordnung des PKW-Stellplatzes im Kaufvertrag vom 22.11.2001, das bestehende Sondernutzungsrecht in das Grundbuch einzutragen.

6 In der nachfolgenden Korrespondenz vertrat das Grundbuchamt die Rechtsauffassung, für die Eintragung des Sondernutzungsrechtes im Grundbuch fehle es an einer Bewilligung, die seinerzeit durch den teilenden Eigentümer, der mit dem Verkauf der letzten Wohnung insoweit die Bewilligungsberechtigung verloren habe, nicht erteilt worden sei, weshalb nunmehr die Bewilligung gemäß § 19 GBO durch sämtliche Miteigentümer und deren eventuell eingetragene Gläubiger erteilt werden müsse.

7 Demgegenüber machte der zwischenzeitlich bestellte Verfahrensbevollmächtigte geltend, aufgrund der im Kaufvertrag erfolgten Zuordnung des Sondernutzungsrechtes sei das Grundbuch insoweit nachweislich unrichtig und deshalb ohne Bewilligung der übrigen Miteigentümer zu berichtigen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

13 Die Beschwerde führt jedoch in der Sache nicht zum Erfolg, da die Eintragung des Sondernutzungsrechtes im Bestandsverzeichnis des Wohnungseigentumsblatt des Beschwerdeführers vom Grundbuchamt zu Recht abgelehnt wurde.

14 Entgegen der Auffassung der Beschwerde war es nicht geboten, an Stelle der Zurückweisung des Antrages eine Zwischenverfügung zu erlassen. Es entspricht ganz herrschender Auffassung im Grundbuchrecht, der sich auch der Senat bereits mehrfach angeschlossen hat, dass es unzulässig ist, einem Antragsteller im Wege einer Zwischenverfügung den Abschluss eines Rechtsgeschäftes oder die Vorlage einer Bewilligung aufzugeben. Dies findet seine Rechtsgrundlage darin, dass nach herrschender Auffassung der Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO nur dann in Betracht kommt, wenn das festgestellte oder mögliche Eintragungshindernis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung und damit rangwährend beseitigt werden kann. Demgegenüber kann es nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein, auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes oder die Erteilung einer Bewilligung erst hinzuwirken, welche ihrerseits dann die Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung bilden soll (vgl. BGH, Beschluss vom 26.6.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192; BayObLG, Beschluss vom 30.11.2000, 2 Z R 120/00, FGPrax 2001, 13 = NJW-RR 1991, 465; OLG Hamm, MittRhNotK 1996, 225; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282; OLG Düsseldorf, RhNotZ 2009, 238; OLG Frankfurt, NJW-RR 1990, 1042, und Beschluss vom 14.10.2005, 20 W 405/04, juris; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 18 Rdnr. 8, 12, 32 und § 22 Rdnr. 31; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2008, § 18 Rdnr. 36, 37; *Zeiser* in BeckOK-GBO, Stand 1.4.2014, § 18 Rdnr. 17, jeweils m. w. N.). Vorliegend hat das Grundbuchamt deshalb wegen der von ihm als erforderlich angesehenen fehlenden Bewilligungen zutreffend den Antrag zurückgewiesen. Hinzu kommt, dass sowohl der Antragsteller selbst als auch der sodann bestellte Verfahrensbevollmächtigte nach der zuvor geäußerten Rechtsauffassung der Grundbuchrechtspflegerin bezüglich der Notwendigkeit der Bewilligung der übrigen Eigentümer geltend gemacht hatten, diese nicht beibringen zu wollen und das Eintragungsbegehren auf die Grundbuchberichtigung wegen nachgewiesener Unrichtigkeit ohne Bewilligung gestützt haben.

15 Eine solche in der Form des § 29 Abs. 1 GBO urkundlich nachgewiesene Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 GBO liegt bezüglich des von dem Antragsteller beanspruchten Sondernutzungsrechtes, dessen Eintragung begehrt wird, hier jedoch nicht vor. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass Voraussetzung für die Entstehung eines solchen verdinglichten Sondernutzungsrechtes, welches allein im Grundbuch eingetragen werden kann, gemäß § 10 Abs. 3 WEG dessen Eintragung im Grundbuch ist, woran es vorliegend fehlt. Denn hier ist zwar gemäß § 7 Abs. 3 i. V. m. § 10 Abs. 3 WEG durch die Bezugnahme in der Eintragungsbewilligung die Regelung in § 3 der Teilungserklärung zum Grundbuchinhalt geworden. Diese enthält jedoch nur die sog. negative Komponente des Sondernutzungsrechtes durch Ausschluss des Mitgebrauchs der künftigen Miteigentümer, nicht aber die erforderliche Zu-

ordnung zu einem bestimmten Wohnungseigentum, bei welchem sie dann als Inhalt des Sondereigentums gemäß § 5 Abs. 4 WEG im Bestandsverzeichnis eingetragen werden könnte.

16 Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Teilungserklärung vom 1.3.1995 hier eine sog. „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch Zuordnungsvorbehalt“ regelt. Bei einer derartigen – zulässigen – Gestaltungsmöglichkeit kann der teilende Eigentümer bereits in der Teilungserklärung alle künftigen Erwerber von dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Stellplatzflächen ausschließen mit der Folge, dass das Sondernutzungsrecht zunächst keiner Wohnung zugeordnet wird und er allein im Rahmen eines sog. persönlichen Sondernutzungsrechts zur Nutzung dieser Flächen berechtigt bleibt. Sind die späteren Erwerber durch eine derartige Verdinglichung – negativ – bereits von bestimmten Nutzungsmöglichkeiten hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen, berührt eine nachfolgende – positive – Zuweisung von Sondernutzungsrechten den Inhalt ihrer Sondereigentumsrechte nicht mehr; es bedarf mithin grundsätzlich nach erfolgter Zuweisung für die Buchung im Grundbuch bei einem bestimmten Wohnungseigentum nur der Bewilligung des teilenden Eigentümers und nicht zusätzlich der Bewilligung der Eigentümer der übrigen Wohnungseigentumseinheiten. Da das Gebrauchsrecht Ausfluss des Eigentumsrechts ist und sich nicht alle Wohnungseigentümer gleichzeitig mit dinglicher Wirkung dieser Befugnis begeben können, bleibt dabei dem teilenden Eigentümer zunächst die alleinige Nutzung vorbehalten; mit der Zuweisung verliert er dann das ihm bisher zustehende Nutzungsrecht. Da die Zuweisungsmöglichkeit einschließlich der Bewilligungsberechtigung des teilenden Eigentümers gerade auf dessen persönlicher Sondernutzungsberechtigung beruht, besteht diese jedoch auch nur bis zu dessen Ausscheiden aus der Gemeinschaft. Nach ganz überwiegender Auffassung, der sich auch der Senat bereits angeschlossen hat, kann der aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausscheidende teilende Eigentümer die Restnutzungsbefugnis als Grundlage des Zuweisungsrechts also nicht „mitnehmen“ (h. M., vgl. etwa BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676; BGH, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, NJW-RR 2012, 711; Senat, Beschluss vom 6.5.2014, 20 W 86/14, n. v.; *Kral* in BeckOK-GBO, Stand: 1.4.2015, Sonderbereich WEG Rdnr. 57; *Bärmann/Seuß/Schneider*, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl., C Rdnr. 322; *Schneider*, ZWE 2012, 171 und Rpfleger 1998, 53, 61; *Häublein*, MittBayNot 2012, 382, 383; *Klühs*, ZNotP 2010, 177, 178; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 2913; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., 2012, § 13 Rdnr. 39; *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl. 2013, § 13 Rdnr. 88; *Scheffler* in *Elzer/Fritsch/Meier*, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2014, § 1 Rdnr. 110).

17 Um diesem Nachteil aus dem Weg zu gehen, besteht eine anderweitige Gestaltungsmöglichkeit in der sog. „gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“. Danach werden künftige Erwerber unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) einer Zuweisung eines Sondernutzungsrechts von der Mitnutzung bestimmter Teile des gemeinschaftlichen Eigentums ausge-

geschlossen. Bei dieser Variante werden also – im Gegensatz zur vorgenannten Gestaltung – die Miteigentümer nicht von Anfang an von der Mitnutzung ausgeschlossen, sondern es steht ihnen ein Mitnutzungsrecht solange zu, bis der Berechtigte von seinem Zuweisungsrecht Gebrauch macht. Hierbei ist der teilende Eigentümer somit gerade nicht persönlich sondern nutzungsberechtigt, sondern nur zuweisungsberechtigt. Dann ist die Zuweisungsbefugnis allerdings unabhängig von der Stellung als teilender Eigentümer; sie kann in diesem Fall vom teilenden Eigentümer auch noch nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft vorgenommen werden (ebenfalls h. M., vgl. dazu etwa OLG Stuttgart, ZMR 2012, 715, juris; *Kral* in BeckOK-GBO, a. a. O., Sonderbereich WEG Rdnr. 58; *Bärmann/Seuß/Schneider*, a. a. O., Rdnr. 328; *Schneider*, ZWE 2012, 171, 172; Rpfleger 1998, 53, 62; *Klühs*, ZNotP 2010, 177, 178; *Häublein*, MittBayNot 2012, 382, 383; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, a. a. O., § 13 Rdnr. 40; *Scheffler* in *Elzer/Fritsch/Meier*, a. a. O., § 1 Rdnr. 113; insoweit noch offen: *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 2913a unter Hinweis auf LG München II, MittBayNot 2004, 366; vgl. dazu auch Senat, Rpfleger 1998, 20, juris).

18 Vorliegend ist ein Fall der erstgenannten Gestaltung gegeben, weil nach dem ersten Absatz des § 3 der Teilungserklärung eindeutig bereits von Anfang an für alle künftigen Miteigentümer das Mitgebrauchsrecht aufgehoben wurde und der teilende Eigentümer nach dem dritten Absatz ausschließlich berechtigt und bevollmächtigt war, diese Sondernutzungsrechte erstmals durch Zuordnung zu einem Wohnungs- oder Teileigentum zu übertragen, woraus sich zugleich ergibt, dass er als gegenwärtiger Eigentümer vor einer solchen Zuordnung zunächst im Sinne eines persönlichen Sondernutzungsrechts zur Nutzung der betroffenen Flächen berechtigt blieb, wovon ja auch die Argumentation der Beschwerde ausgeht.

19 Der teilende Eigentümer hatte hier in dem notariellen Kaufvertrag vom 22.11.2001 zwar eine Zuordnung dieses ihm persönlich zustehenden und insoweit durch die Bezugnahme auf die Teilungserklärung gemäß §§ 10 Abs. 3, 7 Abs. 3 WEG auch verdinglichten Sondernutzungsrechtes zu dem von dem Antragsteller und seiner Ehefrau erworbenen Wohnungseigentum erklärt. Zu einer Verdinglichung dieser Zuordnung durch Grundbucheintragung gemäß § 10 Abs. 3 WEG ist es jedoch nicht gekommen, weil hierzu gegenüber dem Grundbuchamt weder im Zusammenhang mit der Eigentumsumschreibung noch danach ein Antrag gestellt und eine Bewilligung erklärt und demzufolge auch keine Eintragung im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuchblattes des Antragstellers vorgenommen wurde.

20 Zwar hat nunmehr am 24.10.2014 erstmals der Antragsteller einen solchen Eintragungsantrag gestellt. Es fehlt hierfür jedoch an einer Bewilligung des teilenden Eigentümers, der seinerzeit bei der Veräußerung 2001 im notariellen Kaufvertrag – wie bereits ausgeführt – gerade nur die Zuordnung erklärt hatte, und die fehlende Bewilligung im Übrigen auch jetzt nicht mehr nachholen kann, nachdem er die diesbezügliche Bewilligungsberechtigung nach den obigen Ausführungen mit der Veräußerung der letzten Wohnungseigentumseinheit verloren hat. In diesem Fall ist es für die nachträgliche Eintragung im Grundbuch erforderlich, dass die Eintragungsbewilligung durch sämtliche Wohnungseigentümer erklärt wird (*Jennißen/*

Schultzky, WEG, 4. Aufl. 2015, § 13 Rdnr. 82; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2013, 3 W 22/2013, juris; OLG München Beschlüsse vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 384; vom 18.4.2013, 34 Wx 363/12, Rpfleger 2013, 514; vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530 und vom 11.6.2014, 34 Wx 172/14, ZfIR 2014, 485 (Ls) jeweils auch bei juris; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2014, 48).

21 Dabei hat das OLG München in seinen vorgenannten Entscheidungen zutreffend darauf abgestellt, dass bei dem Antrag auf Eintragung eines Rechts in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden muss, dass dieses Recht weiterhin und auch in der angemeldeten Weise besteht, was für ein Sondernutzungsrecht bedeutet, dass es der Wohnungseigentumseinheit, bei welcher es erstmals als Inhalt des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis eingetragen werden soll, nach wie vor auch zugeordnet sein muss. Solange nämlich das Sondernutzungsrecht noch nicht im Grundbuch bei einem konkreten Wohnungseigentum gebucht ist, kommen nämlich auch die übrigen Wohnungseigentümer als Berechtigte in Betracht, weil das insoweit noch nicht verdinglichte und damit lediglich schuldrechtlich wirkende Sondernutzungsrecht nicht nur zusammen mit dem jeweiligen Wohnungseigentum, sondern auch isoliert gemäß § 398 BGB formfrei auf andere Wohnungseigentümer übertragen werden kann (h. M., vgl. *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl. 2015, § 13 WEG Rdnr. 12; *Jennißen/Schultzky*, WEG, a. a. O., § 13 Rdnr. 109; *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 121; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, a. a. O., § 13 Rdnr. 35; *Riecke* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., 2010, Anhang zu § 13 Rdnr. 164; *Böttcher*, ZNotP 2014, 47/56).

22 Mangels bisheriger Eintragung im Grundbuch spricht auch keine Vermutung nach § 891 BGB für die (weitere) Zugehörigkeit des Sondernutzungsrechts gerade zum Wohnungseigentum des Antragstellers. Zwar wurde das Sondernutzungsrecht im Rahmen des Kaufvertrages 2001 durch den teilenden Eigentümer der Wohnungseigentumseinheit des Antragstellers zugewiesen. Es kann jedoch in der urkundlichen Form des § 29 Abs. 1 GBO nicht nachgewiesen werden, dass es auch zum Zeitpunkt der jetzigen Antragstellung noch dieser Wohnungseigentumseinheit zugeordnet ist; im Hinblick auf den seitdem vergangenen langen Zeitraum von 14 Jahren kann es auch nicht als „gänzlich unwahrscheinlich“ angesehen werden (vgl. hierzu *Schmidt*, ZWE 2012, 367 in einer ablehnenden Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 135), dass es zu einer derartigen formfrei möglichen Übertragung auf einen anderen Wohnungseigentümer gekommen ist.

23 Soweit die Beschwerde argumentiert, der Rechtsauffassung des OLG München in den vorzitierten Entscheidungen könne nicht gefolgt werden, weil es neben dem durch Vereinbarung nach § 10 Abs. 3 WEG verdinglichten Sondernutzungsrecht kein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht geben könne, verkennt dies, dass es zu einer Verdinglichung durch Grundbucheintragung gemäß § 10 Abs. 3 WEG bezüglich der positiven Zuweisung zu einem konkreten Wohnungseigentum in den dortigen Fällen ebenso wie hier gerade noch nicht gekommen ist, sondern diese durch die begehrte erstmalige Eintragung im Grundbuch erstmals herbeigeführt werden soll.

24 Da somit auch hier die übrigen Wohnungseigentümer als mögliche Berechtigte in Betracht kommen, ist der Nachweis, dass das Sondernutzungsrecht zur Wohnung des Antragstellers gehört, im Sinne eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO nicht geführt. Die begehrte Eintragung der Zuordnung zum Wohnungseigentum des Antragstellers kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn diese durch die übrigen Miteigentümer bewilligt wird. Da derartige Bewilligungen nicht vorliegen, wurde der Eintragungsantrag zu Recht zurückgewiesen.

(...)

ANMERKUNG:

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

Das vom OLG Frankfurt ermittelte Ergebnis ist zutreffend, für den betroffenen Erwerber des Sondernutzungsrechtes gleichwohl ärgerlich und wohl auch unverständlich. Der Vorgang ist durchaus geeignet, Zweifel an der Durchsetzbarkeit einer notariellen Urkunde und an der Zuverlässigkeit ihrer Abwicklung auszulösen. Folgendes war passiert:

Der Erwerber eines Wohnungseigentums hatte zusammen mit diesem ein Sondernutzungsrecht an einem PKW-Abstellplatz erworben. Die Sondernutzungsrechte waren allerdings noch nicht im Grundbuch eingetragen, sondern zugunsten des Bauträgers bestand ein entsprechender Vorbehalt. Aus Gründen, die sich aus der Entscheidung nicht ergeben, erfolgte zwar die Eigentumsumschreibung der Eigentumswohnung auf den Käufer, nicht jedoch die Eintragung des diesem Wohnungseigentum im Kaufvertrag bereits zugeordneten Sondernutzungsrechtes. Ca. 20 Jahre später wurde dieses Versäumnis festgestellt, was den damaligen Käufer veranlasste, nunmehr einen Eintragungsantrag zu stellen. Der Bauträger war zwischenzeitlich nicht mehr Eigentümer einer Einheit. Der Antrag auf Buchung des Sondernutzungsrechtes blieb erfolglos, da die Bewilligungsbezeichnung des seinerzeitigen Bauträgers mit Veräußerung der letzten Einheit untergegangen war und die Bewilligung der anderen Wohnungseigentümer nicht vorgelegt wurde. Der damalige Käufer hat, obwohl er das Sondernutzungsrecht dem Bauträger mitbezahlt hat, dieses nicht erworben.

1. Ein Sondernutzungsrecht berechtigt dazu, bestimmte Teile des gemeinschaftlichen Eigentums unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer alleine zu benutzen. Es schränkt also das Mitbenutzungsrecht der anderen Wohnungseigentümer gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG ein. Damit es gegenüber Rechtsnachfolgern wirksam ist, bedarf es gemäß § 10 Abs. 3 WEG der Eintragung im Grundbuch. Vorher besteht es nur auf schuldrechtlicher Basis mit der Folge, dass ein Rechtsnachfolger, der in die entsprechende Vereinbarung nicht eingetreten ist, hieran nicht gebunden ist. Bereits ein Eigentumswechsel in der Eigentümergemeinschaft kann damit zum Verlust des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes führen. Mit der Eintragung im Grundbuch wird das Sondernutzungsrecht zum Inhalt des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4 Satz 1, § 15 Abs. 1 WEG).

2. Im entschiedenen Falle wurde vom Sondernutzungsrecht lediglich die sogenannte „negative Komponente“, also der Ausschluss aller Eigentümer von der Benutzung, angenommen der teilende Eigentümer selbst, festgelegt. Die positive Komponente, also die Zuweisung der Nutzungsbefugnis zum jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Wohnungseigentums, wurde zwar im schuldrechtlichen Kaufvertrag erklärt, im Grundbuch jedoch nicht vollzogen. Es verblieb deshalb bei der lediglich schuldrechtlichen Position des Käufers. Nachdem der Bauträger alle Einheiten auch mit grundbuchmäßigem Vollzug veräußert hatte, war seine Zuweisungsbefugnis erloschen. Der vom Käufer vorgenommene Versuch, eine Grundbuchberichtigung im Wege des § 22 GBO herbeizuführen, war von vornherein zum Scheitern verurteilt, da mangels Grundbucheintragung das Grundbuch niemals unrichtig war.

3. Eine rechtlich bessere Situation für den Käufer ist dann gegeben, wenn er mit dem Kaufvertrag ein bereits grundbuchmäßig bestehendes Sondernutzungsrecht erwirbt. Es ist deshalb möglich, alle vorgesehenen Sondernutzungsrechte bei der Begründung von Wohnungseigentum in der Weise sofort zur Entstehung zu bringen, dass sie mit einer Einheit verbunden werden. Beim Verkauf der einzelnen Einheiten wird alsdann von dieser sondersnutzungsberechtigten Einheit das Sondernutzungsrecht abgetrennt und mit der verkauften Einheit verbunden. Dies kann sofort zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt werden. Die Vormerkung am gekauften Wohnungseigentum sichert alsdann den Miterwerb auch des Sondernutzungsrechtes. Wird die Einheit, bei der die Sondernutzungsrechte gebucht sind, selbst veräußert, so ist eine Abtrennung der Sondernutzungsrechte und ihre Verbindung mit einer anderen Einheit vorzunehmen. Wird die letzte Einheit, bei der die noch nicht veräußerten Sondernutzungsrechte gebucht sind, selbst veräußert, so ist wie folgt zu verfahren: Der Erwerber dieser Einheit erwirbt, dinglich gesehen, das Sondernutzungsrecht mit. Gleichzeitig verpflichtet er sich jedoch, dieses Sondernutzungsrecht, das gar nicht zu seinem Vertragsgegenstand gehören soll, auf Verlangen des Verkäufers(Bauträgers) an einen von diesem bestimmten Dritten zu übertragen. Zur Sicherung dieses Übertragungsanspruchs kann auch die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Bauträgers in das Grundbuch vorgenommen werden. Der Bauträger ist alsdann der Versprechensempfänger in einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten.

Die Lösung hat den Vorteil, dass zugunsten des Bauträgerkäufers von Anfang an eine dinglich gesicherte Rechtsposition besteht. Bei dieser Konzeption ist auch die Käufervormerkung am vollständigen Vertragsgegenstand von Anfang an eingetragen. Dies ist bei den anderen Lösungswegen unter MaBV-Gesichtspunkten durchaus zu bezweifeln.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Kein Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers wegen Verzugs des früheren Erbbauberechtigten mit den geschuldeten Erbbauzinsen

BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14

ErbbauRG § 2 Nr. 4

LEITSÄTZE:

- 1. Einem Heimfallanspruch kommt keine dingliche Wirkung zu. Sind dessen Voraussetzungen bei einem früheren Erbbauberechtigten eingetreten, kann er daher nicht gegen den Erwerber des Erbbaurechts geltend gemacht werden.**
- 2. Hat ein Grundstückseigentümer der Belastung des Erbbaurechts mit einem gegenüber der Erbbauzinsrealast vorrangigen Grundpfandrecht zugestimmt, kann er gegenüber dem Ersteher des Erbbaurechts kein Heimfallrecht mit der Begründung ausüben, dieser sei nicht bereit, in die schuldrechtlichen Verpflichtungen des früheren Erbbauberechtigten hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten (Fortführung von Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107).**

SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 2.8.1985 bestellte der Kläger an seinem Grundstück ein Erbbaurecht. Gemäß § 12 des Erbbaurechtsvertrags (im Folgenden: ErbbV) hat der jeweilige Erbbauberechtigte das Erbbaurecht auf Verlangen des Grundstückseigentümers unter anderem dann an diesen zu übertragen, wenn er seine Verpflichtung zur Errichtung und Erhaltung der baulichen Anlage nicht erfüllt (§ 12 Nr. 1 ErbbV), wenn ihm als einem Erwerber des Erbbaurechts durch seinen Vorgänger im Recht nicht die vertraglichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer aus dem Erbbaurechtsvertrag auferlegt worden sind (§ 12 Nr. 4 ErbbV) oder wenn er mit der Zahlung des Erbbauzinses in Höhe zweier Jahresbeträge in Verzug kommt (§ 12 Nr. 5 ErbbV). Der – in monatlichen Raten zu zahlende – Erbbauzins belief sich auf 60.000 DM und erhöhte sich zuletzt auf einen Jahresbetrag von 41.063,24 €. Das Erbbaurecht wurde in das Grundbuch und eine Erbbauzinsrealast in das Erbbaugrundbuch eingetragen.

2 Von März 2009 bis Mai 2012 liefen rückständige Erbbauzinsen i. H. v. 133.455,66 € auf. Eine Bank betrieb aus einer für sie im Mai 1986 an dem Erbbaurecht bestellten und eingetragenen Grundschuld, der gemäß § 5 ErbbV Vorrang vor der Erbbauzinsrealast eingeräumt worden war, die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht. In diesem Verfahren meldete der Kläger die rückständigen Erbbauzinsen an. Mit Beschluss vom 22.5.2012 erhielt die Beklagte mit einem Gebot von 225.000 € den Zuschlag. Nach dessen Inhalt blieben keine Rechte als Teil des geringsten Gebots bestehen.

3 Gestützt auf die Behauptung, die Heimfallgründe des § 12 Nrn. 1, 4 und 5 ErbbV seien jeweils erfüllt, machte der Kläger gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 16.7.2012 den Heimfall geltend und verlangte die Übertragung des Erbbaurechts. In der Folgezeit forderte der Kläger die Beklagte vergeblich auf, in die sich aus dem Bestellungsvertrag vom 2.8.1985 ergebenden Verpflichtungen einzutreten.

4 Mit seiner Klage verlangt der Kläger die Rückübertragung des Erbbaurechts und die Feststellung, dass die Beklagte mit der Übertragung in Verzug ist. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das KG durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

5 Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der vor dem Zuschlag aufgrund des Zahlungsrückstandes entstandene Heimfallanspruch bleibe als Inhalt des Erbbaurechts bestehen und wirke auch gegen die Beklagte als Ersteherin. Eine vor dem Zuschlag eingetretene Heimfallsituation müsse zur Rechtswahrung im Zwangsversteigerungsverfahren weder angemeldet noch geltend gemacht werden. Die Verpflichtung zur Übertragung des Erbbaurechts gehe vielmehr auf den Ersteher über. Hierbei sei ohne Bedeutung, ob die Heimfallvoraussetzungen in der Person des Erstehers weiter bestünden bzw. dieser die dem Heimfallanspruch zugrundeliegende Pflichtverletzung zu verantworten habe. Der Beklagten stehe kein Zurückbehaltungsrecht wegen ihres Anspruchs auf Zahlung der Heimfallvergütung zu, da sie sich der Mitwirkung an der Wertermittlung zur Bestimmung der Höhe der Heimfallentschädigung treuwidrig verweigert habe.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

7 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Kläger kein Heimfallanspruch gegen die Beklagte auf der Grundlage von § 12 Nr. 5 ErbbV zu. Zwar bestand ein Heimfallanspruch wegen rückständiger Erbbauzinsen gegen den früheren Erbbauberechtigten. Gegenüber der Beklagten, die mit dem Zuschlag das Erbbaurecht erworben hat, kann dieser Anspruch aber nicht durchgesetzt werden.

8 a) Mit der Frage, ob Einzelansprüche, die sich aus einer nach § 2 ErbbauRG zum Inhalt des Erbbaurechts gemachten Vereinbarung ergeben, eine dingliche Wirkung haben oder ob sie nur zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten wirken, in dessen Person der Anspruch erfüllt worden ist, hat sich der Senat im Zusammenhang mit einer nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG zum Inhalt des Erbbaurechts gemachten Vertragsstrafenklausel befasst. Danach trifft den Erwerber grundsätzlich keine Haftung für Pflichtverletzungen des früheren Erbbauberechtigten. Mit der Möglichkeit, Vereinbarungen über eine Vertragsstrafe zum Inhalt des Erbbaurechts zu bestimmen, sei beabsichtigt gewesen, gegen den jeweiligen Erbbauberechtigten Druck zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten auszuüben. Schuldner der Vertragsstrafe sei stets nur derjenige Erbbauberechtigte, der die strafbewehrte Verpflichtung verletzt habe. Ein isolierter Übergang nur der Pflicht zur Zahlung der Vertragsstrafe ist demnach ausgeschlossen, weil hierdurch der Inhalt dieser Pflicht verändert würde. Die Vertragsstrafe wäre nicht mehr ein Druckmittel, das den Erbbauberechtigten zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit anhalten soll, sondern eine Garantiehafung für eine Schuld des früheren Erbbauberechtigten (Senat, Urteil vom 24.11.1989, V ZR 16/88, BGHZ 109, 230, 233 f.). Dies wird auch in der Literatur nicht anders gesehen (MünchKommBGB/von Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 2 ErbbauRG Rdnr. 7; Staudinger/Rapp, Neubearb. 2009, § 2 ErbbauRG Rdnr. 5; Bamberger/Roth/Maaß, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2 ErbbauRG Rdnr. 2; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014,

§ 2 Rdnr. 2 a. E.; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 4.29 und 4.30; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 129).

9 b) Ob dies für eine Heimfallregelung im Sinne des § 2 Nr. 4 ErbbauRG entsprechend gilt, ob also ein Heimfallanspruch nur gegen den Erbbauberechtigten durchgesetzt werden kann, der die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt hat, wird kontrovers diskutiert.

10 aa) Überwiegend wird vertreten, der aus der Heimfallabrede folgende Rückübertragungsanspruch richte sich gegen jeden, der in der Folgezeit Erbbauberechtigter sei. Unerheblich sei, wer die den Heimfall begründende Vertragsverletzung begangen habe. Dies gelte auch dann, wenn das Erbbaurecht in der Zwangsversteigerung erworben worden sei. Der Heimfallanspruch stelle seiner Natur nach einen dinglichen Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten dar, der wie eine Auflassungsvormerkung zu behandeln sei. Sei der Heimfallanspruch bereits vor dem Zuschlag entstanden, erwerbe der Ersteher ein mit diesem Anspruch belastetes Erbbaurecht. Der Heimfallanspruch könne durch den Grundstückseigentümer daher auch erstmals gegen den Ersteher geltend gemacht werden (vgl. OLG Oldenburg, DNotZ 1988, 591, 592; *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2 ErbbauRG Rdnr. 6; *MünchKomm-BGB/von Oefele/Heinemann*, 6. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 7; *RGRK/Räfle*, BGB, 12. Aufl., § 2 ErbbauVO Rdnr. 32; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2 ErbbauVO Rdnr. 6; *Staudinger/Rapp*, § 2 ErbbauRG Rdnr. 20; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 10. Aufl., § 2 Rdnr. 52; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 4.92 und 4.93; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1757; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 15 Anm. 13.17 unter c und d; *Behmer*, Rpfleger 1983, 477 f.; *Weichhaus*, Rpfleger 1979, 329, 331 f.; *Rahn*, BWNotZ 1961, 53, 55).

11 bb) Hiervon ausgehend werden in Teilen der Literatur und Rechtsprechung für den Erwerb des Erbbaurechts im Wege der Zwangsversteigerung allerdings Ausnahmen gemacht.

12 (1) Teilweise wird vertreten, aus einer Zahlungspflichtverletzung des früheren Erbbauberechtigten resultiere nur dann ein Heimfallanspruch gegen den neuen Erbbauberechtigten, wenn die Reallast von dem jeweiligen Erbbauberechtigten übernommen worden sei; die Schuld der Vorgänger sei dann eine eigene Schuld des Nachfolgers. Anders sei es dagegen, wenn – wie hier – die Reallast durch den Zuschlag erloschen sei. Andere Zahlungsverpflichtungen träfen den neuen Erbbauberechtigten nur, wenn sie durch Reallast oder Grundpfandrechte am Erbbaurecht gesichert seien (*Staudinger/Rapp*, § 2 ErbbauRG Rdnr. 20).

13 (2) Eine andere Ansicht differenziert danach, ob der Heimfallanspruch dem Recht des bestrangig betreibenden Gläubigers vorgeht. Der Heimfallanspruch konkurriere mit den im Erbbaugrundbuch eingetragenen Rechten. Als nicht eingetragenes Recht stehe er jedoch nicht notwendig vor diesen eingetragenen Rechten. Vielmehr bestimme sich sein Rang wie im Verhältnis zu etwaigen anderen nicht eingetragenen Rechten nach dem Zeitpunkt der Entstehung, sofern nicht gesetzlich etwas anderes angeordnet oder vereinbart sei (*Scharen*, Rpfleger 1983, 342, 343).

14 (3) Nach einer weiteren Auffassung muss der Heimfallanspruch im Zwangsversteigerungsverfahren rechtzeitig vor dem Zuschlag durch den Grundstückseigentümer angemeldet werden, um ihn gegen den Ersteher geltend machen zu können. Dies gelte selbst dann, wenn der Heimfallanspruch bereits rechtskräftig titulierte sei (OLG Schleswig, OLGR 1998, 386 f.; *MünchKomm-BGB/von Oefele/Heinemann*, 6. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 28 und § 3 ErbbauRG Rdnr. 3).

15 (4) Eine andere Ansicht sieht eine Anmeldung des Heimfallanspruchs nach § 37 Nr. 4 ZVG oder seine Geltendmachung vor dem Zuschlag zwar nicht als erforderlich an (*Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 15 Anm. 13.17 unter d). Der Grundstückseigentümer soll aber, wenn er den Heimfallanspruch geltend gemacht hat oder die Voraussetzungen seiner Geltendmachung bereits eingetreten sind, ohne dass dies allgemein bekannt ist, zu einer Anzeige an das Vollstreckungsgericht verpflichtet sein. Unterlasse er dies, könne die spätere Geltendmachung als unzulässige Rechtsausübung anzusehen sein (*Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 15 Anm. 13.17 unter d).

16 cc) Andere Stimmen in der Literatur vertreten demgegenüber, dass der Grundstückseigentümer die Übertragung des Erbbaurechts in der Regel nur von demjenigen Erbbauberechtigten verlangen kann, während dessen Rechtsinhaberschaft der Heimfallgrund eingetreten ist. Eine dingliche Wirkung des entstandenen Anspruchs gegenüber dem Rechtsnachfolger sei abzulehnen. Der aus einer Pflichtverletzung des Rechtsgängers begründete Heimfallanspruch setze sich nicht gegenüber einem gutgläubigen Erwerber oder einem Ersteher des Erbbaurechts in der Zwangsversteigerung durch (vgl. *Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 271 ff.; *Ranft*, Die „Verdinglichung“ des Erbbaurechtsinhalts, 1993, S. 60 ff.; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 2 ErbbauRG Rdnr. 19; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdnr. 178 f.; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 19; *Bauer/von Oefele/Maaß*, GBO, 3. Aufl., AT VI Rdnr. 90; *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl. 2015, § 2 ErbbauRG Rdnr. 1; *Mohrbutter*, Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung, 1995, S. 30 ff.; *Hartmann*, DB 1970, Beilage Nr. 14, S. 5, 7; sowie aus der älteren Literatur: *Glass/Scheidt*, Erbbaurecht, 2. Aufl., § 2 Anmerkung I c und d).

17 c) Der Senat entscheidet diese Frage mit der zuletzt genannten Auffassung dahingehend, dass einem Heimfallanspruch keine dingliche Wirkung zukommt. Sind dessen Voraussetzungen bei einem früheren Erbbauberechtigten eingetreten, kann er daher nicht gegen den Erwerber des Erbbaurechts geltend gemacht werden.

18 aa) Zwar können nach § 2 ErbbauRG die dort enumerativ aufgezählten Vereinbarungen – so auch eine Heimfallregelung (§ 2 Nr. 4 ErbbauRG) – durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden. Daraus ergibt sich aber nur, dass diese Vereinbarungen während der gesamten Dauer des Erbbaurechts zwischen dem jeweiligen Grundstückseigentümer und dem jeweiligen Erbbauberechtigten wirken (vgl. Senat, Urteil vom 24.11.1989, V ZR 16/88, BGHZ 109, 230, 234). Durch die Eintragung des Erbbaurechts in das Erbbaugrundbuch (§ 11 ErbbauRG, § 873 BGB) und durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG) erlangt eine von

der Bewilligung umfasste Heimfallregelung dingliche Wirkung gegenüber dem jeweiligen Erbbauberechtigten (vgl. Senat, Urteil vom 28.9.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464 f.). Hingegen lässt sich § 2 ErbbauRG nicht entnehmen, dass der während der Rechtsinhaberschaft eines früheren Erbbauberechtigten entstandene Heimfallanspruch eine dingliche Wirkung dahingehend zukommt, dass er auch gegenüber dem neuen Erbbauberechtigten geltend gemacht werden kann.

19 bb) Eine solche Wirkung ergibt sich auch nicht aus der Regelung des § 3 Hs. 1 ErbbauRG, nach der der Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden kann (so aber *Weichhaus*, Rpfleger 1979, 329, 330). Der Gesetzgeber wollte hierdurch lediglich eine „Verwicklung der Rechtsverhältnisse“ vermeiden, die bei einer Trennbarkeit von Heimfallanspruch und Eigentum am Erbbaugrundstück befürchtet wurde (vgl. amtliche Begründung zu § 3 ErbbauVO, Reichsanzeiger 1919 Nr. 26 vom 31.1.1919). Eine weitergehende Wirkung dergestalt, dass sich der Heimfallanspruch immer gegen den jeweiligen Erbbauberechtigten richtet, ist weder dem Wortlaut noch dem Normzweck zu entnehmen (vgl. *Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 273; *Ranft*, Die „Verdinglichung“ des Erbbaurechtsinhalts, 1993, S. 61; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 19; *Bauer/von Oefele/Maaß*, GBO, 3. Aufl., AT VI Rdnr. 90).

20 cc) Auch die Regelung des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG, wonach beim Heimfall, also bei Übertragung des dinglichen Rechts (vgl. Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, NJW 2015, 3436 Rdnr. 43), die auf dem Erbbaurecht lastenden Rechte – soweit sie nicht Grundpfandrechte oder Reallasten sind (§ 33 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG) – erlöschen, bietet keine Grundlage für die Annahme eines dinglichen Charakters des Heimfallanspruchs (so aber *Behmer*, Rpfleger 1983, 477 f.; *Weichhaus*, Rpfleger 1979, 329, 331; *Rahn*, BWNtZ 1961, 53, 55).

21 (1) § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG regelt nur die Rechtswirkungen des Heimfalls des Erbbaurechts auf dessen Belastungen. Mit der Vorschrift wollte der Gesetzgeber hervorheben, dass die wirtschaftlich wichtigsten Belastungen des Erbbaurechts beim Heimfall bestehen bleiben (vgl. amtliche Begründung zu § 33 ErbbauVO, Reichsanzeiger 1919 Nr. 26 vom 31.1.1919; *Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 273). Durch die Gegenüberstellung von Satz 1 und Satz 3 der Regelung wird klargestellt, welche Rechte erlöschen und welche bestehen bleiben (vgl. *Ranft*, Die „Verdinglichung“ des Erbbaurechtsinhalts, 1993, S. 61). Für eine dingliche Wirkung des Heimfallanspruchs gibt es dagegen keinen Anhaltspunkt. Der Gesetzgeber hat den Heimfallanspruch vielmehr nur als schuldrechtlichen Anspruch des Grundstückseigentümers ausgestaltet (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.1965, VIII ZR 168/63, NJW 1966, 730).

22 (2) Auch die Systematik spricht gegen eine dingliche Wirkung des entstandenen Heimfallanspruchs gegenüber einem Rechtsnachfolger. Denn eine einer Vormerkung entsprechende dingliche Absicherung ist in § 31 Abs. 4 Satz 1 ErbbauRG nur für den Anspruch des Erbbauberechtigten auf Erneuerung und nicht – wie etwa in § 14 des früheren RHeimstG – auch für den Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers bestimmt worden (vgl. *Lemke/Czub*, Immobilienrecht,

§ 2 ErbbauRG Rdnr. 19; *Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 275; *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 1).

23 (3) Hinzu tritt der Zweck des § 33 ErbbauRG. Er will mit dem Fortbestand der wichtigsten Belastungen die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts gewährleisten. Eine Zugehörigkeit auch des konkreten Heimfallanspruchs zum Erbbaurechtsinhalt wäre dagegen geeignet, potenzielle Bieter abzuschrecken und damit die Befriedigungschancen der Realgläubiger zu mindern (*Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 274 f.; vgl. auch *Ranft*, Die „Verdinglichung“ des Erbbaurechtsinhalts, 1993, S. 62 f.). Denn aus dem Grundbuch ist nur der Heimfallgrund als solcher, nicht aber auch der Eintritt seiner Voraussetzungen ersichtlich, sodass ein Interessent für den Erwerb in der Zwangsversteigerung niemals ausschließen könnte, nach der Ersteigerung einem Heimfallanspruch ausgesetzt zu sein.

24 dd) Soweit der BGH entschieden hat, dass der Heimfallanspruch in der Insolvenz des Erbbauberechtigten den Grundstückseigentümer zur Aussonderung nach § 47 InsO berechtigt, kann dem für den vorliegenden Zusammenhang keine Aussage entnommen werden. Der Heimfallanspruch wird in diesem Zusammenhang zwar als ein dinglicher Anspruch bezeichnet (BGH, Urteil vom 19.4.2007, IX ZR 59/06, WM 2007, 1218 Rdnr. 13). Hierauf kam es aber nicht maßgeblich an, da auch schuldrechtliche Ansprüche zur Aussonderung berechtigen können (vgl. BGH, Urteil vom 10.2.2011, IX ZR 73/10, NJW 2011, 1282 Rdnr. 19).

25 ee) Schließlich ist die Annahme eines bloß schuldrechtlichen Charakters des Heimfallanspruchs auch interessengerecht.

26 (1) Setzt sich der Heimfallgrund in der Person des Erstehers fort, etwa in einer fortgeführten vertragswidrigen Nutzung des Bauwerks, so sind die Heimfallvoraussetzungen erneut erfüllt und es entsteht ein (neuer) gegen den Erstehere gerichteter Heimfallanspruch. Bei einem vertragstreuen Verhalten des Erstehers ist hingegen ein berechtigtes Interesse des Grundstückseigentümers an der Rückübertragung des Erbbaurechts nicht gegeben (vgl. *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 19; *Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 276; *Ranft*, Die „Verdinglichung“ des Erbbaurechtsinhalts, 1993, S. 63 f.). Zudem können dem Grundstückseigentümer gegen den ursprünglichen Erbbauberechtigten Ansprüche gemäß §§ 280, 283 BGB bzw. § 285 BGB zustehen (vgl. *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdnr. 178; *Mohrbutler*, Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung, 1995, S. 33; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 19).

27 (2) Der Gefahr, dass der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht zur Vereitelung des Heimfallanspruchs veräußert, kann der Grundstückseigentümer entgegenwirken. Insbesondere kann er einen Heimfallanspruch nach dessen Entstehung – ggf. mittels einer einstweiligen Verfügung – durch eine Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB absichern (vgl. *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdnr. 178; *Mohrbutler*, Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung, 1995, S. 30; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 2 ErbbauRG Rdnr. 19; *Bamberger/Roth/Maaß*, BGB, 3. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 14, 19).

28 Zutreffend ist zwar, dass sich die Vormerkung in der Zwangsversteigerung nicht gegenüber vorrangigen Grundpfandrechten durchsetzen kann. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die §§ 5 bis 8 ErbbauRG eine besonders ausgestaltete Regelung zur Sicherung des Grundstückseigentümers gegenüber beeinträchtigenden Verfügungen des Erbbauberechtigten enthalten (*Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 2 ErbbauRG Rdnr. 19). So kann als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts oder zu dessen Belastung mit einem Grundpfandrecht oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. In diesem Zusammenhang erweitert § 8 ErbbauRG den Schutz des Grundstückseigentümers hinsichtlich solcher Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgen. Hiervon ist insbesondere der Zuschlag in der Zwangsversteigerung erfasst (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 8.7.1960, V ZB 8/59, BGHZ 33, 76, 90 ff.).

29 (3) Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Möglichkeit der Geltendmachung des Heimfallanspruchs gegen den Ersteher auch nicht dann zwingend geboten, wenn der Ersteher – wie hier – ein erbbauzinsloses Erbbaurecht erlangt.

30 (a) Zutreffend ist allerdings, dass – sofern der Grundstückseigentümer dem Grundpfandrechtsgläubiger den Vorrang vor seiner Erbbauzinsreallast einräumt – die Reallast den Rechten des betreibenden Gläubigers nachgeht und daher nicht in das geringste Gebot fällt, sondern nach § 91 ZVG erlischt (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 25.9.1981, V ZR 244/80, BGHZ 81, 358, 361).

31 (b) Hat sich der Grundstückseigentümer im Erbbaurechtsvertrag die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG vorbehalten, kann er im Fall der Zwangsversteigerung die Genehmigung zur Veräußerung von der Übernahme seiner Rechte durch den Ersteher abhängig machen. Dies gilt zwar nach der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 114) nicht, wenn – wie hier – ein vorrangiger Grundpfandrechtsgläubiger die Zwangsversteigerung betreibt und der Eigentümer die Verweigerung seiner Zustimmung lediglich darauf stützt, dass der Meistbietende nicht bereit ist, in die schuldrechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten. In diesem Fall hat der Eigentümer aber seine Möglichkeiten, sich laufende Einkünfte aus dem Grundstück in Form des Erbbauzinses zu verschaffen, selbst eingeschränkt, indem er einer Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht zugestimmt hat, das der Erbbauzinsreallast im Rang vorgeht (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, a. a. O.).

32 (c) Im Übrigen kann der Grundstückseigentümer die Entscheidung, mit seiner Erbbauzinsreallast hinter Grundpfandrechte zurückzutreten, um eine bessere Beleihung des Erbbaurechts zu ermöglichen, von einer sog. Stillhalteerklärung des Gläubigers abhängig machen, wonach dieser im Fall der Zwangsversteigerung zustimmt, dass nach § 59 ZVG abweichende Versteigerungsbedingungen festgesetzt werden, die den Fortbestand der Erbbauzinsreallast vorsehen (vgl. hierzu von *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 6.257 ff.; *Freckmann* in *Freckmann/Frings/Grziwotz*,

Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 238 ff.). Nach dem mit Wirkung zum 1.10.1994 neu eingefügten § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG kann nunmehr als Inhalt des Erbbauzinses vereinbart werden, dass die Reallast abweichend vom § 52 Abs. 1 ZVG mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Inhaber eines vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechts die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreibt.

33 (4) Demgegenüber ist der Ersteher des Erbbaurechts schutzbedürftig, da er sich keine zuverlässige Kenntnis darüber verschaffen kann, ob zum Zeitpunkt des Zuschlags die Voraussetzungen des Heimfalls vorliegen und daher die Gefahr besteht, dass er von dem Grundstückseigentümer auf Übertragung des Erbbaurechts in Anspruch genommen wird. Soweit die Ansicht vertreten wird, dass dem Grundstückseigentümer, wenn die Voraussetzungen des Heimfallanspruchs bereits eingetreten sind oder dieser sogar schon ausgeübt worden ist, die Pflicht treffe, dies dem Vollstreckungsgericht anzuzeigen (*Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 15 Anm. 13.17 unter d), führt dies zu keiner anderen Bewertung. Zum einen bleibt die rechtliche Grundlage der Anzeigepflicht im Unklaren. Zum anderen soll bei einer Verletzung der Anzeigepflicht die spätere Geltendmachung des Heimfallanspruchs gegenüber dem Ersteher als unzulässige Rechtsausübung angesehen werden können, was letztlich keine strikte, sondern eine von den Umständen des Einzelfalls abhängige Wertung darstellt. Dies wird dem Schutzbedürfnis des Erstehers nicht in hinreichendem Maße gerecht und beeinträchtigt letztlich die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts.

34 d) Kommt somit dem Heimfallanspruch keine dingliche Wirkung zu, kann der Kläger von der Beklagten nicht die Rückübertragung des Erbbaurechts mit der Begründung verlangen, dass sich der frühere Erbbauberechtigte mit der Zahlung des Erbbauzinses in Höhe zweier Jahresbeiträge in Verzug befunden habe.

35 2. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Dass die Beklagte auf die Aufforderung der Klägerin hin nicht die sich auf den Erbbauzins beziehenden schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten übernommen hat, begründet keinen Heimfallanspruch nach § 12 Nr. 4 ErbbV.

36 a) Entgegen der Ansicht der Beklagten scheidet ein solcher Anspruch allerdings nicht schon daran, dass sie das Erbbaurecht im Wege der Zwangsversteigerung erworben hat. Die Regelung in § 12 Nr. 4 ErbbV ist nicht auf einen rechtsgeschäftlichen Erwerb des Erbbaurechts beschränkt.

37 aa) Die in dem Vertrag vom 2.8.1985 zum Heimfall des Rechts vereinbarten Regelungen sind Bestandteil des dinglichen, von der Eintragungsbewilligung gedeckten Inhalts des Erbbaurechts. Diese darf das Revisionsgericht selbst auslegen. Bei der Auslegung ist auf den Wortlaut und den Sinn abzustellen, wie er sich aus der Grundbucheintragung und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres er-

kennbar sind (vgl. Senat, Versäumnisurteil vom 11.7.2014, V ZR 18/13, BGHZ 202, 77, Rdnr. 7 m. w. N.).

38 bb) Nach dem Wortlaut des § 12 Nr. 4 ErbbV entsteht ein Heimfallanspruch auch dann, wenn der Erwerber des Erbbaurechts nicht durch seinen Vorgänger im Recht die vertraglichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer aus diesem Vertrag mit der Maßgabe auferlegt worden sind, dass der Grundstückseigentümer unmittelbar das Recht erwirbt, die Erfüllung der Verpflichtungen zu fordern. Mit diesem Wortlaut ist ohne Weiteres ein Verständnis vereinbar, das auch den Erwerb des Erbbaurechts im Rahmen der Zwangsversteigerung erfasst. Der Ersterher fällt unter den Begriff des Erwerbers; hinzukommt, dass die Regelung von dem „Vorgänger im Recht“ spricht und nicht etwa von dem Veräußerer. Auch kann die Formulierung „auferlegt worden ist“ erfolgsbezogen dahingehend verstanden werden, dass der Ersterher jedenfalls nicht an die schuldrechtlichen Verpflichtungen des früheren Erbbauberechtigten gebunden ist. Hinzu kommt, dass Sinn und Zweck der Regelung des § 12 Nr. 4 ErbbV kein tragfähiges Argument für ihre Beschränkung auf die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Erbbaurechts liefert. Die Regelung will die Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtungen auf den Erwerber sicherstellen. Hierfür ist es grundsätzlich ohne Belang, ob der Erwerb des Erbbaurechts rechtsgeschäftlich oder durch einen Zuschlag erfolgt.

39 b) Jedoch kann der Kläger die Übernahme der sich auf den Erbbauzins beziehenden schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten durch die Beklagte nicht verlangen, nachdem er der Bestellung einer gegenüber der Erbbauzinsrealast vorrangigen Grundschuld an dem Erbbaurecht zugestimmt hat.

40 aa) Der Senat hat bereits entschieden, dass der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung nicht allein deshalb versagen darf, weil die Erbbauzinsrealast infolge des Zuschlags erlischt. Dies gilt auch, soweit der Ersterher nicht zur Übernahme der sich auf den Erbbauzins beziehenden schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten bereit ist. Es wäre mit dem Sinn der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Bestellung einer Grundschuld an dem Erbbaurecht nicht vereinbar, die Befriedigung des Grundschuldgläubigers aus dem Erbbaurecht von Voraussetzungen abhängig zu machen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind. Die Wertlosigkeit bestehenbleibender schuldrechtlicher Ansprüche gegen den bisherigen Erbbauberechtigten und eine fehlende Deckung für einen Wertersatz nach §§ 92, 111 ZVG führen zu keiner anderen Beurteilung; auch dieses Risiko hat der Grundstückseigentümer mit seinem Rangrücktritt übernommen. Zu einer anderen Risikoverteilung bedürfte es eines Eingreifens des Gesetzgebers (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 116).

41 bb) Hier geht es zwar nicht um die Zustimmung des Grundstückseigentümers zu dem Erwerb des Erbbaurechts; die Beklagte hat vielmehr das Erbbaurecht bereits durch den Zuschlag erworben. Deren fehlende Bereitschaft zur Übernahme der sich auf den Erbbauzins beziehenden schuldrechtlichen Verpflichtungen des früheren Erbbauberechtigten soll aber

einen Heimfallanspruch begründen. Diese Fallgestaltung rechtfertigt jedoch keine andere Bewertung.

42 Zwar wird dem Ersterher des Erbbaurechts in diesen Fällen nach dem Erbbaurechtsvertrag meist eine Entschädigung zustehen. Diese wird aber regelmäßig nicht dem Verkehrswert des Erbbaurechts entsprechen, wie auch der vorliegende Fall zeigt. Die Entschädigung der Beklagten würde sich auf den Verkehrswert der vorhandenen baulichen Anlagen beschränken, wobei sich dieser Betrag auf 50 % reduziert, wenn die Heimfallgründe auf ein Verschulden des Erbbauberechtigten zurückzuführen sind (§ 13 ErbbV). Das Bestehen eines Entschädigungsanspruchs ändert daher nichts daran, dass ein Heimfallanspruch auch in diesen Fällen dem Zweck der Einräumung eines – gegenüber der Erbbauzinsrealast vorrangigen – Grundpfandrechts an dem Erbbaurecht zuwiderliefe.

43 Es bleibt daher hinsichtlich des Erbbauzinses auch hier bei der sich aus dem Rangrücktritt ergebenden Risikoverteilung. Ist ein Grundstück oder Erbbaurecht (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG) mit mehreren Rechten belastet, so ist deren Rangverhältnis (§ 879 BGB) maßgebend für die Berücksichtigung in der Zwangsversteigerung. Nachrangige Rechte erlöschen gemäß § 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZVG mit dem Zuschlag; für die Erbbauzinsrealast gilt insoweit keine Ausnahme. Auf dieser gesetzlichen Regelung beruht die Bedeutung der Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, und von dieser Rechtslage muss auch jeder Besteller einer Grundschuld ausgehen. Nichts anderes gilt für den Grundstückseigentümer, welcher der Belastung eines auf seinem Grundstück ruhenden Erbbaurechts mit einer Grundschuld zustimmt, die seiner Erbbauzinsrealast im Rang vorgeht. Diese Zustimmung wäre ohne Sinn, wenn die sich hieraus zwangsläufig ergebenden gesetzlichen Folgen vom Grundstückseigentümer nicht hingenommen werden müssten (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 115).

44 III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Der Verzug des früheren Erbbauberechtigten mit den geschuldeten Erbbauzinsen trägt den von dem Berufungsgericht angenommenen Heimfallanspruch gegen die Beklagte nicht. Ein Zahlungsverzug der Beklagten und ein daran anknüpfender Heimfallanspruch nach § 12 Nr. 5 ErbbV kommt schon deshalb nicht im Betracht, weil sie die Erbbauzinsrealast nicht übernommen hat.

45 Weitere Heimfallgründe, die der Kläger mit Pflichtverletzungen begründet, die durch die Beklagte selbst verwirklicht worden sein sollen (§ 12 Nr. 1 ErbbV und § 12 Nr. 4 ErbbV, soweit es die Übernahme anderer, sich nicht auf den Erbbauzins beziehende schuldrechtlicher Verpflichtungen betrifft), hat das Berufungsgericht von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig nicht geprüft. Demgemäß fehlen die dafür erforderlichen Feststellungen, sodass die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist. Für den Fall, dass ein Heimfallanspruch bestehen sollte, fehlen darüber hinaus Feststellungen zu der Höhe der Heimfallvergütung. Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten aus ihrem Anspruch auf Zahlung der Heimfallvergütung.

46 Der Anspruch auf Heimfallvergütung begründet ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Heimfallanspruch des Eigentümers nach § 273 Abs. 1 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 20.4.1990, V ZR 301/88, BGHZ 111, 154, 156). Das Berufungsgericht geht im Ausgangspunkt noch zutreffend davon aus, dass sich der Erbbauberechtigte auf dieses Zurückbehaltungsrecht ausnahmsweise dann nicht berufen kann, wenn er zuvor seine Mitwirkung an der für die Bestimmung der Höhe der Heimfallvergütung erforderlichen Wertermittlung treuwidrig verweigert hat (vgl. Senat, Urteil vom 22.11.1991, V ZR 187/90, BGHZ 116, 161, 164). Zu Unrecht bejaht es jedoch ein solches treuwidriges Verhalten aufgrund des Umstands, dass die Beklagte auf das Schreiben des Klägers vom 15.10.2012 nicht reagiert habe. Darin hatte der Kläger die Beklagte lediglich pauschal dazu aufgefordert, an der Wertermittlung für die Bestimmung der Höhe der Heimfallentschädigung mitzuwirken. Es fehlte an einem Vorschlag für ein gemeinsames Vorgehen ebenso wie an einer Aufforderung zu konkreten Handlungen. Die unterbliebene Reaktion hierauf kann nicht bereits als eine treuwidrige Verweigerung der Mitwirkung angesehen werden. Dem Kläger blieb unbenommen, das nach § 14 ErbbV vorgesehene Verfahren einzuleiten und einen von der Industrie- und Handelskammer zu benennenden Gutachterausschuss anzurufen. Erst wenn die Beklagte ihre Mitwirkung hieran verweigert und eine Wertermittlung durch den Gutachterausschuss vereitelt hätte, könnte von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten ausgegangen werden. Auch der Umstand, dass die Beklagte den Heimfallanspruch bestritten und ihr Zurückbehaltungsrecht nur hilfsweise ausgeübt hat, führt zu keiner anderen rechtlichen Bewertung, da es sich hierbei um ein prozessual zulässiges Verhalten handelt. An die Annahme einer treuwidrig verweigerten Mitwirkung bei der Wertfeststellung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Erbbauberechtigte die Wertfeststellung willentlich vereitelt oder zumindest eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkommen (vgl. zum ähnlich gelagerten Fall der endgültigen Erfüllungsverweigerung: BGH, Urteil vom 19.12.2012, VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074, Rdnr. 22; BGH, Urteil vom 21.12.2005, VIII ZR 49/05, WM 2006, 1355 Rdnr. 25 m. w. N.). Dass die Beklagte mit sachlichen Gründen einen gegen sie gerichteten Heimfallanspruch in Abrede stellt, genügt hierfür jedenfalls nicht.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Hans-Frieder Krauß**, LL.M. (University of Michigan), München

Das Urteil behandelt zwei für die „Alltagstauglichkeit“ des – seiner Natur nach ja auf eine längere Wirkungsdauer angelegten – Erbbaurechts wichtige Fragestellungen:

- die Durchsetzungskraft des Heimfallanspruchs gegen Rechtsnachfolger sowie
- die Folgen des Rangrücktritts der Erbbauzinsreallast hinter Grundpfandrechte.

Hinsichtlich des ersten Problemkreises entscheidet der BGH abweichend von der bisherigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung, hinsichtlich des zweiten bestätigt er seine bisherige Linie.

1. Durchsetzungskraft des Heimfallanspruchs gegen Rechtsnachfolger

In aller Regel wird von der in § 2 Nr. 4 ErbbauRG eingeräumten Möglichkeit, bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen den Erbbauberechtigten zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer zu verpflichten (Vereinbarung eines Heimfallrechtes), Gebrauch gemacht. Die sonst auf Schadenersatz oder Unterlassung beschränkter Sanktionsmöglichkeiten des Grundstückseigentümers bei Verletzung schuldrechtlicher oder dinglicher Pflichten seitens des Erbbauberechtigten werden damit um ein Übernahmerecht (freilich gegen Entschädigung in den Grenzen des § 32 ErbbauRG) erweitert und das in § 1 Abs. 4 ErbbauRG ausgeschlossene, jedoch in Dauerrechtsverhältnissen unverzichtbare, Rücktrittsrecht wirtschaftlich ersetzt. Besondere Flexibilität erfährt dieses Instrumentarium dadurch, dass (in den Grenzen der §§ 9 Abs. 3 und 6 Abs. 2 ErbbauRG sowie der §§ 134, 138 BGB) praktisch jeder Tatbestand als Auslöser für die Geltendmachung des Heimfallrechtes vereinbart werden kann; zu beachten ist jedoch das Verbot der Gläubiger- bzw. Insolvenzenbenachteiligung.¹ Ferner kann im Einzelfall die Ausübung eines wirksam vereinbarten Heimfallrechtes durch § 242 BGB gehindert sein² bzw. bei Ausübung durch öffentlichrechtliche Körperschaften gegen das Angemessenheitsgebot des § 11 Abs. 2 BauGB verstoßen³.

Als Bestandteil der Aufzählung in § 2 ErbbauRG gehört die Vereinbarung eines Heimfallrechtes insoweit zum (fakultativen) dinglichen Inhalt eines Erbbaurechtsbestellungsvertrags, als die Abreden zum Heimfallrecht selbst unmittelbar, also ohne das Eingreifen von Vereinbarungen zugunsten Dritter auf Gläubigerseite oder Beitrittserklärungen auf Schuldnerseite, für und gegen alle künftigen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten, gelten. Mit dieser Aussage zur „dinglichen Rechtsnatur“ des Heimfallrechtes als solchem ist allerdings nicht entschieden, ob auch der Heimfallanspruch, also die Heimfalllage als solche (mithin der Anspruch auf Ausübung des Heimfallrechtes als Folge des Eintritts zumindest eines der dazu berechtigenden Tatbestände bzw. der Anspruch aus sodann bereits erklärter Heimfallausübung) sich gegen Rechtsnachfolger auf Verpflichtenseite durchsetzen lässt (also – bildhaft gesprochen – zu einer Inhaltsänderung des konkreten Erbbaurechtsverhältnisses als solchem führt, sodass ein – durch Rechtsgeschäft oder Hoheitsakt (wie hier: Zuschlag) – nachrückender Einzelrechtsnachfolger das Erbbaurecht nur mit diesem „Inhalt“, mithin „heimfallbelastet“, erwerben kann). Dies hatte die frühere Literatur ganz einhellig, ebenso aber bis in die jüngste Zeit die Rechtsprechung der OLG (so auch das Berufungsgericht im konkreten Urteil) so gesehen, wenn

- 1 Etwa bei nachträglicher Heimfallvereinbarung, BGH, Urteil vom 19.4.2007, IX ZR 59/06, NJW 2007, 2325, oder bei Anknüpfung bereits an die Insolvenzeröffnung ohne Abwarten des Zwei-Jahres-Rückstands, BGH, Beschluss vom 12.6.2008, IX ZB 220/07, DNotZ 2008, 838.
- 2 Rechtsmissbrauch bei absolut geringfügigen Pflichtverletzungen: BGH, Urteil vom 29.1.1988, V ZR 271/86, NJW-RR 1988, 715.
- 3 BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 (m. Anm. Grziwotz), zu Einheimischenmodellen.

auch teilweise mit Abstrichen für den Fall der Rechtsnachfolge im Wege der Zwangsversteigerung.⁴

Mit der wohl überwiegenden Auffassung in der neueren Literatur sieht der BGH jedoch den Anspruch „auf“ Heimfall wie auch den Anspruch „aus“ (erklärtem) Heimfall als lediglich schuldrechtliche Forderung gegen denjenigen, der den Heimfalltatbestand verwirklicht hat. Weder die durch § 3 ErbbauRG geschaffene untrennbare Verknüpfung mit dem Grundstückseigentum (im Sinn eines „Anspruchs zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers“ auf Gläubigerseite) noch die in § 33 ErbbauRG an den sachenrechtlichen Vollzug des Heimfalls anknüpfenden beschränkten dinglichen Erlöschenswirkungen seien – so der BGH – tragfähige Argumente, die a priori schuldrechtliche Natur des Erbbaurechtsübertragungsanspruchs zu entkräften. Eine „Quasi-Verdinglichung“ könnte daher dem schuldrechtlichen Anspruch allenfalls zugute kommen, wenn er vormerkungsgleiche Wirkung hätte, was dem ErbbauRG jedoch (anders als etwa in Bezug auf den Erbbaurechtserneuerungsanspruch, vgl. § 31 Abs. 4 Satz 1 ErbbauRG) nicht zu entnehmen ist.

Dem Grundstückseigentümer bleibt demnach nur die Möglichkeit, den drohenden Verlust seiner Heimfallposition zu vermeiden, indem er – ggf. durch einstweilige gerichtliche Verfügung, § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB – seinen auf das Heimfallrecht gegründeten Übertragungsanspruch durch eine Erbbaurechtsübertragungsvormerkung zu seinen Gunsten am Erbbaurecht sichern lässt.

Interessant wäre in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Grundstückseigentümer den Untergang seiner Heimfallposition durch Einzelrechtsnachfolge dadurch verhindern könnte, dass er die – regelmäßig gemäß § 5 ErbbauRG vorbehaltene – Zustimmung zur Übertragung (bzw. zum Zuschlag, § 8 ErbbauRG) versagt. Eine solche Verweigerung könnte jedoch angesichts § 7 Abs. 1 ErbbauRG nur aufrechterhalten werden, wenn der „mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck“ durch die Veräußerung nicht nur unwesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird. Da – wie der BGH nun festgestellt hat – die „Versteinerung“ der Heimfalllage jedoch nicht zur dinglichen Natur des Erbbaurechts als solchem gehört, mithin § 2 Nr. 4 ErbbauRG nicht als Argument dafür herangezogen werden kann, dass der Zweck des Erbbaurechts auch in der Verstetigung der Sanktionsbefugnisse des Grundstückseigentümers liege, steht recht deutlich zu befürchten, dass das AG auf entsprechenden Antrag die verweigerte Zustimmung ersetzen wird, zumal ja ein neuer, zuverlässiger und wirtschaftlich stärkerer Erbbaurechtseinhaber umso mehr Gewähr bietet, die Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag (vor allem die Erbbauzinszahlungs- und Gebäudeunterhaltungspflichten etc.) künftig nachhaltig zu erfüllen.

Hinzuweisen bleibt insoweit darauf, dass dem Grundstückseigentümer bei der Sicherung und Durchsetzung des Anspruchs auf bzw. aus Heimfall auch deshalb besondere Eile

anzuraten ist, weil gemäß § 4 ErbbauRG eine kurze Verjährung (binnen sechs Monaten ab Kenntnis von den Heimfallvoraussetzungen) droht.

Vom Urteils Sachverhalt klar zu unterscheiden ist naturgemäß die Sachlage, dass der neue Erbbaurechtseinhaber (Ersteigerer) seinerseits, möglicherweise durch Aufrechterhalten des früheren Verstoßes (man denke etwa an bestimmungswidrigen Gebrauch oder fortgesetztes Unterlassen der Instandhaltungs-, Versicherungs-, Wiederaufbaupflicht etc.) gegen den Erbbaurechtsvertrag verstößt und damit in seiner Person ein (neuer) Heimfallanspruch entsteht. Vorliegend kam diese Variante nicht in Betracht: Da der Ersteigerer, wie sogleich auszuführen ist, keinen Erbbauzins schuldet, konnte er damit auch nicht in Rückstand geraten.

2. Folgen des Rangrücktritts der Erbbauzinsreallast hinter Grundpfandrechte

Im Urteils Sachverhalt hatte der Grundstückseigentümer zu früherer Zeit unbedachterweise den Rücktritt seiner Erbbauzinsreallast hinter (Finanzierungs-)Grundpfandrechte des Erbbauberechtigten bewilligt, ohne zugleich seine Reallast (wie allerdings erst seit 1.10.1994 möglich) gegen den Untergang in der Zwangsversteigerung zu „immunisieren“ (durch Vereinbarung gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG). Als Folge des Zuschlags in der Zwangsversteigerung entstand also ein erbbauzinsloses Erbbaurecht. Der BGH hatte bereits entschieden, dass die Zustimmung des Grundstückseigentümers zum Zuschlag (§ 8 ErbbauRG) in solchen Konstellationen nicht mit dem Argument verweigert werden könne, die Erbbauzinslosigkeit des Erbbaurechts vereitle dessen Zweck bzw. das Unterbleiben eines (freiwilligen) Eintritts des Ersteigers in die schuldrechtliche Erbbauzinszahlungspflicht sei erbaurechtswidrig, da der Grundstückseigentümer mit dem Rücktritt diese Risikolage selbst geschaffen und zu verantworten hat („selbst schuld“).⁵

Denselben Rechtsgedanken wendet der BGH nun im Rahmen des Heimfalls an: Zwar sah der (als solcher ja unverändert – „dinglich“ – fortbestehende) Erbbaurechtsvertrag vor, dass das Heimfallrecht auch ausgeübt werden könne, wenn ein (auch hoheitlicher) Rechtsnachfolger nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurecht (hier die schuldrechtliche Erbbauzinszahlungspflicht) eintrete – wie beim Erwerb durch Hoheitsakt ja bekanntlich nicht der Fall –, allerdings, so der BGH, gelte dies nicht, wenn der Untergang der dinglichen Erbbauzinsreallast gerade durch den (unbedachten) Rangrücktritt des Grundstückseigentümers herbeigeführt wurde: An den – unter Umständen jahrzehntelangen – Folgen dieses Rücktritts muss sich der Grundstückseigentümer auch in Bezug auf den schuldrechtlichen Erbbauzinszahlungsanspruch festhalten lassen und kann dessen Nichtübergang nicht mit Hilfe der Heimfallsanktion (Übernahme des Erbbaurechts gegen eine im Regelfall nicht vollentgeltliche Entschädigung) abwenden.

Das Urteil verdeutlicht, auf welcher eindringlichen Weise Notare Grundstückseigentümer davon abhalten sollten, dem als

⁴ So verlangte z. B. das OLG Schleswig, OLGR 1998, 386 f., die rechtzeitige, also vor dem Zuschlag erfolgende, Anmeldung des Heimfallanspruchs nach § 37 Nr. 4 ZVG als Voraussetzung seiner Durchsetzbarkeit auch zulasten des Erstehers.

⁵ Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, MittBayNot 1987, 194.

Formalität vorgetragenen Wunsch des Erbbauberechtigten bzw. seiner Bank auf Rangrücktritt nachzukommen (sofern es sich nicht um eine vollstreckungsfeste Reallast im Sinne des § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG handelt). Die teilweise hierzu entwickelten Hilfslösungen (z. B. sog. „Bestehenbleibensvereinbarungen“ oder „Liegenbelassenserklärungen“) sind nicht wirklich leistungsfähig: Die Umsetzung der Verpflichtung des Grundpfandgläubigers, gemäß § 59 Abs. 1 ZVG oder § 91 Abs. 2 ZVG auf ein Bestehenbleiben der Erbbauzinsreallast hinzuwirken, scheitert häufig daran, dass die gemäß § 59 Abs. 1 Satz 3 ZVG erforderlichen Zustimmungen vorrangiger Gläubiger, etwa aus den Rangklassen § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ZVG, nicht beigebracht werden können oder das Versteigerungsgericht nach Doppelausgebot den Zuschlag zu normalen Versteigerungsbedingungen, also unter Erlöschen des nachrangigen Rechts des Grundstückseigentümers, erteilt.

Womit wieder einmal eindrucksvoll unter Beweis gestellt ist, dass mitunter die „kleine Münze“ des Notariats („eine Unterschriftsbeglaubigung wartet an der Theke“) große Sprengkraft entwickeln kann.

6. Keine Löschung einer einen bedingten Rückübertragungsanspruch im Scheidungsfall sichernden Vormerkung nach dem Tod des Berechtigten

OLG München, Beschluss vom 17.10.2016, 34 Wx 208/16; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

BGB §§ 874, 1922

GBO § 18 Abs. 1, §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Zum Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit für die Löschung einer einen bedingten Rückübertragungsanspruch sichernden Vormerkung nach dem Tod des Berechtigten (Scheidungsklausel).

SACHVERHALT:

1 Aufgrund notarieller Überlassung eines ideellen Anteils am Grundbesitz ist (...) die Beteiligte als hälftige Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen. Deren Anteil ist zugunsten von R. Z., dem am 14.6.2012 verstorbenen Ehemann der Beteiligten, mit einer Auflassungsvormerkung für einen bedingten Rückübertragungsanspruch belastet. Die in Bezug genommene Bewilligung (...) besagt hierüber:

2 „Der (heutige) Veräußerer (= R. Z.) ist berechtigt, im Falle der Scheidung der Ehe mit dem (heutigen) Erwerber (= die Beteiligte) den heute an diesen überlassenen Hälfteanteil am Vertragsgrundbesitz zurückzufordern.

3 Hat der Erwerber aus einem vorehelichen Vermögen (...) Verwendungen auf den Grundbesitz gemacht, so sind ihm diese Zug um Zug gegen Rückforderung zu erstatten. (...)

4 Die Rückforderung ist nur zulässig, wenn der Zugewinn des Veräußerers mindestens so hoch ist wie die in der Ehezeit eingetretene Wertsteigerung des Grundbesitzes nach Abzug der dem Erwerber zu erstattenden Verwendungen.

5 Zug um Zug mit der Rückforderung nach Maßgabe dieser Vereinbarungen findet dann auf der Grundlage der nach Rückforderung und Rückerstattung von Verwendungen bestehenden Vermögenslage der gesetzliche Zugewinnausgleich statt. (...)

6 Zur Sicherung des Rückforderungsrechts bestellt der Erwerber an dem ihm überlassenen Hälfteanteil eine Auflassungsvormerkung und bewilligt und beantragt deren Eintragung in das Grundbuch.“

7 Unter Bezugnahme auf die beim selben AG geführte Nachlassakte beantragte die anwaltlich vertretene Beteiligte am 13.1.2016 beim Grundbuchamt die Löschung der Vormerkung. Der Bedingungsausfall sei bewiesen, denn aus der Nachlassakte ergebe sich, dass der Vormerkungsberechtigte verstorben und im Zeitpunkt seines Todes mit der Beteiligten verheiratet gewesen, die Ehe also nicht geschieden worden sei.

8 Mit (...) Zwischenverfügung (...) hat das Grundbuchamt nach Beziehung der Nachlassakte beanstandet, dass Löschungsbewilligungen der Erben vorzulegen seien. Es sei nicht auszuschließen, dass die Vormerkung einen in der Person des Berechtigten entstandenen, aber zu Lebzeiten nicht mehr durchgesetzten und mit dem Versterben auf die Erben übergegangenen Rückübertragungsanspruch sichere. Die vom Nachlassgericht protokollierte Erklärung der Beteiligten, dass ein Scheidungsverfahren nie anhängig gewesen sei, genüge als Unrichtigkeitsnachweis nicht.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Das Rechtsmittel hat nur teilweise Erfolg. Zwar ist die Zwischenverfügung wegen ihres verfahrensrechtlich unzulässigen Inhalts aufzuheben. Hingegen kommt eine Anweisung zur Vornahme der begehrten berichtigenden Eintragung nicht in Betracht.

(...)

14 2. Die Zwischenverfügung ist schon deshalb zu beanstanden und aufzuheben, weil das Grundbuchamt eine von ihm für notwendig erachtete, aber fehlende Berichtigungsbewilligung nicht verlangen kann, wenn der Berichtigungsantrag – wie hier – darauf gestützt ist, dass der Unrichtigkeitsnachweis geführt sei. Ist in einer solchen Situation der Unrichtigkeitsnachweis tatsächlich nicht geführt und liegt eine deshalb erforderliche Bewilligung des/der Betroffenen nicht vor, muss das Grundbuchamt den Berichtigungsantrag sofort zurückweisen (Senat vom 23.5.2014, 34 Wx 135/14, juris Rdnr. 15; BayObLG, FGPrax 1998, 6; *Hügel/Zeiser*, GBO, 3. Aufl., § 18 Rdnr. 17; *Demharter*, § 18 Rdnr. 12 a. E.; *Lorbacher*, FGPrax 2010, 285, 286; a. A. OLG Zweibrücken, NotBZ 2014, 199).

15 3. Für das weitere Verfahren ist – insofern nicht bindend – festzuhalten, dass die Löschung der Vormerkung ohne Bewilligung der Erben nicht infrage kommen dürfte.

16 a) Gemäß § 19 GBO erfolgt eine rechtsändernde oder auch eine berichtigende Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Dabei zählen zu den Eintragungen auch Löschungen, § 46 Abs. 1 GBO (*Demharter*, § 19 Rdnr. 3).

17 Einer Bewilligung bedarf es nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, der der Antragstellerin obliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen (*Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 22 Rdnr. 121;

Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 369). Die Antragstellerin hat in der Form des § 29 GBO grundsätzlich lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der Unrichtigkeit der gegenwärtigen Grundbuchlage und der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen könnte. Lediglich ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten müssen nicht widerlegt werden (allg. M.; vgl. BayObLGZ 1995, 413, 415 f.; BayObLG, Rpfleger 1992, 19; *Demharter*, § 22 Rdnr. 37; *Hügel/Holzer*, § 22 Rdnr. 59 f.).

18 Die Löschung der Eigentumsvormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises setzt daher den formgerechten (§ 29 GBO) Nachweis voraus, dass der durch die eingetragene Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr durch Bedingungseintritt entstehen kann; denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von demjenigen des Anspruchs ab, zu dessen Sicherung sie bestellt ist (BayObLG, NJW-RR 1997, 590; FGPrax 2002, 151; OLG Zweibrücken, FGPrax 2005, 244, 245).

19 b) Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückauffassungsvormerkung, wenn sich aus der zugrundeliegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Allerdings reicht in diesen Fällen der Todesnachweis dann nicht zum Beleg für die Grundbuchunrichtigkeit, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstandenen, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert (BGHZ 117, 390, 393 f.; BGHZ 130, 385, 388 f.; BayObLG, MittBayNot 1995, 291, 292; *Everts*, MittBayNot 2015, 315 f.).

20 Weil hier Letzteres der Fall ist, kann der Unrichtigkeitsnachweis nicht mit den vorgelegten Urkunden geführt werden.

21 aa) Für die Beurteilung der Frage, ob die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) für das Entstehen des Auflassungsanspruchs mit Sicherheit endgültig ausgeblieben ist, ist – ohne dass hier auf die Möglichkeit einer nachträglichen Bedingungserweiterung eingegangen werden muss (vgl. BGH, NJW 2008, 578, 579; *Demharter*, Anh. zu § 44 Rdnr. 90.4; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 358 f.) – der Inhalt der Bedingung selbst festzustellen. Hierfür ist auf die im Eintragungsvermerk (§ 874 BGB) in Bezug genommene Bewilligung abzustellen. Als zum Grundbuchinhalt gewordene Willenserklärung ist sie der Auslegung zugänglich. Allerdings sind der Ermittlung des Parteiwillens im Grundbuchverfahren mit Blick auf den verfahrensbeherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen Grenzen gesetzt (BayObLGZ 1984, 122, 124; Senat vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14, FamRZ 2015, 1139). Danach darf auf die Auslegung nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind. Auf

das subjektiv vom Bewilligenden Gewollte kommt es hingegen nicht an (vgl. BGHZ 92, 351, 355; BGHZ 113, 374, 378; BGH, ZWE 2013, 402, 403; Senat a. a. O.; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28 sowie § 53 Rdnr. 4 m. w. N.).

22 bb) Die nächstliegende Bedeutung der nur schlagwortartig beschriebenen Bedingung („im Falle der Scheidung der Ehe“) besteht nicht darin, dass die Rückforderung erst zeitlich nach (rechtskräftig) ausgesprochener Scheidung zulässig ist.

23 Nur bei vordergründiger Betrachtung erweckt die Formulierung den Eindruck, erst eine gerichtlich ausgesprochene und rechtskräftige Scheidung, nicht aber schon ein gerichtliches Scheidungsverfahren würde dem Berechtigten das Recht zur Rückforderung geben. Bei diesem engen Verständnis wäre mit den vorgelegten Urkunden belegt, dass die Bedingung (endgültig) ausgeblieben und mit dem gesicherten Anspruch auch die Vormerkung erloschen ist, denn das Fehlen einer rechtskräftigen Scheidung geht aus den vorliegenden Personenstandsunterlagen hervor.

24 Allerdings darf für das zutreffende Verständnis des Rechtsinhalts nicht lediglich auf den ersten Satz der Klausel abgestellt werden. Maßgeblich ist vielmehr die gesamte unter § 12 getroffene Vereinbarung über die Rückforderungsvoraussetzungen. Dass die notariell beratenen Vertragsparteien die detaillierten Vorgaben über die Berücksichtigung des Rückübertragungsanspruchs im Rahmen des Zugewinnausgleichs und über eine Mindestrelation zwischen Wertsteigerung und Zugewinn nicht als isolierte, rein ehedüterrechtliche Regelung aufgefasst hatten, legt schon der Umstand nahe, dass hierfür keine gesonderte Vertragspassage mit entsprechender Überschrift gewählt ist, sondern sämtliche Regelungen unter der Überschrift „Rückforderung“ getroffen sind. Die abschließend formulierte Bewilligung bezieht sich mithin ihrer Stellung nach erkennbar auf die Gesamtregelung als Inhalt des Rückforderungsrechts.

25 Dies lässt es nicht als naheliegend erscheinen, dass die Rückforderung erst nach (rechtskräftiger) Scheidung verlangt werden durfte. Vielmehr ist für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung anzunehmen, dass der Rückübertragungsanspruch bereits im Zusammenhang mit dem Zugewinnausgleich und mithin notwendigerweise bereits während eines anhängigen Scheidungsverfahrens, nämlich im Verbund, geltend gemacht werden durfte.

26 Schon im maßgeblichen Zeitpunkt (*Demharter*, § 53 Rdnr. 4) des Vertragsschlusses war das Verbundverfahren gesetzlich eingeführt. Wäre Bedingung für das Entstehen des Rückforderungsanspruchs die (rechtskräftige) Scheidung, so wäre es den Vertragsparteien mit Blick auf die vereinbarten Gegenansprüche und die gewollten Auswirkungen auf die Berechnung des Zugewinnausgleichs verwehrt gewesen, die güterrechtliche Folgesache des Zugewinnausgleichs im Verbund mit einem Ehescheidungsverfahren geltend zu machen. Die Regelung des Zugewinnausgleichs im Verbund wäre nämlich unmöglich (vgl. *Schwackenberg*, FamRZ 1988, 90 f.) und die Folgesache, falls sie von einer Partei im Verbund anhängig gemacht worden wäre, daher abzutrennen (§ 628 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO in der Fassung des Gesetzes vom 18.7.1979 i. V. m. § 621 Abs. 1 Nr. 8 ZPO in der Fassung des Gesetzes

vom 25.7.1986; nun: § 140 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG; vgl. *Keidel/Weber*, FamFG, 18. Aufl., § 140 Rdnr. 2), wenn das Entstehen einzelner Vermögenspositionen – hier des Rückgewähranspruchs – in unmittelbarem Zusammenhang mit der (rechtskräftigen) Scheidung der Ehe stünde und deshalb die rechtliche oder tatsächliche Entwicklung nach der Scheidung abgewartet werden müsste. Zwar standen damals wie heute den Ehepartnern in den gesetzlichen Grenzen Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung offen, sodass ein isoliertes Verfahren über den Zugewinn nicht ausgeschlossen war. Deshalb wäre es den Parteien (wohl) unbenommen gewesen, durch die vorweggenommene Vereinbarung über die Berechnung des Zugewinnausgleichs mit dadurch bedingten verfahrensrechtlichen Auswirkungen bereits die Gestaltung eines künftigen familiengerichtlichen Verfahrens vorzugeben. Die Parteien hätten bei diesem Verständnis aber mit der Formulierung der Bedingung zugleich einen „Unmöglichkeitgrund“ im Sinne der für die Auseinandersetzung einer Zugewinnsgemeinschaft sonst weitgehend bedeutungslosen (vgl. BGH, FamRZ 1984, 254; *Helms in Prütting/Gehrlein*, FamFG, 3. Aufl., § 140 Rdnr. 12; *Musielak/Borth*, FamFG, 5. Aufl., § 140 Rdnr. 4) Norm vereinbart, ohne dies anzusprechen. Ein solches Verständnis liegt, zumal unter Berücksichtigung der notariellen Beurkundungsform und des Fehlens eines notariellen Hinweises auf die weitreichenden Folgen der Scheidungsklausel, nicht nahe. Aus der Urkunde ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für Sachgründe, die eine solche Gestaltung veranlasst hätten.

27 cc) Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass der nicht auflösend auf den Tod des Berechtigten bedingte Rückforderungsanspruch noch zu Lebzeiten entstanden und geltend gemacht worden ist. Da die Vererblichkeit eines einmal entstandenen Rückforderungsanspruchs weder nach dem Wortlaut noch nach dem nächstliegenden Sinn der vertraglichen Regelung ausgeschlossen wurde (vgl. etwa OLG Hamm, FGPrax 2010, 226, 227; OLG Düsseldorf vom 30.1.2015, 3 Wx 259/14, juris), wäre der Anspruch in diesem Fall auf die Erben des Berechtigten übergegangen; die Vormerkung wäre dann nicht erloschen. Die Beteiligte hat urkundlichen Nachweis nur für den Familienstand des Erblassers im Todeszeitpunkt erbracht, nicht hingegen auch dafür, dass ein Ehescheidungsverfahren nicht anhängig war. Diese Negativtatsache dürfte einer Beweisführung in der Form des § 29 GBO auch nicht zugänglich sein. Daher bedarf es zur Löschung des Rechts entsprechender Bewilligungen der Betroffenen.

(...)

7. Zulässigkeit der Eintragung eines Vermerks über die Wirksamkeit einer Vormerkung gegenüber den Nacherben

OLG München, Beschluss vom 2.3.2016, 34 Wx 408/15
GBO § 18 Abs. 1, §§ 19, 22, 51

LEITSÄTZE:

- Zur Zulässigkeit der Eintragung eines Vermerks im Grundbuch, der die Wirksamkeit der beantragten Eigentumsvormerkung gegenüber allen Nacherben verlaublich soll.**
- Es bleibt offen, ob die Eintragung des bezeichneten Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch den Verfahrensregeln der Berichtigung oder denen der Richtigstellung unterliegt. In beiden Verfahren ist den von der Eintragung Betroffenen Gehör zu gewähren.**

SACHVERHALT:

1 Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin eines Wohnanwesens im Grundbuch eingetragen. Das Grundbuch enthält in der Zweiten Abteilung einen Nacherbenvermerk folgenden Inhalts:

„Nacherben des Sch. Wilhelm (...), geb. 1924, sind: H. Gabriele (...), Sch. Wilhelm, geb. 1958, Sch. Michael (...); Eintritt der Nacherbfolge durch Tod des Vorerben; der Vorerbe ist befreit, gemäß Erbschein des AG (...); eingetragen am 20.6.1978.

2 Mit Vertrag vom 5.10.2015 verkaufte die Beteiligte das Anwesen an ihre Söhne Wilhelm und Michael Sch. zu Miteigentum zu je ½. Als Kaufpreis für das 607 m² große Grundstück, bebaut mit einem 1951 errichteten Mietshaus mittleren Standards (acht Wohneinheiten mit insgesamt 618 m² Wohnfläche), sind 2,6 Mio. € vereinbart. Der notariellen Urkunde beigelegt ist das Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, wonach der Verkehrswert zum Wertermittlungsstichtag 2.4.2015 mit 2.590.000 € geschätzt wird. Die Auffassung wurde erklärt, ferner eine Eigentumsvormerkung bewilligt und deren Eintragung zugunsten der Erwerber beantragt. Zugleich bewilligten und beantragten die Vertragsparteien, bei der Vormerkung im Grundbuch zu vermerken, dass diese allen Nacherben gegenüber wirksam ist.

3 Auf den u. a. die Vormerkung betreffenden Vollzugsantrag (...) hat das Grundbuchamt (...) folgende fristsetzende Zwischenverfügung erlassen:

4 Es fehle für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks bei der beantragten Vormerkung an der formgerechten Zustimmung/Bewilligung durch die mit eingetragene Nacherbin Gabriele H.

5 Hiergegen richtet sich die namens aller Antragsteller eingelegte und gegenüber dem Senat ergänzend begründete Beschwerde des Urkundsnotars. Es fehle bereits an einer Begründung für das Verlangen des Grundbuchamts. Aber auch in der Sache sei die Beanstandung nicht gerechtfertigt. Eine – wie hier durch das vorgelegte Gutachten nachgewiesene – entgeltliche Veräußerung eines der Nacherbfolge unterliegenden Grundstücks sei beim Eintritt der Nacherbfolge den Nacherben gegenüber auch ohne deren Zustimmung wirksam, weil das Grundstück dadurch aus dem Nachlass ausscheide. Der begehrte Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung sei als solcher anerkannt. Sein Zweck bestehe darin, das Grundbuchamt bereits vor Kaufpreiszahlung und Eigentumsumschreibung dazu zu zwingen, die Entgeltlichkeit der Verfügung zu prüfen. Anders wäre ein Grundstücksverkauf durch den befreiten Vorerben in der Praxis ohne Zustimmung der Nacherben kaum durchführbar, obwohl das Gesetz (§ 2113 Abs. 1 BGB) diese Möglichkeit ausdrücklich eröffne. Sei die Entgeltlichkeit der Verfügung nachgewiesen, so könne das Grund-

buchamt die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks nicht von der Zustimmung aller Nacherben abhängig machen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

8 II. In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg. Das Grundbuchamt kann die begehrte und als solche zulässige Eintragung des Wirksamkeitsvermerks nicht von der förmlichen Mitwirkung der weiteren Nacherbin abhängig machen.

(...)

10 2. Hat ein Vorerbe ein Recht am Grundstück oder eine Vormerkung bestellt, die bei Eintritt des Nacherbfalls wirksam bleiben, so kann die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks in Betracht kommen. Dieser verlautbart, dass der eingetragene – und bestehen bleibende – Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) gegenüber diesem Recht keine Unwirksamkeit im Sinne von § 2113 BGB anzeigt (BGH, Rpfleger 1999, 383; BayObLG, FGPrax 1997, 135, 136; KG, JFG 13, 111, 114; *Demharter*, § 51 Rdnr. 25 mit § 22 Rdnr. 19; KEHE/*Munzig*, GBO, 7. Aufl., § 51 Rdnr. 31; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1523; DNotl-Report 2006, 125, 126). Auch der Senat hat keine durchgreifenden Bedenken, weil dadurch der Grundbuchinhalt übereinstimmend mit der materiellen Rechtslage zutreffend dargestellt wird (vgl. *Vierling/Mehler/Gotthold*, MittBayNot 2005, 375, 376; *Lehmann*, NJW 1993, 1558, 1559 f.).

11 a) Nach einer vielfach vertretenen Ansicht wird der – deklaratorische – Wirksamkeitsvermerk im Weg der Berichtigung entsprechend § 19 GBO auf Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) eingetragen, und zwar, wenn alle Nacherben (und Ersatznacherben) die Eintragung bewilligen oder wenn nachgewiesen ist (vgl. § 22 GBO), dass das einzutragende Recht entgegen § 2113 Abs. 1 und 2 BGB bei Eintritt der Nacherbfolge wirksam bleibt; es gilt in diesem Fall nichts anderes als für die Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls (siehe BayObLG, FGPrax 1997, 135; KEHE/*Munzig*, § 51 Rdnr. 32; *Meikel/Böhringer*, § 51 Rdnr. 119 mit 122; *Schaal*, RNotZ 2008, 569, 584).

12 Eine andere Ansicht erachtet den Wirksamkeitsvermerk nur als verfahrensrechtliches Mittel. Er sei lediglich hinweisend; er unterliege nicht den Regeln des Berichtigungsverfahrens und führe keine materiellrechtlichen, dem Gutgläubensschutz unterliegenden Wirkungen herbei. Vielmehr seien die Regeln der Richtigstellung anzuwenden (siehe *Hügel/Holzer*, § 22 Rdnr. 36 m. w. N., Rdnr. 92 ff.), was bedeutet, dass für die begehrte Eintragung kein Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) erforderlich ist, sondern das Grundbuchamt nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 26 FamFG) über die begehrte Eintragung des Vermerks zu befinden hat.

13 b) Nach beiden Ansichten hat die Zwischenverfügung keinen Bestand.

14 aa) Unterliegt die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks dem Richtigstellungsverfahren, so scheidet der Erlass einer Zwischenverfügung schon deshalb aus, weil kein Antragsverfahren vorliegt (*Demharter*, § 18 Rdnr. 26; *Hügel/Holzer*, § 22

Rdnr. 97). So wäre hier die Eintragung der Vormerkung unabhängig von einem Wirksamkeitsvermerk vorzunehmen. Die Frage, ob dieser ebenfalls einzutragen ist, hätte das Grundbuchamt nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen und unabhängig vom darauf gerichteten Antrag, der nur eine Anrengung darstellt, zu prüfen. Trägt es die Eigentumsvormerkung ohne den Wirksamkeitsvermerk ein, könnte der Antragsteller hiergegen mit der – unbeschränkten – Fassungsbeschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO vorgehen (*Hügel/Holzer*, § 22 Rdnr. 97; siehe auch Senat vom 11.7.2013, 34 Wx 271/13, Rpfleger 2014, 14).

15 bb) Aber auch im Verfahren nach § 22 GBO ist die Zwischenverfügung nicht berechtigt, weil der bezeichnete Hinderungsgrund nicht besteht.

16 (1) Allerdings liegt eine Zustimmung – bzw. in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine Berichtigungsbewilligung – der neben den Beteiligten zu 2 und 3 als Nacherbin mitberufenen Gabriele H., die deren Beeinträchtigung ausschliesse (*Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2113 Rdnr. 6; vgl. auch BayObLG, FGPrax 1997, 135, 136), nicht vor.

17 (2) Indessen ist nach den vorgenannten Grundsätzen die Eintragung entsprechend der für den Verbund geltenden Regelung in § 16 Abs. 2 GBO mit der Eintragung der Vormerkung vorzunehmen, wenn nachgewiesen ist, dass eine entgeltliche Verfügung des befreiten (§ 2136 mit § 2113 Abs. 2 BGB) Vorerben vorliegt (OLG Düsseldorf, FGPrax 2008, 94; *Demharter*, § 51 Rdnr. 35; DNotl -Report 2006, 125, 127). Der Nachweis muss regelmäßig nicht in der Form des § 29 GBO, da praktisch unmöglich, erbracht werden (Senat vom 2.9.2014, 34 Wx 415/13, juris; *Demharter*, § 51 Rdnr. 35; § 52 Rdnr. 24). Verboten ist dem befreiten Vorerben eine unentgeltliche Verfügung. Um eine solche handelt es sich, wenn dem von ihm aufgegebenen Nachlassgegenstand objektiv keine oder keine gleichwertige, regelmäßig in den Nachlass zu erbringende Gegenleistung gegenüber steht und der Vorerbe subjektiv das Fehlen oder die Ungleichwertigkeit der Gegenleistung erkannt hat oder nach dem Maßstab ordnungsgemäßer Verwaltung hätte erkennen müssen (BGH, NJW 1984, 366, 367; OLG Düsseldorf, FGPrax 2008, 94, 96; *Palandt/Weidlich*, § 2113 Rdnr. 10). Im Grundbuchverfahren ist der Nacherbenvermerk bereits dann zu löschen, wenn der Vorerbe die Entgeltlichkeit anhand von Erfahrungssätzen, Wahrscheinlichkeitserwägungen oder tatsächlichen Vermutungen hinreichend glaubhaft macht bzw. die allgemeine Lebenserfahrung für die Entgeltlichkeit des Geschäfts spricht (OLG Düsseldorf, a. a. O.), was regelmäßig bei Geschäften mit nicht verwandten – unbeteiligten – Dritten anzunehmen ist (Senat vom 2.9.2014; DNotl-Report 2006, 125, 127). Bei Geschäften mit – wie hier – nahen Angehörigen ist hingegen die vollständige Entgeltlichkeit zu belegen, etwa durch ein Wertgutachten (OLG Düsseldorf, a. a. O.; vgl. *Hügel/Zeiser*, § 51 Rdnr. 86).

18 (3) Diesen entsprechend für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks notwendigen Erfordernissen sind die Beteiligten in ausreichendem Maß nachgekommen, indem sie ein zeitnahe, in der Sache umfassendes und aussagekräftiges Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen zum Verkehrswert des verkauften Grundstücks vorgelegt haben. Das Gutachten weist – vorbehaltlich anderweitiger Er-

kenntnisse im Rahmen der in jedem Fall gebotenen Anhörung (siehe zu c) – nachvollziehbar einen Wert aus, der mit dem vereinbarten und dem Nachlass zugutekommenden Kaufpreis in Einklang zu bringen ist.

19 c) Die begehrte Eintragung kann mithin unabhängig vom zutreffenden verfahrensrechtlichen Weg (siehe zu a) nicht von der Vorlage einer Bewilligung (§ 19 GBO) der weiteren Nacherbin abhängig gemacht werden.

20 Der Senat weist aber darauf hin, dass vor einer etwaigen Eintragung des Wirksamkeitsvermerks für die Vormerkung im Verhältnis zum Nacherbenvermerk der betroffenen Nacherbin vom Grundbuchamt (formlos) Gehör zu gewähren ist (vgl. *Hügel/Holzer*, § 1 Rdnr. 121). Dies hat unmittelbar zu gelten, wenn man entsprechend den Regeln zur Löschung des Nacherbenvermerks verfährt (BayObLGZ 1994, 177, 179; *Demharter*, § 51 Rdnr. 37; *Hügel/Zeiser*, § 51 Rdnr. 109 m. w. N.; aus der Senatsrechtsprechung Beschlüsse vom 2.9.2014, 34 Wx 415/14; und vom 9.2.2015, 34 Wx 416/15, ZEV 2015, 345), ist im Übrigen aber auch bei Eintragung eines Vorrangvermerks im Richtigstellungsverfahren veranlasst (vgl. Senat vom 17.12.2013, 34 Wx 454/12, FGPrax 2014, 51). Denn nur so lässt sich die durch einen derartigen Vermerk ausgelöste Beschränkung des Nacherbenschutzes rechtfertigen.

21 Wegen der Form der Eintragung des Wirksamkeitsvermerks verweist der Senat auf § 18 GBV (siehe BGH, Rpfleger 1999, 383; BayObLG, Rpfleger 1998, 375).

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

8. Anordnung einer Betreuung trotz erteilter Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14

BGB § 104 Nr. 2, § 1896 Abs. 1a und 2

LEITSÄTZE:

1. Das krankheitsbedingte Fehlen eines freien Willens im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB hat das sachverständig beratene Gericht auch dann festzustellen, wenn sich der Betroffene gegen die Bestellung eines Betreuers allein wegen einer vermeintlich wirksamen Vorsorgevollmacht wendet (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 26.2.2014, XII ZB 577/13, FamRZ 2014, 830; und vom 14.1.2015, XII ZB 352/14, FamRZ 2015, 648).
2. Die Frage, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Vollmachterteilung nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig war, hat das Gericht nach § 26 FamFG von Amts wegen aufzuklären. Insoweit bedarf es nicht zwingend einer förmlichen Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nach

§ 280 Abs. 1 FamFG (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 19.8.2015, XII ZB 610/14, FamRZ 2015, 2047).

3. Kann die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht nicht positiv festgestellt werden, bleibt es bei der wirksamen Bevollmächtigung. Zweifel an einer wirksamen Bevollmächtigung, die auch nach den vom Gericht anzustellenden Ermittlungen verbleiben, führen nur dann zur Erforderlichkeit der Betreuung, wenn die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr eingeschränkt ist, entweder weil Dritte die Vollmacht unter Berufung auf diese Bedenken zurückgewiesen haben oder weil Entsprechendes konkret zu besorgen ist (Abgrenzung zu Senatsbeschlüssen vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, FamRZ 2011, 285; und vom 19.8.2015, XII ZB 610/14, FamRZ 2015, 2047).

SACHVERHALT:

1 A. Die im Jahr 1928 geborene Betroffene wendet sich gegen die Anordnung ihrer Betreuung. Sie meint, die Betreuung sei wegen einer Bevollmächtigung nicht erforderlich.

2 Die Betroffene leidet an einem mittelschweren hirnrorganischen Psychosyndrom im Rahmen eines senilen Demenzprozesses. Sie hat der Beteiligten zu 1, ihrer Tochter, und dem Beteiligten zu 2, ihrem Ehemann, am 10.1.2009 für den Fall ihrer Erkrankung eine Generalvollmacht erteilt, mit der beide zusammen oder einzeln für die Betroffene handeln können.

3 Das AG hat die Tochter für die Aufgabenkreise Sorge für die Gesundheit, Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen und sonstigen Institutionen, Entgegennahme, Öffnen der Post und Vertretung in Gerichtsverfahren zur Betreuerin für die Betroffene bestellt. Für den Fall ihrer Verhinderung hat es den Ehemann zum Ersatzbetreuer bestellt. Das LG hat die Beschwerde der Betroffenen zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer Rechtsbeschwerde.

(...)

5 Das LG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

6 Dass die medizinische Notwendigkeit zum Zeitpunkt des Beschlusses für die Betreuerbestellung vorgelegen habe, werde von der Beschwerde nicht angegriffen. Die von der Betroffenen am 10.1.2009 erteilte Generalvollmacht schließe die Anordnung der Betreuung nicht aus, da auch nach umfangreicher Beweisaufnahme nicht zweifelsfrei feststehe, dass die Betroffene zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung geschäftsfähig gewesen sei.

7 Zwar hätten die von der Betroffenen benannten Zeugen keine Zweifel an ihrer Geschäftsfähigkeit im Zeitpunkt der Vollmachterteilung gehabt. Jedoch habe der Zeuge L. bei seiner Vernehmung widerspruchsfrei ausgesagt, im Rahmen der von ihm durchgeführten neurologischen Behandlung sei es bei der ersten Vorstellung im August 2008 um wahnhaftige Inhalte, Halluzinationen und Beziehungs-ideen gegangen. Er habe bei der Betroffenen eine schizophreiforme Störung festgestellt und den Verdacht auf eine beginnende Demenz gehabt. Aus einem in seinen Unterlagen befindlichen Patientenfragebogen habe sich ergeben, dass die Betroffene bereits in den Jahren 2007 und 2008 wegen Stimmenhörens in neurologischer oder psychiatrischer Behandlung gewesen sei. Die Betroffene habe auch ihm berichtet, dass sie Stimmen höre, sich verfolgt und beobachtet fühle.

8 Die Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung seien durch die Begutachtungen des Sachverständigen B. bestätigt worden. Dieser sei zu dem Ergebnis gekommen, dass es bereits im Jahre 2008 zu einem Schlaganfallereignis bei der Betroffenen gekommen sein könne, zumal bildgebende Verfahren im Februar 2009 einige zerebrale Defekte nach Schlagan-

fällen und geringe mikropathologische Veränderungen gezeigt hätten. Zumindest seien aber zerebrale Durchblutungsstörungen mit einer gewissen Symptomatik festzuhalten. Dabei sei kennzeichnend, dass zwar eine zeitweilige Symptomatik vorhanden sei, nach Rückbildung aber keine Krankheitsanzeichen in dieser Hinsicht mehr bestünden. Der Sachverständige habe auch auf den Befundbericht des Zeugen L. vom 14.8.2008 Bezug genommen, wonach die Betroffene unter anderem an Halluzinationen leide, die zeitweilig vorhanden gewesen seien und an eine schizophrene Störung denken ließen. Damit bestünden im Ergebnis Bedenken, dass die Betroffene bei der Erteilung der Generalvollmacht die Fähigkeit besessen habe, die Bedeutung der abgegebenen Willenserklärung zu erkennen und nach dieser Erkenntnis zu handeln.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

10 1. Die bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht den Schluss des LG, dass trotz der erteilten Vollmacht eine Betreuung erforderlich ist.

11 a) Ebenso wie die – eine Betreuung erfordernde – Krankheit mit hinreichender Sicherheit feststehen muss, eine bloße Verdachtsdiagnose also nicht ausreicht (Senatsbeschluss vom 16.5.2012, XII ZB 584/11, FamRZ 2012, 1210 Rdnr. 7 m. w. N.), genügt ein bloßer Verdacht nicht, um die Vermutung der Wirksamkeit einer vorliegenden Vollmachtsurkunde zu erschüttern. Kann die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht nicht positiv festgestellt werden, bleibt es somit bei der wirksamen Bevollmächtigung. Soweit die frühere Senatsrechtsprechung dem widerspricht (vgl. Senatsbeschlüsse vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, FamRZ 2011, 285 Rdnr. 11; und vom 19.8.2015, XII ZB 610/14, FamRZ 2015, 2047 Rdnr. 27 m. w. N.), hält der Senat daran nicht fest.

12 Ob eine bestehende Vollmacht dann, wenn sie in Zweifel gezogen wird, dem Bevollmächtigten ermöglicht, die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie durch einen Betreuer zu besorgen (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB), ist eine nachgeordnete Frage, die sich erst stellt, wenn die Frage der Wirksamkeit der Vollmacht ausermittelt ist (vgl. BeckOGK-BGB/*Schmidt-Recla*, Stand: November 2015, § 1896 Rdnr. 235; *Erman/Roth*, BGB, 14. Aufl., § 1896 Rdnr. 41) und nicht positiv festgestellt werden kann, ob sie wirksam oder unwirksam ist. Bleiben Bedenken, kommt es darauf an, ob die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr eingeschränkt ist, entweder weil Dritte die Vollmacht unter Berufung auf diese Bedenken zurückgewiesen haben oder weil entsprechendes konkret zu besorgen ist (so auch OLG München, NJW-RR 2009, 1599, 1602 f.; MünchKomm-BGB/*Schwab*, 6. Aufl., § 1896 Rdnr. 51; BeckOGK-BGB/*Schmidt-Recla*, Stand: November 2015, § 1896 Rdnr. 236; *Erman/Roth*, BGB, 14. Aufl., § 1896 Rdnr. 41; jurisPK-BGB/*Bieg*, Stand: 26.10.2015, § 1896 Rdnr. 52).

13 b) Gemessen hieran genügen die bislang getroffenen Feststellungen des LG nicht, um die Erforderlichkeit der Betreuung bejahen zu können.

14 aa) Das LG ist freilich in nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass Bedenken gegen die Wirksamkeit der erteilten Vollmacht bestünden.

15 (1) Allerdings rügt die Rechtsbeschwerde zu Recht, dass der später bestellte Gutachter B. an der Einvernahme der Zeugen – mit Ausnahme der Einvernahme des Zeugen L. – nicht teilgenommen habe. Dabei weist die Rechtsbeschwerde auch zutreffend darauf hin, dass die Zeugenvernehmung ausweislich des Beweisbeschlusses des LG im Beisein des Sachverständigen stattfinden sollte. Zwar war in dem Beweisbeschluss noch der Sachverständige S. benannt, der an der Vernehmung der Zeugen auch tatsächlich teilgenommen hat. Jedoch hat das LG ihn später entpflichtet und an seiner Stelle den Sachverständigen B. zum Gutachter bestellt.

16 Gleichwohl ist das vom LG gewählte Verfahren auch vor dem Hintergrund des ursprünglichen Beweisbeschlusses aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der umfangreichen Protokollierung der Zeugenvernehmung im Termin vom 23.1.2013 sind sowohl die Fragen zu entnehmen, die der Sachverständige S. ergänzend an die Zeugen gerichtet hat, als auch die entsprechenden Antworten. Wie sich vor allem aus seiner ergänzenden Anhörung im Termin vom 9.7.2014 ergibt, hat der Sachverständige B. die Zeugenaussagen bei seiner Begutachtung verwertet, ist aber zu dem Ergebnis gelangt, dass die Aussagen – ihre Richtigkeit unterstellt – die Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen nicht hätten entkräften können, weil die krankheitsbedingten Ausfälle der Betroffenen ihrer Natur nach nur temporär aufgetreten sein könnten. Ersichtlich hat der Sachverständige die ihm vorliegenden ärztlichen Befunde als maßgeblich erachtet.

17 Dass das LG bei dieser Verfahrenslage davon Abstand genommen hat, die Zeugen nochmals, nunmehr im Beisein des Sachverständigen B., zu vernehmen, liegt noch im tatrichterlichen Ermessen.

18 (2) Ebenso wenig verfährt die Rüge der Rechtsbeschwerde, das vom LG zugrunde gelegte Gutachten des Sachverständigen B. genüge nicht den Anforderungen, die die Senatsrechtsprechung an ein Gutachten in Betreuungssachen gemäß § 280 FamFG stelle.

19 Die Frage, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Vollmachterteilung nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig war, hat das Gericht nach § 26 FamFG von Amts wegen aufzuklären. Insofern bedarf es – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – nicht zwingend einer förmlichen Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 280 Abs. 1 FamFG. Das ändert freilich nichts an dem Umstand, dass regelmäßig jedenfalls die Einholung einer fachärztlichen Stellungnahme erforderlich sein wird. Dabei steht es jedoch – anders als im Fall des § 280 FamFG – im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es im Wege des Frei- oder Strengbeweises vorgeht (§ 30 Abs. 1 FamFG, vgl. Senatsbeschluss vom 19.8.2015, XII ZB 610/14, FamRZ 2015, 2047 Rdnr. 31 f.).

20 (3) Nach alledem hat das LG die Frage der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung im Sinne von §§ 26, 30 FamFG hinreichend ausermittelt.

21 bb) Das LG hat sich von seinem Rechtsstandpunkt folgerichtig allerdings nicht die Frage vorgelegt, ob Anhaltspunkte für eine mangelnde Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr bestehen. Dies wird es nachzuholen haben.

22 2. Die angefochtene Entscheidung kann auch deshalb nicht bestehen bleiben, weil das LG nicht festgestellt hat, ob ein freier Wille der Betroffenen im Sinne von § 1896 Abs. 1a BGB der Bestellung eines Betreuers entgegensteht.

23 a) Nach § 1896 Abs. 1a BGB darf gegen den freien Willen eines Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden. Die Annahme eines freien Willens im Sinne von § 1896 Abs. 1a BGB setzt dabei Einsichts- und Handlungsfähigkeit voraus. Der Betroffene muss mithin in der Lage sein, im Grundsatz die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen und gegeneinander abzuwägen, sowie nach der gewonnenen Erkenntnis zu handeln, also die sich daraus ergebenden Schlüsse in Bezug auf die Einrichtung einer Betreuung umzusetzen. Das krankheitsbedingte Fehlen eines solchen freien Willens hat das sachverständig beratene Gericht festzustellen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 26.2.2014, XII ZB 577/13, FamRZ 2014, 830 Rdnr. 11 ff.; und vom 14.1.2015, XII ZB 352/14, FamRZ 2015, 648 Rdnr. 10 ff.).

24 b) An einer diesen rechtlichen Vorgaben genügenden Feststellung, dass es der Betroffenen am freien Willen mangelt, fehlt es. Weder die amtsgerichtliche noch die landgerichtliche Entscheidung verhalten sich hierzu. Ebenso wenig enthalten die beiden Gutachten der Sachverständigen S. und B. Ausführungen zum freien Willen im Zeitpunkt der Begutachtung.

25 Die Gerichte waren nicht etwa deshalb von entsprechenden Ermittlungen entbunden, weil die Betreuungsbedürftigkeit der Betroffenen dem Grunde nach nicht im Streit war und mit der Beschwerde sowie mit der Rechtsbeschwerde allein die Wirksamkeit der Vollmacht zur Überprüfung gestellt wurde. Denn spätestens mit ihrer Beschwerde hat die Betroffene dokumentiert, dass die Bestellung der Betreuerin nicht ihrem Willen entspricht, sodass die Voraussetzungen des § 1896 Abs. 1a BGB von Amts wegen zu prüfen waren.

26 III. Gemäß § 74 Abs. 5 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben. Die Sache ist, da noch weitere Ermittlungen durchzuführen sind, an das LG zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG).

27 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

28 Sollten die weiteren Feststellungen ergeben, dass eine Betreuung trotz der Bevollmächtigung erforderlich ist, wird das LG zu erwägen haben, die dann noch durchzuführende Begutachtung der Betroffenen zum freien Willen auch auf die – die Betreuung im Sinne von § 1896 Abs. 1 BGB erforderlich machende – Erkrankung zu erstrecken. Zwar war dies bereits Gegenstand der Begutachtung des Sachverständigen S. Vor dem Hintergrund, dass dieser vom LG entpflichtet worden ist, nachdem er mitgeteilt hatte, kein Facharzt für Psychiatrie und „seit Jahren nicht mehr praktisch nervenheilkundlich tätig“ gewesen zu sein, dürfte eine erneute Begutachtung durch einen die erforderliche Sachkunde aufweisenden Sachverständigen geboten sein, zumal der Sachverständige B. in seinem Gutachten allein die Beweisfrage beantwortet hat, ob die Betroffene die Vollmacht wirksam erteilt habe.

29 Schließlich wird das LG – nach Vorlage des Sachverständigengutachtens – zu erwägen haben, die Betroffene selbst an-

zuhören (vgl. Senatsbeschluss vom 2.12.2015, XII ZB 227/12, juris Rdnr. 8 ff.).

(...)

9. Kein Anspruch des Versorgungsausgleichspflichtigen auf interne Teilung

KG, Beschluss vom 8.3.2016, 13 UF 178/15

BGB § 1353 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Im Versorgungsausgleichsrecht ist ein Anspruch des insgesamt ausgleichspflichtigen Ehegatten, dass der andere, ausgleichsberechtigte Ehegatte verpflichtet wird, einer von ihm gewünschten „Saldierungsabrede“ zuzustimmen, wonach die Anrechte des ausgleichsberechtigten Ehegatten in der gesetzlichen Rentenversicherung zunächst „intern“ mit dem Anrecht des ausgleichspflichtigen Ehegatten auf eine Beamtenversorgung verrechnet werden und sodann nur noch der verbleibende „Spitzenbetrag“ aus der Beamtenversorgung zugunsten des ausgleichsberechtigten Ehegatten extern, durch Begründung von Anrechten in der gesetzlichen Rentenversicherung geteilt wird, nicht anzuerkennen.**
- 2. Den Ehegatten steht es allerdings frei, eine entsprechende „Saldierungsabrede“ einvernehmlich in notarieller Form mit dem Ziel abzuschließen, dass dem ausgleichspflichtigen, verbeamteten Ehegatten ein größerer Anteil seiner Beamtenpension verbleibt und er im Gegenzug dafür auf die Übertragung eines wertmäßig entsprechenden Anrechts des anderen, insgesamt ausgleichsberechtigten Ehegatten aus dessen gesetzlicher Rentenversicherung verzichtet; an eine derartige Abrede ist das Familiengericht regelmäßig gebunden.**

SACHVERHALT:

1 Der Ehemann wendet sich gegen die Entscheidung über den Versorgungsausgleich im Scheidungsverbundbeschluss des Familiengerichts (...). Mit dieser Entscheidung hat das Familiengericht den Versorgungsausgleich durchgeführt und die jeweiligen Anrechte der Ehegatten in der gesetzlichen Rentenversicherung intern geteilt, das Anrecht des Ehemannes auf eine Beamtenversorgung (...) durch Begründung eines Anrechts zugunsten der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung extern geteilt sowie schließlich ein Anrecht der Ehefrau auf eine betriebliche Altersversorgung extern geteilt und den Träger der betrieblichen Altersversorgung, ein Lebensversicherungsunternehmen, verpflichtet, den entsprechenden Kapitalbetrag nebst 3,25 % Zinsen hieraus an den vom Ehemann ausgewählten Zielversorgungsträger, einen anderen Lebensversicherer, zu zahlen. (...)

2 Der Ehemann meint, der Versorgungsausgleich sei aufgrund der außergewöhnlich langen Trennungszeit wegen grober Unbilligkeit teilweise auszuschließen: Die Beteiligten hätten – unstrittig – am 9.6.1984 miteinander die Ehe geschlossen und sich nach etwa 19 Jahren, im November 2003, getrennt. Der Scheidungsantrag sei –

ebenfalls unstrittig – im Januar 2014 zugestellt worden, sodass sich eine Ehezeit vom 1.6.1984 bis zum 31.12.2013 ergebe. Damit habe die Ehezeit zwar etwa 29 Jahre betragen, aber die Ehegatten hätten – unstrittig – nur etwa 19 Jahre in intakter Ehe zusammengelebt; etwa 10 Jahre, ein Drittel der Ehezeit, hätten sie getrennt voneinander gelebt. Der durchzuführende Versorgungsausgleich sei deshalb um etwa ein Drittel zu kürzen; er sei nur durchzuführen für den Zeitraum vom 1.6.1984 bis zum 31.10.2003, in dem die Ehegatten zusammen gelebt haben und im Übrigen, also in Bezug auf den Zeitraum bis zum 31.12.2013 auszuschließen. Weiter ist der Ehemann der Auffassung, die Ehefrau sei vom Familiengericht zur Zustimmung zu der von ihm geforderten Saldierungsabrede zu verpflichten. Er fordert eine interne Saldierung der wechselseitigen Anrechte der Ehegatten dergestalt, dass die rechnerisch ihm zustehende Hälfte der ehezeitlichen Anrechte der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung (Ost- und Westanrechte) zunächst intern saldiert werden mit dem Anspruch der Ehefrau auf wertmäßig hälftige Beteiligung an seiner Beamtenpension; die Saldierung habe in der Weise zu erfolgen, dass er wertmäßig auf die ihm zustehenden Anrechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung der Ehefrau verzichte und die Ehefrau im Gegenzug nur noch einen entsprechend geringeren Wertanteil aus seiner Beamtenversorgung erhalte, sodass im praktischen Ergebnis nur der „Spitzenbetrag“ seiner Beamtenversorgung zugunsten der Ehefrau extern durch Begründung eines Anrechts zu ihren Gunsten in der gesetzlichen Rentenversicherung geteilt werde. Im praktischen Ergebnis bedeute dies, dass er auf die rechnerisch ihm zustehenden Anrechte der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung „verzichte“, dafür aber einen höheren Anteil seiner Beamtenpension behalte. Der Ehemann meint, eine Saldierung führe zu keinen Nachteilen für die Ehefrau, weil sie wertmäßig genau dasjenige erhalte, was ihr zustehe, wohingegen sich für ihn, weil er einen größeren Anteil seiner Beamtenpension behalten könne, ganz erhebliche Vorteile ergäben. Aufgrund der nahehelichen Solidarität sei die Ehefrau verpflichtet, seinem Verlangen nach zu kommen. (...)

3 Die Ehefrau tritt der Beschwerde entgegen und verteidigt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die familiengerichtliche Entscheidung als zutreffend und richtig. Insbesondere meint sie, dass weder der begehrte partielle Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgrund einer außergewöhnlich langen Trennungszeit in Betracht komme, noch dass sie vom Familiengericht zwangsweise verpflichtet werden könne, der vom Ehemann geforderten „Saldierungsabrede“ zuzustimmen. Im weiteren Verfahrensverlauf hat sie mitgeteilt, einer einvernehmlichen Saldierungsvereinbarung zustimmen zu wollen. (...)

6 Der Senat hat den Beteiligten wiederholt umfangreiche Hinweise erteilt und angekündigt, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden. (...) In diesen Schreiben hat der Senat seine Auffassung dargelegt, dass ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgrund der langen Trennungszeit der Beteiligten nicht in Betracht komme, da die lange Trennungszeit für sich genommen noch nicht zur Annahme einer groben Unbilligkeit führe. Ein teilweiser Ausschluss des Versorgungsausgleichs komme vielmehr nur in Betracht, wenn über die lange Trennungszeit hinaus besondere Umstände vorlägen, die geeignet seien, aufgrund einer Gesamtabwägung unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen, sozialen und persönlichen Verhältnisse eine Kürzung des Versorgungsausgleichs zu rechtfertigen. Hieran fehle es. In Bezug auf die Forderung des Ehemannes, zunächst sein Anrecht aus der Beamtenpension mit denjenigen der Ehefrau aus der gesetzlichen Rentenversicherung zu saldieren und lediglich den „Spitzenbetrag“ aus seiner Beamtenpension zugunsten der Ehefrau extern zu teilen, hat der Senat darauf hingewiesen, dass der Wunsch zwar nachvollziehbar sei, zumal eine derartige Verrechnungsabrede nach der Rechtsprechung zulässig sei. Indessen hat der Senat dargelegt, dass er ganz erhebliche Zweifel habe, ob der Abschluss einer derartigen Verrechnungsvereinbarung gegen den Willen eines Ehegatten durchgesetzt werden könne: Aus der Verpflichtung der Beteiligten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1 BGB) dürfe sich ein ent-

sprechender Anspruch kaum ergeben, weil beim Maß der ehelichen Solidarität danach zu differenzieren sei, ob Solidarität in einer intakten Ehe, zwischen getrennt lebenden Ehegatten oder zwischen geschiedenen Ehegatten eingefordert werde. Der Hinweis, dass § 1353 BGB die Grundlage für eine ganze Reihe von nahehelichen Solidaritätspflichten zwischen Ehegatten wie etwa den Anspruch eines Ehegatten auf Zustimmung zum begrenzten Realsplitting (§ 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG) bilde, führe ebenfalls nicht weiter, weil es für die hier gegebene Konstellation, anders als etwa im Unterhaltsrecht mit § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG gerade keine gesetzliche Regelung gebe, die eine derartige Rechtsfolge – Saldierung – anordne. Im Gegenteil sehe das Gesetz ausdrücklich vor, dass jedes einzelne Versorgungsanrecht separat betrachtet und innerhalb des jeweiligen Systems intern bzw. bei landesrechtlichen Beamtenversorgungen extern geteilt werde: Die vom Ehemann beklagte Rechtsfolge sei vom Gesetz gewollt. Von der Regelung in § 16 Abs. 1 VersAusglG könne nur im Konsensweg, durch einvernehmlich getroffene Regelung, abgewichen werden. Der Entscheidung des AG Oranienburg vom 24.4.2015 (38 F 3/15, FamRB 2015, 341 mit Anmerkung *Götsche*), auf die der Ehemann sich zur Begründung seiner Rechtsauffassung stütze, vermöge der Senat sich nicht anzuschließen.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

8 II. 2. Die Beschwerde ist nach Maßgabe des Tenors auch begründet; im Übrigen erweist sie sich als unbegründet und war insoweit daher zurückzuweisen. Im Einzelnen:

9 a) Der Ausspruch zum Versorgungsausgleich war abzuändern, nachdem die Ehegatten im Verlauf des Beschwerdeverfahrens am 15.12.2015 in notarieller Urkunde (...) vereinbart haben, den Versorgungsausgleich zu modifizieren. Von ihnen wurde vereinbart, dass der Ehemann auf die Übertragung der ihm eigentlich zustehenden hälftigen Anrechte der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung verzichtet, wohingegen die Ehefrau im Gegenzug auf denjenigen Teil der Anrechte auf Beamtenversorgung des Ehemannes verzichtet, der wertmäßig den Anrechten entspricht, die sie aus ihrer gesetzlichen Rentenversicherung an den Ehemann hätte übertragen müssen. Der wechselseitige Verzicht hat zur Folge, dass ein Ausgleich der Anrechte der Ehefrau in der gesetzlichen Rentenversicherung vollständig unterbleibt und die Anrechte des Ehemannes auf eine Beamtenpension nur noch teilweise, in Höhe eines Spitzenbetrages, ausgeglichen werden. Die Ehegatten haben weiter vereinbart, dass der vom Ehemann erklärte Verzicht sich auch auf eventuelle weitere, der Ehefrau im Rahmen der Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung durch die „Mütterrente“ zustehende Anrechte erstreckt sowie schließlich, dass der Versorgungsausgleich im Übrigen – nämlich in Bezug auf den Ausgleich des Anrechts des Ehemannes in der gesetzlichen Rentenversicherung (...) und desjenigen der Ehefrau auf eine betriebliche Altersversorgung (...) – den gesetzlichen Vorschriften entsprechend durchgeführt werden soll.

10 An diese Vereinbarung ist das Gericht gebunden (§ 6 Abs. 2, § 8 Abs. 1 VersAusglG), weil die Beteiligten in formgerechter, notariell beurkundeter Vereinbarung (§ 7 Abs. 1 VersAusglG) erklärt haben, auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs teilweise zu verzichten und nach Aktenlage keine Gründe dafür vorliegen, dass ihre Vereinbarung einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht standhält (§ 8 Abs. 1 Vers-

AusglG): Es ist nicht ersichtlich, dass die Beteiligten, wenn von einer regelgerechten, „ungekürzten“ Durchführung des Versorgungsausgleichs abgesehen wird, Nachteile für ihre jeweilige, künftige Altersversorgung hinnehmen müssten: Vielmehr ist eine derartige Verrechnungsabrede nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 30.4.2014, XII ZB 668/12, FamRZ 2014, 1179, juris LS, Rdnr. 15, 23 ff.) zulässig; ihr Abschluss wird in der Literatur in Konstellationen wie der vorliegenden allgemein als sachgerecht empfohlen (vgl. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 865, 916; *Hauß/Bührer*, Versorgungsausgleich und Verfahren in der Praxis, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 281 f.; sowie *Palandt/Brudermüller*, 75. Aufl. 2016, § 8 VersAusglG Rdnr. 3). Auch der Senat hat solche Saldierungsvereinbarungen bereits gutgeheißen, weil der Ehemann als Beamter sich auf diese Weise eine bessere Absicherung für den Invaliditätsfall erhält – der Erwerb von Anrechten in der gesetzlichen Rentenversicherung führt beim Ehemann nämlich möglicherweise nicht dazu, dass er dort auch eine Invaliditätsabsicherung erlangt (vgl. *Hauß/Bührer*, Versorgungsausgleich und Verfahren in der Praxis, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 281) – und weil die zeitliche Lücke in der Altersversorgung, die sich nach dem derzeit geltenden Beamten- und Rentenrecht ergeben dürfte – Einsetzen der Beamtenpension bereits ab dem vollendeten 65. Lebensjahr, Rentenbeginn grundsätzlich erst ab dem 67. Lebensjahr – sich wertmäßig weniger stark auswirkt.

11 b) Mit dem Abschluss der notariellen Vereinbarung vom 15.12.2015 hat der Ehemann zwar schon konkludent zu verstehen gegeben, dass er an seiner ursprünglichen Forderung nach einem teilweisen Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgrund einer außergewöhnlich langen Trennungszeit nicht mehr festhält. Aber er hat seinen entsprechenden Beschwerdeantrag weder eingeschränkt noch teilweise zurückgenommen, sodass sein Antrag insoweit aus den im Schreiben des Senats an die Beteiligten vom 4.9.2015 dargelegten Gründen zurückzuweisen war; hierauf wird Bezug genommen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Dr. **Ludwig Bergschneider**, München

Die Saldierung von Anrechten spielt neben deren Verzicht und Teilverzicht die größte Rolle bei Scheidungsvereinbarungen zum Versorgungsausgleich. Dabei bietet die Versorgung von Landesbeamten am häufigsten Anlass für eine Saldierung, wie der vorstehende Beschluss zeigt.

Beispiel: Beide Ehegatten sind Landesbeamte. Der Ehemann hat ehezeitliche Anrechte in Höhe von monatlich 800 Euro, die Ehefrau solche von monatlich 500 Euro. Im Gegensatz zu Bundesbeamten ist für Landesbeamte bei der Scheidung keine interne Teilung ihrer Anrechte vorgesehen.⁶ Vielmehr ist der VA nach § 16 VersAusglG extern in der Weise durchzuführen, dass ihre beiderseitigen ehezeitlichen Anrechte aus einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis,

also meist einer Beamtenversorgung, durch Begründung je eines Anrechts in der gesetzlichen Rentenversicherung des anderen Ehegatten auszugleichen sind. Das bedeutet in unserem Beispiel, dass von den Anrechten des Ehemannes der Hälftebetrag als Ausgleichswert zugunsten der Ehefrau in die gesetzliche Rentenversicherung übergeht, also monatlich 400 Euro. Ebenso geht der Hälftebetrag der Anrechte der Ehefrau als Ausgleichswert zugunsten des Ehemannes in die gesetzliche Rentenversicherung, also monatlich 250 Euro. Es ist anzunehmen, dass beide Ehegatten wenig daran interessiert sind, Anrechte ihrer Beamtenversorgung in dieser Höhe zu verlieren und dafür Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung zu erwerben, was z. B. im Fall einer Invalidität unangenehme Folgen haben und schließlich auch zu einem unterschiedlichen Versorgungseintritt führen kann. Sie können dieses Ergebnis jedoch durch die Vereinbarung einer Saldierung ihrer beiderseitigen Ausgleichswerte aus der Beamtenversorgung vermeiden und zwar dadurch, dass die Ehefrau ihre Anrechte aus der Beamtenversorgung ungeschmälert behält, während der Ehemann nicht 400 Euro in die gesetzliche Rentenversicherung der Ehefrau ausgleicht, sondern lediglich 150 Euro.

In der vorliegenden Entscheidung des KG waren zwar nicht beide Ehegatten Landesbeamte, sondern nur der Ehemann. Hat er die Hälfte seiner ehezeitlichen Anrechte aus der Beamtenversorgung an die Ehefrau extern auszugleichen, so bedeutet dies für die Ehefrau eine Erhöhung ihrer insgesamt bestehenden Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung, was unproblematisch ist. Die Anrechte der Ehefrau, die sie ja nur in der gesetzlichen Rentenversicherung hat, sind jedoch zugunsten des Ehemannes in der Weise extern auszugleichen, dass sich dadurch nicht die Anrechte des Ehemannes in der Beamtenversorgung erhöhen, sondern sie in der gesetzlichen Rentenversicherung zu begründen sind. Damit der Ehemann möglichst hohe Anrechte in der Beamtenversorgung behält, kann auch hier eine Saldierung vorgenommen werden, wie sie gemäß der Rechtsprechung des BGH für zulässig angesehen wird.⁷ Eine solche Saldierung ist jedoch nur im Wege einer Vereinbarung möglich. Wie es das KG richtig sieht, hat der Ehemann keinen Anspruch, dass die Ehefrau der Saldierung zustimmt.

Als Ausgleichswert, der beiderseits in die Saldierung eingestellt wird, legt man in der Praxis meist den korrespondierenden Kapitalwert im Sinne von § 47 VersAusglG zugrunde. Da der korrespondierende Kapitalwert aber nur eine Hilfsgröße darstellt, sollte in der Vereinbarung auf diesen unvollkommenen Charakter hingewiesen werden. Wer es aber genau haben will, muss ein (teures) versicherungsmathematisches Gutachten einholen, wobei auch die unterschiedliche Einkommensteuer zwischen der Beamtenversorgung und der gesetzlichen Rentenversicherung zu beachten ist.⁸

Interessant können Saldierungen nicht nur bei Anrechten aus einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis, sondern

7 Vgl. BGH, Beschluss vom 30.4.2014, XII ZB 668/12, FamRZ 2014, 1179.

8 Vgl. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 5. Aufl. 2014, Rdnr. 907, 914 ff. mit Formulierungsmustern.

6 Vgl. *Palandt/Brudermüller*, 75. Aufl. 2016, § 16 VersAusglG Rdnr. 5.

auch aus Betriebsrenten und privaten Altersversorgungen sein. Dabei sollte jedoch bedacht werden, dass Betriebsrenten erhebliche Stabilitäts-, Leistungs- und Finanzierungsunterschiede aufweisen und Lebensversicherungen zwar grundsätzlich aus einem Deckungskapital bezahlt werden, jedoch die Renditeerwartungen und der Rechnungszins oft variieren, sie also nur beschränkt vergleichbar sind. Die Einholung eines versicherungsmathematischen Gutachtens ist für eine Saldierung in solchen Fällen jedoch nur dann erforderlich, wenn es sich um Ausgleichswerte von erheblicher Bedeutung handelt und man sich aus der Saldierung besondere Vorteile erwartet. Bei Ausgleichswerten von geringer Bedeutung, insbesondere wenn es sich um mehrere kleine Lebensversicherungen handelt, kann eine Saldierung aber oft in Betracht gezogen werden, um eine Versorgungszersplitterung zu vermeiden.

Fondsgebundene Versorgungen eignen sich regelmäßig nicht zur Saldierung, insbesondere deshalb nicht, weil sie regelmäßig in geringerem oder größerem Umfang sehr unterschiedlich volatierende Werte im Portefeuille haben.

Der Beschluss des KG befasst sich auch noch mit einem zweiten Problem, nämlich der Frage der Unbilligkeit des Versorgungsausgleichs im Sinne von § 27 VersAusglG wegen langer Trennungsdauer. Der Senat folgt dabei der allgemeinen Rechtsprechung, dass eine lange Trennungszeit für sich genommen noch nicht zur Annahme einer groben Unbilligkeit genügt.⁹ Ein teilweiser Ausschluss des Versorgungsausgleichs kommt vielmehr nur in Betracht, wenn über die lange Trennungszeit hinaus besondere Umstände vorliegen, die geeignet sind, aufgrund einer Gesamtabwägung unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen, sozialen und persönlichen Verhältnisse eine Kürzung des Versorgungsausgleichs zu rechtfertigen. Das KG kommt schließlich zutreffend zu dem Ergebnis, dass in dem zu entscheidenden Fall die für eine grobe Unbilligkeit erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Aber auch bei einem solchen Sachverhalt könnten die Beteiligten eine Vereinbarung treffen, wonach z. B. die Trennungszeit oder ein Teil davon nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen wird, eventuell gegen eine Kompensation.

⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 19.5.2004, XII ZB 14/03, FamRZ 2004, 1181.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

10. Nachweis der Erbfolge durch eigenhändiges Testament gegenüber einer Bank

BGH, Urteil vom 5.4.2016, XI ZR 440/15

BGB § 2231

LEITSATZ:

Der Erbe kann sein Erbrecht auch durch Vorlage eines eröffneten eigenhändigen Testaments belegen, wenn dieses die Erbfolge mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit nachweist (Fortführung Senatsurteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432).

SACHVERHALT:

1 Die Kläger nehmen die beklagte Sparkasse auf Erstattung von Gerichtskosten für die Erteilung eines Erbscheins in Anspruch.

2 Die Erblasserin, die im August 2013 verstorbene Mutter der beiden Kläger, unterhielt bei der Beklagten mehrere Konten, darunter auch Sparkonten. Am 22.8.1988 errichtete sie gemeinsam mit ihrem im Jahr 2001 verstorbenen Ehemann, dem Vater der Kläger, ein handschriftliches Testament. Darin heißt es auszugsweise:

„Die endunterzeichneten Ehegatten (...) setzen sich gegenseitig als Erben ein.

Nach dem Ableben des letzten von uns geht das zu diesem Zeitpunkt vorhandene Vermögen auf unsere beiden aus unserer ehelichen Verbindung geborenen Kinder ... über. Sollte bis zu diesem Zeitpunkt eines unserer Kinder durch Tod schon aus der Erbfolge ausgeschieden sein, werden diese Rechte an die Kinder unserer Kinder weitergegeben. Unsere Enkelkinder bzw. deren Kinder sind gemäß der gesetzlichen Erbfolge unsere Erben.

Fordert beim Tode des Erstverstorbenen eines unserer Kinder sein Pflichtteil, soll es auch beim Tode des Letztverstorbenen nur den Pflichtteil erhalten. (...)

3 Das Testament wurde nach dem Tod des Vaters der Kläger am 20.11.2001 eröffnet und der Beklagten vorgelegt. Nach dem Tod der Mutter der Kläger wurde es von dem zuständigen AG am 26.9.2013 erneut eröffnet. Im Oktober 2013 forderte die Klägerin zu 1) die Beklagte unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Testaments und des Eröffnungsprotokolls zur Freigabe der von ihrer Mutter bei der Beklagten unterhaltenen Konten auf. Dabei handelte sie auch im Namen und mit Vollmacht des Klägers zu 2). Mit Schreiben (...) lehnte die Beklagte dies mit der Begründung ab, dass in dem Testament nicht ein Erbe, sondern ein Vermächtnisnehmer genannt sei und sie deshalb die Vorlage eines Erbscheins verlangen müsse. Auf ein erneutes Schreiben der Klägerin zu 1) antwortete die Beklagte (...), sie werde das handschriftliche Testament anerkennen, wenn das Gericht bestätige, dass in dem Testament zwei Erben genannt seien.

4 Daraufhin erwirkten die Kläger bei dem zuständigen AG die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, wonach sie zu je 50 %-Anteil Erben nach ihrer Mutter sind. Dafür verauslagten sie Gerichtskosten i. H. v. 1.770 €. Außer den bei der Beklagten geführten Konten gehörte zum Nachlass nur noch ein Guthaben bei einer anderen Bank, die jedoch die Vorlage eines Erbscheins nicht verlangte.

5 Nach Einschaltung der Kundenbeschwerdestelle bei dem Rheinischen Sparkassen- und Giroverband gab die Beklagte die Konten zugunsten der Kläger frei. Eine Übernahme der Kosten der Erbscheinerteilung lehnte sie entgegen dem Schlichtungsvorschlag (...) ab.

6 Mit der Klage haben die Kläger von der Beklagten die Zahlung von je 885 € nebst Zinsen an sie als Mitgläubiger verlangt. Die Kläger halten

die Beklagte unter dem Gesichtspunkt einer Nebenpflichtverletzung für verpflichtet, die Gerichtskosten für den Erbschein zu erstatten. Die Beklagte hält ihr Vorgehen für berechtigt, um sich zuverlässig gegen die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen. Bei einem handschriftlichen Testament bestehe die Möglichkeit der Fälschung. Zudem sei für sie nicht erkennbar gewesen, ob einer der Kläger nach dem Tod des Vaters den Pflichtteil gefordert habe.

7 Das AG hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das LG mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Kläger nicht Mitgläubiger seien und der Zinsanspruch erst ab dem 16.5.2014 begründet sei; wegen des weitergehenden Zinsanspruchs hat es die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

8 Die Revision ist unbegründet.

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Den Klägern stehe gegen die Beklagte ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB auf Erstattung der Gerichtskosten für die Erteilung des Erbscheins i. H. v. 1.770 € zu. Die Beklagte habe gegen die ihr aus den Kontoverträgen obliegende Leistungstreuepflicht verstoßen, indem sie die Freigabe der Konten von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht habe.

11 Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sei der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern könne diesen Nachweis auch in anderer Form führen. Der Nachweis könne – wie hier – mittels einer beglaubigten Abschrift eines handschriftlichen Testaments mit Eröffnungsvermerk erfolgen. Zwar sei bei einem privatschriftlichen Testament die Gefahr einer Rechtsunkenntnis, einer unentdeckt fehlenden Testierfähigkeit, einer Fälschung oder eines Verlusts höher als bei einem notariellen Testament. Dies rechtfertige aber nicht den Schluss, dass ein handschriftliches Testament den Nachweis einer Erbenstellung grundsätzlich nicht erbringen könne. Beide Testamentsformen seien nach § 2231 BGB gleichwertig. Der fehlenden Mitwirkung eines Notars könne bei der Frage Rechnung getragen werden, ob begründete Zweifel an dem Testamentsinhalt anzunehmen seien. Rein abstrakte Bedenken genügten nicht.

12 Solche konkreten Zweifel an der Gültigkeit des Testaments und seinem Inhalt, d. h. an der Erbenstellung der Kläger, bestünden hier nicht. Die Kläger seien als Schlusserven eingesetzt worden. Hierfür spreche die Verwendung des Begriffs der Erbfolge für den Fall eines Vorversterbens eines der beiden Kläger. Dagegen werde der Begriff des Vermächtnisses nicht verwendet. Zudem werde auch keine andere Person als möglicher Erbe benannt. Die Zweifelsregelung des § 2087 Abs. 1 BGB bestätige diese Auslegung. Soweit die Beklagte darauf hinweise, dass sie die Echtheit des Testaments nicht habe überprüfen können, bleibe dies zu pauschal. Das Testament sei ihr bereits nach dem Tod des Vaters der Kläger vorgelegt worden, was die Wahrscheinlichkeit einer Fälschung massiv verringere. Die Gefahr eines Widerrufs des Testaments, so sie denn bei einem Berliner Testament überhaupt anzunehmen sei, bestehe auch bei einem öffentlichen Testament.

13 Schließlich hätten für die Beklagte auch keine konkreten Zweifel an der Erbenstellung der Kläger aufgrund der in dem Testament enthaltenen Pflichtteilsstrafklausel bestanden. Die Nachweislücke in der Erbfolge hätte die Beklagte durch die Einholung eidesstattlicher Versicherungen der Erbprätendenten schließen können, indem diese versichern, den Pflichtteil nach dem erstverstorbenen Elternteil nicht geltend gemacht zu haben.

14 Für die Erteilung des Erbscheins seien unstrittig 1.770 € angefallen. Da die Kläger die einzigen Mitglieder der Erbengemeinschaft seien, sei davon auszugehen, dass sie sich konkludent dazu ermächtigt hätten, abweichend von § 2039 BGB die Zahlung von jeweils der Hälfte der Schadensersatzsumme unmittelbar an sich zu fordern.

AUS DEN GRÜNDEN:

15 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand, sodass die Revision zurückzuweisen ist. Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Anspruch der Kläger gegen die Beklagte aus § 280 Abs. 1 BGB auf Erstattung der Gerichtskosten für die Erteilung des Erbscheins bejaht.

16 1. Die Kläger sind als testamentarische Erben ihrer Mutter gemäß § 1922 Abs. 1, § 2032 BGB in die Kontoerträge mit der Beklagten eingetreten. Die Beklagte hat gegen die ihr obliegende vertragliche Leistungstreuepflicht verstoßen, indem sie die Freigabe der Konten von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht hat. Aus der Leistungstreuepflicht folgt die generelle Verpflichtung, den Vertragszweck und den Leistungserfolg weder zu gefährden noch zu beeinträchtigen (vgl. Senatsurteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433 m. w. N.). Dagegen hat die Beklagte verstoßen, indem sie zum Nachweis der Erbenstellung der Kläger zu Unrecht die Vorlage des handschriftlichen Testaments nebst Eröffnungsvermerk nicht hat ausreichen lassen und dadurch die mit der Erteilung des Erbscheins verbundenen Kosten unnötigerweise verursacht hat.

17 a) Die Kontoerträge mit der Erblasserin enthielten unstrittig keine Vereinbarung darüber, in welcher Art und Weise nach dem Tode des Vertragspartners dessen Rechtsnachfolge nachzuweisen ist. Auf eine entsprechende Regelung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat sich die Beklagte nicht berufen, sodass sich die Frage nach deren Wirksamkeit nicht stellt (siehe dazu Senatsurteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 Rdnr. 30 ff.). Auch einer der gesetzlich gesondert geregelten Fälle, in denen der Erbe die Rechtsnachfolge grundsätzlich durch einen Erbschein nachzuweisen hat (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, § 41 Abs. 1 Satz 1 Schiffsregisterordnung, § 86 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen), liegt nicht vor.

18 b) Abgesehen von diesen Sonderregelungen ist der Erbe nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern hat auch die Möglichkeit, diesen Nachweis in anderer Form zu erbringen (BGH, Urteile vom 10.12.2004, V ZR 120/04, NJW-RR 2005, 599, 600 und vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433 m. w. N.). Dazu gehören neben dem öffentlichen Testament auch das eigenhändige Testament oder im Falle gesetzlicher Erbfolge Urkunden, aus denen sich diese ergibt.

19 Entgegen der Auffassung der Revision kann die Bank bei einem eigenhändigen Testament auch nicht regelmäßig auf der Vorlage eines Erbscheins bestehen. Zwar hat die Bank ein berechtigtes Interesse daran, in den Genuss der Rechtswirkungen der §§ 2366, 2367 BGB zu kommen und so der aus der Risikosphäre des Gläubigers stammenden Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme zu entgehen. Daraus folgt aber nicht, dass sie einschränkungslos oder auch nur im Regelfall die Vorlegung eines Erbscheins verlangen kann (vgl. Senatsurteile vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433; und vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 Rdnr. 40, jeweils m. w. N.).

20 Eine solche Sichtweise würde die Interessen des (wahren) Erben, der im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) in

die Stellung des Erblassers als Vertragspartner der Bank eingerückt ist, über Gebühr vernachlässigen. Bei den Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge ist auch den berechtigten Interessen des oder der Erben an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses Rechnung zu tragen. Ihnen ist regelmäßig nicht daran gelegen, in Fällen, in denen das Erbrecht unproblematisch anders als durch Vorlage eines Erbscheins nachgewiesen werden kann, das unnütze Kosten verursachende und zu einer Verzögerung der Nachlassregulierung führende Erbscheinsverfahren anstrengen zu müssen. Daran, auch in klaren Erbfolgefällen allein zur Erlangung des Gutgläubensschutzes der §§ 2366, 2367 BGB regelmäßig auf einem Erbschein bestehen zu können, hat die Bank kein schutzwürdiges Interesse (vgl. Senatsurteile vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433; und vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 Rdnr. 41 m. w. N.; *Staudinger/Herzog*, Neubearbeitung 2010, Einl. zu §§ 2353-2370 Rdnr. 23; *Keim*, ZEV 2014, 277, 280; a. A. *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2353 Rdnr. 76; *Günther*, NJW 2013, 3681, 3682 f.: „in der Regel Erbscheinsvorlage“).

21 c) Soweit der Senat für ein eröffnetes öffentliches Testament angenommen hat, dass dies – entsprechend den Regelungen in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO und § 41 Abs. 1 Satz 2 Schiffsregisterordnung – in der Regel als ausreichender Nachweis für die Rechtsnachfolge anzusehen sein wird (vgl. Senatsurteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, WM 2005, 1432, 1433), gilt eine solche widerlegbare Vermutung für ein eigenhändiges Testament nach §§ 2247, 2267 BGB allerdings nicht.

22 Nach § 2231 BGB sind ein notarielles Testament und ein privatschriftliches Testament zwar erbrechtlich gleichwertig. Im Hinblick auf ihre Nachweiskraft knüpft das Gesetz daran aber abgestufte Wirkungen. Soweit das Gesetz dies vorsieht, genügt nur eine beglaubigte Abschrift des öffentlichen Testaments nebst einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls (§ 348 Abs. 1 Satz 2 FamFG) zum Nachweis der Erbfolge oder der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers, so insbesondere nach § 35 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GBO zur Grundbuchberichtigung, nach § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB bei Handelsregisteranmeldungen, nach § 41 Schiffsregisterordnung bei Berichtigungen im Schiffsregister und nach § 86 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen i. V. m. § 41 Schiffsregisterordnung bei Berichtigungen im Register für Rechte an Luftfahrzeugen.

23 Dies rechtfertigt es, dem eröffneten öffentlichen Testament auch im Verhältnis zwischen Bank und Kontoinhaber eine widerlegbare Vermutung zum Nachweis der Erbfolge beizumessen. Das beruht darauf, dass das öffentliche Testament grundsätzlich nur durch einen Notar errichtet werden kann (§ 2231 Nr. 1 BGB, § 20 BNotO). Es hat den Vorzug rechtskundiger Beratung (§§ 17, 30 BeurkG) und wird grundsätzlich in besondere amtliche Verwahrung genommen (§ 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG). Es ist öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO und begründet vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs und ggf. der darin bezeugten weiteren Tatsachen (§ 418 Abs. 1 ZPO).

24 Dem eigenhändigen Testament kann dagegen im Verhältnis zwischen Bank und Kontoinhaber eine solche Vermu-

tungswirkung zum Nachweis der Erbfolge nicht beigelegt werden. Im Vergleich zum öffentlichen Testament sind beim eigenhändigen oder privatschriftlichen Testament (§ 2231 Nr. 2, §§ 2247, 2267 BGB) die Gefahren der Rechtsunkenntnis, unklarer Formulierungen, des Urkundenverlusts, seiner Unterdrückung oder Fälschung höher (vgl. AG Mannheim, ZIP 2007, 2119, 2120; *Staudinger/Baumann*, Neubearbeitung 2012, § 2231 Rdnr. 14; BeckOGK-BGB/*Grziwotz*, Stand: 9.12.2015, § 2231 Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/*Hagena*, 6. Aufl., § 2231 Rdnr. 24; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2231 Rdnr. 2).

25 Aufgrund dessen ist es bei Vorlage einer beglaubigten Ablichtung eines eigenhändigen Testaments nebst einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls (§ 2259 Abs. 1 BGB, § 348 Abs. 1 Satz 2 FamFG) eine Frage des Einzelfalls, ob dieses die Erbfolge mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit nachweist. Eine gesteigerte Auslegungspflicht der Bank besteht allerdings nicht. Andererseits berechtigen lediglich abstrakte Zweifel die Bank nicht dazu, einen Erbschein zu verlangen. Nur bei konkreten und begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der durch das eigenhändige Testament belegten Erbfolge ist die Bank berechtigt, ergänzende Erklärungen des oder der Erbprätendenten einzuholen oder sich weitere Unterlagen, wie zum Beispiel das Familienstammbuch oder einen Erbschein vorlegen zu lassen (vgl. *Bunte*, AGB Banken, 4. Aufl., Rdnr. 103; *Werkmüller*, BKR 2005, 318, 319).

26 Die Beurteilung der Frage, ob die Bank trotz Vorlage eines eigenhändigen Testaments zum Nachweis der Erbfolge wegen begründeter Zweifel an dessen Richtigkeit die Einholung eines Erbscheins verlangen kann, obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Seine Auslegung kann aber mit der Revision angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denkgesetze und Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verstößt.

27 d) Nach diesen Maßgaben ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten ihre Erbfolge durch das privatschriftliche Testament mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit nachgewiesen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie weist keinen durchgreifenden Rechts- oder Verfahrensfehler auf. Ein solcher wird auch von der Revision nicht aufgezeigt.

28 Das Testament weist die Kläger, die zudem auch die gesetzlichen Erben gewesen wären, zweifelsfrei als gewillkürte Erben aus. Hierfür spricht die Verwendung des Begriffs der Erbfolge für den Fall eines Vorversterbens eines der beiden Kläger. Der Begriff des Vermächtnisses wird dagegen nicht verwendet. Zudem hat das Testament der Beklagten bereits nach dem Tod des Vaters der Kläger vorgelegen, ohne dass sie damals Einwendungen gegen dessen Gültigkeit erhoben hat.

29 Dass und aus welchen Gründen die Beklagte nunmehr Anlass gehabt hätte, Zweifel an der Richtigkeit der durch das eigenhändige Testament belegten Erbfolge zu haben, hat sie nicht dargetan. Solche ergeben sich auch nicht – was die Revision meint – aus der sog. Pflichtteilsstrafklausel. Im Hinblick darauf, dass der jeweils andere Erbe davon profitiert hätte und

daher dessen Berufung auf die Klausel zu erwarten gewesen wäre, handelt es sich um einen bloß abstrakten Zweifel. Ob die Beklagte die Freigabe der Konten noch von ergänzenden Erklärungen der Kläger zur Nichtgeltendmachung des Pflichtteils durch einen von ihnen oder zur Nichtexistenz weiterer Testamente oder Erbberechtigter hätte abhängig machen können, bedarf keiner Entscheidung. Ein solches Begehren hat die Beklagte nicht gestellt. Vielmehr hat sie die Freigabe der Konten in ihren Schreiben (...) ausdrücklich von der Vorlage eines Erbscheins oder einer gerichtlichen Bestätigung der Erbenstellung der Kläger abhängig gemacht.

30 2. Entgegen der Auffassung der Revision handelte die Beklagte auch schuldhaft. Ein etwaiger Rechtsirrtum über die Verpflichtung eines Erben zur Vorlage eines Erbscheins wäre unerheblich, weil nicht unverschuldet. Dem beklagten Kreditinstitut musste bekannt sein, dass Erben ihr Erbrecht nach der oben zitierten Rechtsprechung des BGH nicht nur durch einen Erbschein, sondern auch auf andere Weise nachweisen können.

31 3. Die vertragswidrige Forderung der Beklagten, einen Erbschein vorzulegen, ist für die Beantragung des Erbscheins durch die Kläger ursächlich geworden. Unstreitig ist der Erbschein ausschließlich aufgrund des Verlangens der Beklagten beantragt worden und war für die Abwicklung des Nachlasses im Übrigen nicht erforderlich.

ANMERKUNG:

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

Die Entscheidung des BGH verdient grundsätzlich Zustimmung, vermag jedoch nicht in allen Punkten zu überzeugen. Zutreffend geht der BGH davon aus, dass das geltende Recht, sofern nicht – wie etwa im Grundbuchrecht (vgl. § 35 GBO) – besondere Vorschriften eingreifen, keine Vorgaben darüber enthält, wie ein Erbprätendent sein Erbrecht nachzuweisen hat. Aus diesem Grund kann der Nachweis der Erbfolge gegenüber einem Kreditinstitut im Einzelfall auch durch Vorlage eines privatschriftlichen Testaments nebst Eröffnungsniederschrift geführt werden. Zweifelhaft ist dagegen, ob dies, wie der BGH meint, auch im Falle bedingter Erbeinsetzungen oder eines auf gesetzlicher Erbfolge beruhenden Erbrechts gilt.

1. Kein Typenzwang hinsichtlich des Erbnachweises

Zu Recht geht der BGH in der vorliegenden Entscheidung in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus, dass sich dem geltenden Recht keine Verpflichtung entnehmen lässt, eine eingetretene Erbfolge stets in einer bestimmten Form, etwa durch Vorlage eines Erbscheins, nachzuweisen.¹ Es war daher schon bisher anerkannt, dass der Nachweis der Erbfolge gegenüber Kreditinstituten regelmäßig auch durch Vorlage einer notariellen Verfügung von Todes wegen und der betreffenden Eröffnungsniederschrift geführt

¹ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 8.10.2013, XI ZR 401/12, MittBayNot 2014, 345; BGH, Urteil vom 7.6.2005, XI ZR 311/04, MittBayNot 2006, 157.

werden kann. Als grundsätzlich tauglichen Erbnachweis sieht der BGH nunmehr auch eröffnete privatschriftliche Testamente an, sofern sie die Erbfolge mit der „im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit“ nachweisen. Ob dieser Grad an Gewissheit erreicht ist, sei anhand der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Dabei sei nicht nur das Interesse der Bank daran, sich Gewissheit über die Person des Erben zu verschaffen, zu berücksichtigen, sondern auch das Interesse des oder der durch ein eröffnetes privatschriftliches Testament ausgewiesenen Erben an einer raschen und kostengünstigen Abwicklung „klarer Erbfolgefälle“.

Auch wenn für diese Lösung – anders als im Falle notarieller Verfügungen – nicht die gesetzlichen Wertungen des Grundbuch- und Registerrechts vorgebracht werden können, verdient sie dennoch Zustimmung. Allein die vom BGH angesprochenen, beim privatschriftlichen Testament in besonderem Maße bestehenden abstrakten Risiken („Gefahren der Rechtsunkenntnis, unklarer Formulierungen, des Urkundenverlusts, seiner Unterdrückung oder Fälschung“) rechtfertigen nicht die Vorlage eines Erbscheins, wenn sie sich im konkreten Fall nicht niedergeschlagen haben. Sofern im konkreten Fall das privatschriftliche Testament ohne Weiteres die eingesetzten Erben erkennen lässt und keinerlei Anzeichen für dessen Unwirksamkeit vorliegen, ist ein schutzwürdiges Interesse der Bank an einer Erbscheinsvorlage ebenso wenig wie im Falle notarieller Testamente anzuerkennen. Andererseits trägt der BGH der gegenüber notariellen Testamenten strukturell bestehenden höheren (abstrakten) Fehleranfälligkeit dadurch Rechnung, dass er privatschriftliche Testamente – anders als notarielle (der BGH spricht hier von einer widerlegbaren Vermutung) – nicht per se als tauglichen Erbnachweis ansieht, sondern nur in klaren Fällen. Auch wenn die Abgrenzung zwischen klaren und zweifelhaften Fällen – wie nicht zuletzt der vorliegende Fall zeigt (vgl. unten 2.) – im Einzelfall Probleme bereiten kann, bringt nur diese differenzierte Lösung die Interessen der Erben und des Kreditinstituts in einen angemessenen Ausgleich. Sie ist daher gegenüber einer zwar rechtssicheren, aber nicht interessengerechten „Alles-oder-Nichts-Lösung“, die private Testamente als Erbnachweis generell zulassen oder ausschließen würde, vorzuziehen.

2. Entbehrlichkeit des Erbscheins auch bei auflösender Bedingung oder gesetzlicher Erbfolge?

Nicht vollends überzeugend ist die Anwendung der vom BGH aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall. So geht das Gericht davon aus, dass es auch die im Testament enthaltene auflösende Bedingung (Pflichtteilsstrafklausel) nicht rechtfertigt, einen Erbschein zu verlangen. Zum anderen hält das Gericht auch bei Fällen gesetzlicher Erbfolge einen Erbschein unter Umständen für entbehrlich.

a) Nachweis bedingter Erbfolge ohne Erbschein?

Allein aus der Tatsache, dass die Erbeinsetzungen für den Schlusserbfall unter einer auflösenden Bedingung, nämlich des Pflichtteilsverlangens beim Ableben des Erstversterben-

den, angeordnet waren, ergeben sich nach Auffassung des BGH nur abstrakte, jedoch keine hinreichend konkreten Zweifel an der Erbfolge. Der BGH begründet dies lediglich damit, dass der jeweils andere Miterbe von einem solchen Pflichtteilsverlangen profitiert und sich daher gegenüber der Bank hierauf berufen hätte. Auf die im Grundbuchverkehr herrschende Meinung, nach der bereits die Anordnung einer automatisch wirkenden Pflichtteilsstrafklausel ohne das Hinzutreten weiterer Umstände ausreicht, um konkrete Zweifel am Eintritt der angeordneten Erbfolge zu begründen, geht der BGH dagegen nicht ein.² Auch die Frage, ob zur Beseitigung solcher Zweifel die Abgabe ergänzender Erklärungen verlangt werden könnte, lässt das Gericht offen, da solche Erklärungen von der Beklagten tatsächlich nicht verlangt worden seien.

Diese Kurzbegründung überzeugt nicht. So ist aus dem mitgeteilten Sachverhalt und der Begründung der Entscheidung schon nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb der jeweilige Miterbe und nicht etwaige Abkömmlinge des den Pflichtteil verlangenden Kindes an dessen Stelle treten sollten. Zwar erscheint eine solche Auslegung der Pflichtteilsstrafklausel naheliegend;³ dies rechtfertigt es jedoch nicht, auf eine Auslegung gänzlich zu verzichten. Auch lässt das Gericht die Möglichkeit, dass beide Kinder beim ersten Erbfall ihren Pflichtteil verlangt haben und daher ein der Bank unter Umständen unbekannter Dritter vom Bedingungseintritt profitierte, völlig außer Acht.⁴

Darüber hinaus ist es auch keineswegs selbstverständlich, dass der von der Pflichtteilsstrafklausel begünstigte Miterbe sich gegenüber der Bank hierauf berufen hätte. Denkbar ist insoweit zunächst, dass das Pflichtteilsverlangen des anderen Kindes ihm nicht bekannt oder aufgrund des zeitlichen Abstands zum ersten Erbfall nicht mehr erinnerlich ist. Ebenso kommt in Betracht, dass der Begünstigte die rechtliche Wirkung der Pflichtteilsstrafklausel auf die Erbfolge nicht zutreffend erfasst hat und daher davon ausgeht, dass nicht er selbst, sondern ein Dritter (etwa Abkömmlinge des den Pflichtteil Verlangenden) von der Klausel profitieren. Möglich erscheint schließlich, dass der begünstigte Miterbe sich aus Rücksichtnahme gegenüber dem anderen nicht auf die Klausel beruft.

Die besseren Gründe sprechen daher meines Erachtens dafür, in der durch das Pflichtteilsverlangen bedingten Erbeinsetzung und der Tatsache, dass sich keiner der eingesetzten Erben auf den Bedingungseintritt berufen hat, keinen für den Rechtsverkehr ausreichenden Nachweis der Erbfolge zu sehen. Auch der BGH hält es zumindest für möglich, dass die Beklagte die Freigabe der Konten noch von zusätzlichen Erklärungen der Erbprätendenten abhängig machen durfte, lässt diese Frage jedoch offen. Unbeantwortet bleibt somit insbesondere, mit welchem genauen Inhalt und in welcher Form solche zusätzlichen Erklärungen abzugeben

sind und welche Rechtsfolgen solche Erklärungen nach sich ziehen. Der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, ob – wie im Grundbuchverfahren⁵ – für den Nachweis der vom BGH angesprochenen negativen Tatsachen (Nichtgeltendmachung des Pflichtteils, Nichtexistenz weiterer Erbberechtigter und weiterer Verfügungen von Todes wegen) die Abgabe einer Versicherung an Eides statt verlangt werden kann und ob die beklagte Sparkasse, wie die Vorinstanz offenbar annahm, zur Abnahme einer solchen Erklärung überhaupt zuständig wäre. Unklar bleibt auch, inwieweit Erklärungen der Erbprätendenten überhaupt geeignet sein könnten, etwaige Auslegungsschwierigkeiten bezüglich der von der Pflichtteilsstrafklausel begünstigten Personen zu beseitigen. Angesichts dieser offenen Fragen ist zweifelhaft, ob nicht der BGH in konsequenter Anwendung der von ihm selbst aufgestellten Grundsätze zu dem Ergebnis hätte gelangen müssen, dass die Erbfolge ohne einen Erbschein nicht hinreichend eindeutig nachgewiesen war.

b) Nachweis gesetzlicher Erbfolge ohne Erbschein?

Auch wenn dies im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich war, deutet der BGH zudem an, dass ein Erbnachweis ohne Erbschein auch im Falle einer gesetzlichen Erbfolge denkbar sei, sofern nur Urkunden vorgelegt würden, aus denen sich diese Erbfolge ergibt. Dabei übersieht das Gericht jedoch, dass allein durch die Vorlage von Urkunden eine gesetzliche Erbfolge generell nicht nachgewiesen werden kann. Vielmehr setzt die Ermittlung einer solchen Erbfolge stets eine ganze Reihe urkundlich nicht nachweisbarer Tatsachen voraus.⁶ Dies beginnt bereits bei der Bestimmung des für das anwendbare Recht maßgeblichen letzten gewöhnlichen Aufenthaltsortes. Ferner sind für die Erbfolge maßgebliche negative Tatsachen, etwa dass der Erblasser keine letztwillige Verfügungen errichtet hat, dass weitere erbberechtigte Personen nicht vorhanden sind oder dass ein verheirateter Erblasser keinen Ehevertrag geschlossen hatte (vgl. für den Fall des Erbscheinsantrags § 352 Abs. 1 und 3 FamFG) nicht durch Urkunden nachweisbar. Schließlich setzt die Bestimmung der gesetzlichen Erbfolge neben einer genauen Kenntnis der tatsächlichen Umstände immer auch rechtliche Wertungen voraus. Angesichts dieser strukturell bestehenden Unsicherheiten dürfte allgemein davon auszugehen sein, dass im Falle der gesetzlichen Erbfolge im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung das Interesse des Kreditinstituts an einem zweifelsfreien Erbnachweis gegenüber dem Interesse der Erbprätendenten an rascher und günstiger Abwicklung überwiegt.⁷ Dies gilt umso mehr, wenn man auch die Interessen „übersehener“ gesetzlicher Erben in den Blick nimmt.

3. Fazit

Die Entscheidung des BGH, den Erbnachweis gegenüber Kreditinstituten im Einzelfall auch durch eröffnete privatschriftliche Testamente zuzulassen, ist grundsätzlich richtig.

2 Vgl. hierzu nur *Hügel/Wilsch*, GBO, 3. Aufl. 2016, § 35 Rdnr. 115 ff. m. w. N.

3 Vgl. hierzu *Horn* in *Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 21 Rdnr. 33 m. w. N.

4 *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2016, 378276.

5 *Hügel/Wilsch*, GBO, § 35 Rdnr. 117 f. m. w. N.

6 Vgl. hierzu auch *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2016, 378276.

7 Ebenso *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2016, 378276.

Allerdings sollte ein solcher Nachweis auf diejenigen Fälle begrenzt werden, in denen sich die Erbfolge wirklich klar aus dem betreffenden Testament selbst ergibt. In einem solchen Fall wäre ein Erbscheinsverfahren in der Tat – wie der BGH meint – lediglich mit „unnützen Kosten“ und einer „Verzögerung der Nachlassregulierung“ verbunden. Den Interessen des Rechtsverkehrs und nicht zuletzt den Interessen der wahren Erben ist dagegen nicht gedient, wenn auch in zweifelhaften Fällen, in denen die Rechtsnachfolge erst durch eine ganze Reihe zusätzlicher Unterlagen und Erklärungen festgestellt werden kann, allein aus Kosten- und Zeitgründen auf ein förmliches Verfahren zur Bestimmung der Erben und auf einen rechtssicheren Erbnachweis verzichtet wird. Als solchen rechtssicheren Nachweis der Erbfolge sieht das Gesetz den Erbschein, nicht jedoch die Abgabe irgendwelcher privater Erklärungen mit zweifelhafter rechtlicher Bindungswirkung, vor.

•

11. Keine Vorlage eines Erbscheins zur Eintragung eines Wohnungsrechts bei angeordneter Testamentsvollstreckung im Falle der Ausschlagung des Erbes durch sämtliche Erben

OLG München, Beschluss vom 11.7.2016, 34 Wx 144/16

BGB § 2202 Abs. 1 und 2, § 2197

GBO § 18 Abs. 1, § 23 Abs. 1 und 2, §§ 35, 39, 40 Abs. 2, § 52

LEITSÄTZE:

- 1. Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers kann dem Grundbuchamt durch Vorlage eines öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift zusammen mit der Erklärung der Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht nachgewiesen werden. Die bloße Erklärung in der dem Grundbuchamt vorgelegten Bewilligung, das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, genügt dafür nicht.**
- 2. Zur Rückstandsfähigkeit eines dinglichen Wohnungsrechts (Anschluss an BayObLG vom 28.10.1979, 2 Z 68/78, Rpfleger 1980, 20).**

SACHVERHALT:

1 I. Im Grundbuch ist noch der am (...) 2015 verstorbene Dr. S. G. als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen.

2 Dieser hatte am 23.1.2015 ein notarielles Testament errichtet, in dem er drei seiner Kinder zu je 1/3 zu Erben einsetzte. Zudem vermachte er unter anderem „zulasten seines Nachlasses, gleichviel wer auch immer seine Erben, gleich aus welchen Erbberufungsgründen, werden, an seine Ehegattin“ (= die Beteiligte) das Wohnungsrecht an einem Teil des Wohnhauses auf seinem Grundbesitz. Weiter ist bestimmt:

3 „Das Wohnungsrecht ist auf Lebensdauer der Berechtigten vermacht, nicht erlöschend bei einer evtl. Wiederheirat, bestehend in dem Recht der ausschließlichen Bewohnung und Be-

nutzung der sämtlichen Räume im 1. Obergeschoss des (...) Hauses und in dem Recht auf Mitbenutzung der dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Anlagen und Einrichtungen einschließlich des Gartens.

4 Die Wohnungsrechtsräume sind der Berechtigten in stets gut beheizbaren und bewohnbaren Zustand zur Verfügung zu stellen. Für die Versorgung der Wohnungsrechtsräume mit Strom, Gas, Wasser und Heizung sowie die Kosten von Abwasser, Kaminkehrer und Müllabfuhr hat die Berechtigte aufzukommen. Die Kosten der Schönheitsreparaturen hat die Berechtigte zu tragen. (...)

5 Das Wohnungsrecht ist durch Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit Löschungserleichterung am obengenannten Grundbesitz im Grundbuch zu sichern.

(...)

7 Die Vermächtnisse fallen beim Ableben des Anwesenden an und sind dann innerhalb von sechs Monaten auf Kosten des Nachlasses zu erfüllen.“

8 Des Weiteren ordnete der Erblasser für seinen Nachlass Testamentsvollstreckung an und bestimmte die Beteiligte zur Testamentsvollstreckerin unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Diese solle alle Rechte und Pflichten eines Abwicklungsvollstreckers haben, insbesondere dafür sorgen, dass der Nachlass an die Erben herausgegeben wird und die zu „seinen“ Gunsten ausgesetzten Vermächtnisse erfüllt werden.

9 Das notarielle Testament wurde am 6.5.2015 eröffnet. Die Beteiligte hat privatschriftlich am 2.6.2015 die Annahme des Testamentsvollstreckeramts gegenüber dem Nachlassgericht erklärt. Ein Antrag auf Erteilung eines Zeugnisses wurde nicht gestellt.

10 Zu notarieller Urkunde vom 23.6.2015 erklärte die Beteiligte, das Amt der Testamentsvollstreckerin gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, und räumte sich in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes unter Berufung auf das notarielle Testament und in dessen Ausgestaltung das vermachte Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht ein. Zugleich wurde das Recht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Grundstück bestellt, dessen Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt mit dem Zusatz, dass zur Löschung der Nachweis des Ablebens der Berechtigten genügt. Die Eintragung soll, soweit gemäß § 40 Abs. 2 GBO möglich, vor Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge stattfinden. Zudem bewilligte die Beteiligte die Löschung des zur Eintragung gelangenden Testamentsvollstreckervermerks Zug um Zug mit Eintragung des Wohnungsrechts im Grundbuch und erklärte, auf dessen Eintragung zu verzichten, falls das Wohnungsrecht vor Grundbuchberichtigung eingetragen werden sollte.

11 Auf den Vollzugsantrag (...) hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung (...) auf folgende Hindernisse hingewiesen: Die Erbenermittlung sei noch nicht vollständig abgeschlossen; es hätten „scheinbar sämtliche (in dem Testament vom 23.1.2015) eingesetzten Erben“ die Erbschaft ausgeschlagen. Somit würde gesetzliche Erbfolge eintreten und daher die Anordnung der Testamentsvollstreckung entfallen. Der Testamentsvollstreckter hätte als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die „falschen“ Erben gehandelt, die gesetzlichen Erben müssten dann den Vertrag nachgenehmigen. Der Nachweis der Erbfolge werde entgegen § 35 GBO nur aufgrund Vorlage eines Erbscheins in Ausfertigung akzeptiert.

12 Die Eintragung des Wohnungsrechts sei ohne Voreintragung der Erben bzw. des Testamentsvollstreckervermerks nicht zulässig, § 40 GBO als Ausnahmetatbestand zu § 39 GBO nicht einschlägig. Des Weiteren sei das Wohnungsrecht nicht rückstandsfähig, der Löschungserleichterungsvermerk daher nicht eintragbar. Dieser Mangel könne durch Feststellung behoben werden. Zudem sei der Antrag auf Löschung des nicht einzutragenden Testamentsvollstreckervermerks unklar.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

15 II. Gegen die als Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ergangene Entscheidung des Grundbuchamts ist die – unbeschränkte – Beschwerde statthaft (*Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 71 Rdnr. 1). Diese ist auch im Übrigen zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) und überwiegend begründet. Denn die Zwischenverfügung entspricht nicht durchwegs den gesetzlichen Anforderungen, im Übrigen können weder die Vorlage eines Erbscheins noch die Voreintragung der Erben unter Miteintragung eines Testamentsvollstreckervermerks verlangt werden. Vollzugsreif ist der Antrag indessen deshalb nicht, weil noch der Nachweis fehlt, dass die Beteiligte das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat.

16 1. Zu Unrecht verlangt das Grundbuchamt wegen Ausschlagung des Erbes durch die testamentarisch berufenen Erben die Vorlage eines Erbscheins für die Eintragung des Wohnungsrechts. Als Testamentsvollstreckerin ist die Beteiligte vorbehaltlich eines formgerechten Nachweises, dass sie das Amt angenommen hat (*Demharter*, § 35 Rdnr. 63 f.; *Hügel/Wilsch*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 142 f.), zur Abgabe der Bewilligungserklärung befugt (§ 19 GBO).

17 a) Nach § 2197 BGB kann der Erblasser durch Testament einen Testamentsvollstrecker ernennen. Dieser hat die Stellung eines Treuhänders und ist weder Vertreter noch Beauftragter des Erblassers oder des Nachlasses und auch nicht eigentlicher Vertreter der Erben (*Palandt/Weidlich*, BGB, 75. Aufl., Einf. v. § 2197 Rdnr. 2). Er übt daher das ihm zugewiesene Amt aus eigenem Recht gemäß dem letzten Willen des Erblassers und dem Gesetz selbständig aus. Die Einsetzung als Testamentsvollstrecker ist jederzeit widerruflich, endet aber nicht ohne Weiteres, wenn alle Erben die Erbschaft ausschlagen. Vielmehr ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung (§ 133 BGB) zu ermitteln, ob die Testamentsvollstreckung im Falle der Erbschaftsausschlagung nach dem Willen des Erblassers enden sollte (BGHZ 69, 235, 238).

18 aa) Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ist grundsätzlich durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis nachzuweisen, allerdings nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO auch durch notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift. Der Vorlage eines Erbscheins bedarf es grundsätzlich nicht (*Demharter*, § 35 Rdnr. 57). Den Umfang der Verfügungsbefugnis hat das Grundbuchamt – bzw. im zweiten Rechtszug das Beschwerdegericht – in diesem Fall selbst anhand des öffentlichen Testaments zu prüfen, es sei denn, die Klärung der Frage erfordert weitere tatsächliche Ermittlungen über den Willen des Erblassers (BayObLG, Rpfleger 2000, 266). Es steht auch bei schwieriger Rechtslage nicht im Belieben des Grundbuchamts, anstelle der öffentlichen Urkunde einen Erbschein zu verlangen (Senat vom 22.3.2016, 34 Wx 393/15, juris; BayObLG, Rpfleger 2000, 266; OLG Köln, Rpfleger 2000, 157).

19 bb) Zusätzlich zur Vorlage des öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift ist noch die Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker nachzuweisen, da erst mit der Annahme das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt (§ 2202 Abs. 1 und 2 BGB) und er damit bewilligungsbefugt wird. Dieser Nachweis kann durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts

über die Annahme oder durch eine Niederschrift über die Annahmeerklärung erbracht werden (*Demharter*, § 35 Rdnr. 63). Die Verweisung auf die Nachlassakten genügt jedoch nicht, wenn diese – wie hier – nur eine privatschriftliche Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers enthalten (KG, OLGE 40, 49; *Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 143; *Demharter*, § 35 Rdnr. 63).

20 b) Die Auslegung der letztwilligen Verfügung (§ 133 BGB) ergibt zweifelsfrei, dass die Testamentsvollstreckung auch für den Fall der Ausschlagung des Erbes durch die testamentarischen Erben angeordnet ist. Das Testament enthält nämlich die Anordnung der Testamentsvollstreckung gerade auch zur Erfüllung von Vermächtnissen, die „zulasten des Nachlasses, gleichviel wer auch immer seine (= des Verfügenden) Erben, gleich aus welchen Erbberufungsgründen, werden“ ausgesetzt sind. Nach der letztwilligen Verfügung sind selbst dann, wenn alle eingesetzten Erben ausschlagen sollten, die Vermächtnisse zu erfüllen. Es ergibt sich ein offensichtliches Interesse, die Beteiligte von den Erben unabhängig zu machen, sie durch die ausgesetzten Vermächtnisse und die in ihren Händen als Testamentsvollstreckerin liegende Verfügungsmacht abzusichern.

21 c) Die Bewilligungsbefugnis der Beteiligten als Testamentsvollstreckerin ist durch das vorgelegte notarielle Testament (§ 2232 BGB) in Verbindung mit der Niederschrift über dessen Eröffnung (§ 348 FamFG) noch nicht hinreichend nachgewiesen; die Erklärung zur Annahme des Amtes (§ 2202 Abs. 1 BGB) in der dem Grundbuchamt vorgelegten Bewilligung ist nicht ausreichend. Die Annahme ist nämlich gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären (§ 2202 Abs. 2 BGB). Der Nachweis kann aber – außer durch einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis – auch durch ein entsprechendes Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme des Amtes der Testamentsvollstreckerin behoben werden (*Demharter*, § 35 Rdnr. 63 m. w. N.). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Annahme auch gegenüber dem Grundbuchamt in notarieller Form erklärt werden kann, weil Grundbuchamt und Nachlassgericht lediglich verschiedene Abteilungen des AG sind (so *Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 142), da die Urkunde vom 23.6.2015 nur auf eine privatschriftliche Annahmeerklärung Bezug nimmt, eine ausdrückliche Annahme selbst jedoch nicht enthält.

22 d) Da der formgerechte Nachweis der Amtsannahme nicht der Beseitigung eines weiteren Hindernisses dient, sondern lediglich ein weiteres Mittel darstellt, die als fehlend gerügte Bewilligungsbefugnis zu belegen, kann das Beschwerdegericht diese Möglichkeit der Beseitigung ergänzend aufzeigen (BayObLG 2000, 167; *Hügel/Kramer*, § 77 Rdnr. 41.1).

23 2. Auch eine Voreintragung der Erben (§ 39 GBO) zur Eintragung des Wohnungsrechts ist nicht erforderlich. Sofern die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch Nachweis der Amtsannahme feststeht, bedarf es zur Eintragung der Zustimmung der Erben nicht.

24 Gemäß § 40 Abs. 2 GBO ist die Voreintragung der Erben nicht notwendig, wenn eine Bewilligung des Testamentsvollstreckers vorliegt (vgl. *Hügel/Zeiser*, § 40 Rdnr. 29). Zwar muss die Erklärung des Testamentsvollstreckers den Erben gegenüber wirksam sein. Die Wirksamkeit ergibt sich jedoch schon aus der Bewilligung des Testamentsvollstreckers im

Rahmen seiner Verfügungsbefugnis. Denn wie oben dargelegt handelt der Testamentsvollstrecker nicht namens der Erben, sondern übt das Amt – bei wirksamer Bestellung – zu eigenem Recht in fremdem Interesse aus (*Demharter*, § 35 Rdnr. 55).

25 3. Aufzuheben ist die Zwischenverfügung auch insoweit, als die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks verneint und daher eine Feststellung, dass die Eintragung ohne einen solchen erfolgen soll, verlangt wird.

26 a) Nach § 23 Abs. 2 GBO bedarf es der in Abs. 1 vorgesehenen Bewilligung des Rechtsnachfolgers nicht, wenn im Grundbuch eingetragen ist, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll. Die Löschungserleichterung des § 23 Abs. 2 GBO setzt voraus, dass es sich um ein in Abs. 1 beschriebenes Recht handelt, somit eines, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und zudem Rückstände von Leistungen möglich sind. Nur unter diesen beiden Voraussetzungen kann die Löschungsklausel in das Grundbuch eingetragen werden (vgl. OLG Köln, Rpfleger 1985, 290; KEHE/*Schrandt*, GBO, 7. Aufl., § 23 Rdnr. 48 f.). Der Begriff des Rückstandes im Sinne der §§ 23, 24 GBO wird durch den Sicherungsbereich des eingetragenen Rechts begrenzt. Dementsprechend sind nach allgemeiner Ansicht Rückstände aus rein schuldrechtlichen Ansprüchen, die an der Verdinglichungswirkung der Grundbucheintragung nicht teilhaben, keine Rückstände im Sinne der §§ 23, 24 GBO (vgl. *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., §§ 23, 24 Rdnr. 31).

27 b) Rückstände bei einem Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1 und 3 BGB) sind dann möglich, wenn nach den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten als Nebenleistungspflicht des Eigentümers eine schuldrechtliche Pflicht zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gemacht wird. Neben den rein dinglichen, im Sachenrecht begründeten Ansprüchen fallen nämlich auch verdinglichte schuldrechtliche Ansprüche unter § 23 GBO (vgl. *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, §§ 23, 24 Rdnr. 31). Solche Ansprüche sind denkbar, wenn das Wohnungsrecht dem Berechtigten nur an einem Teil der Räume zustehen soll und alle zum gemeinsamen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen hingegen mitbenutzt werden dürfen. Grundsätzlich ist der Eigentümer eines mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstücks nicht zu aktivem Handeln verpflichtet, soweit nicht besondere Unterhaltspflichten vereinbart sind (*Palandt/Bassenge*, § 1093 Rdnr. 10 f.). Wenn und soweit der Berechtigte jedoch Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen darf, die seiner tatsächlichen und rechtlichen Einwirkung entzogen sind, ist der Eigentümer zu weiterem Handeln verpflichtet. Dies kommt bei einem Wohnungsrecht, das nur einen Teil des Anwesens umfasst, beispielsweise in Betracht, wenn die Beheizbarkeit der Räume vereinbart ist (OLG München, NJW-RR 2010, 672, 673). Dort, wo der Wohnungsrechtinhaber kein ausschließliches Benutzungsrecht hat, ist er darauf angewiesen, dass der Eigentümer tätig wird, und er kann dies auch verlangen, um Beeinträchtigungen und Einschränkungen seines dinglichen Wohnungsrechts zu vermeiden (vgl. BGHZ 52, 234; BayObLG, Rpfleger 1980, 20). Entsprechendes gilt dann, wenn Inhalt des Wohnungsrechts die gute Wohnbarkeit der Räume ist (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1995, 248; OLG Frank-

furt, NJW-RR 1989, 146). An der dinglichen Natur dieses Anspruchs ändert sich auch nichts, wenn er sich wegen einer Leistungsstörung nach den allgemeinen Vorschriften in einen Zahlungsanspruch umwandelt. Hiervon geht die in § 1021 Abs. 2 BGB vorgesehene Haftung des belasteten Grundstücks für die Unterhaltungspflicht gerade aus (vgl. BayObLGZ 1979, 372, 375).

28 c) Vorliegend sind entsprechende Rückstände bei dem bewilligten Wohnungsrecht nicht ausgeschlossen, weshalb die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks auf Bewilligung im Antragsverfahren zu erfolgen hat. Die Beteiligte soll nämlich nur einen Teil des Grundbesitzes im 1. Obergeschoss alleine nutzen dürfen, während sie die übrigen Anlagen und Einrichtungen, so etwa die Heizungsanlage, nur mitbenutzen darf, sodass schon daraus für den Eigentümer Tätigkeitspflichten entstehen. Zudem ergeben sich weitere Handlungspflichten daraus, dass die Räume in einem „stets gut beheizbaren und bewohnbaren Zustand“ zu überlassen sind.

29 4. Für das weitere Verfahren ist – insofern nicht bindend – festzuhalten, dass die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks (§ 52 GBO) von Amts wegen (gleichzeitig) mit Eintragung der Erben (*Demharter*, § 52 Rdnr. 13 und 15) in Frage kommt, wenn die Amtsannahme nachgewiesen ist. Eine solche Eintragung würde nur ausscheiden, wenn entweder das Grundstück von der Testamentsvollstreckerin freigegeben oder mit Eintragung die Testamentsvollstreckung beendet wäre.

30 a) Gibt der Testamentsvollstrecker nach Amtsantritt ein Nachlassgrundstück gemäß § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB aus seiner Verwaltung frei, so verliert er sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich dieses Nachlassgegenstands (*Palandt/Weidlich*, § 2217 Rdnr. 6). Ist dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) nachgewiesen und daher positiv bekannt, dass ein Nachlassgrundstück aufgrund Freigabe nicht (mehr) der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, ist ein bereits gemäß § 52 GBO eingetragener Testamentsvollstreckervermerk im Weg der Grundbuchberichtigung, § 22 GBO, zu löschen (*Schaub* in *Bauer/von Oefele*, § 52 Rdnr. 33; *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390). War der Vermerk bis zur Freigabe im Grundbuch nicht eingetragen, hat die Eintragung nach dem Legalitätsprinzip (*Demharter*, Einl. Rdnr. 1) zu unterbleiben (Senat vom 16.11.2015, 34 Wx 178/15, FGPrax 2016, 66, 67).

31 Die Freigabeerklärung als einseitiges abstrakt dingliches Rechtsgeschäft kommt durch empfangsbedürftige Willenserklärung des Testamentsvollstreckers zustande (Senat vom 27.5.2011, 34 Wx 93/11, FGPrax 2011, 228 f.; OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 511, 512; *Palandt/Weidlich*, § 2217 Rdnr. 5). Es erscheint jedoch fraglich, ob die zu notarieller Urkunde abgegebene Erklärung der Testamentsvollstreckerin, die Löschung des Vermerks zu bewilligen oder auf dessen Eintragung zu verzichten, als Freigabeerklärung verstanden werden kann, da von der Testamentsvollstreckerin nur die Eintragung eines Rechts am Grundstück bewilligt wird, dieses jedoch nicht aus dem Nachlass ausgeschieden ist.

32 b) Auch eine Beendigung des Amtes als Testamentsvollstreckerin ergibt sich nicht aus der Erklärung in der notariellen

Urkunde. Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung – was auch die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks wegen Unrichtigkeit zur Folge hat – ist dem Grundbuchamt gegenüber regelmäßig in der Form des § 29 GBO zu erbringen. Es genügt nicht etwa, dass der Testamentsvollstrecker allein oder gemeinsam mit dem Erben die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bewilligt (Senat vom 11.12.2014, 34 Wx 429/14, NJW 2015, 2271; *Meikel/Böhringer*, § 52 Rdnr. 74; *Demharter*, § 52 Rdnr. 27; DNotI-Report 2001, 21, 22). Amtserledigung tritt darüber hinaus durch Aufgabenerledigung ein (vgl. *Meikel/Böhringer*, § 52 Rdnr. 81 unter gg; DNotI-Report, a. a. O.). Nachgewiesen wird das Erlöschen der Testamentsvollstreckung als Ganzes gegenüber dem Grundbuchamt üblicherweise durch einen neuen Erbschein (OLG Hamm, OLGZ 1983, 59; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3473; *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 391) oder aber es ist offenkundig (vgl. DNotI-Report 2001, 21, 22 f.). Ein Erbschein liegt nicht vor; auch für eine Offenkundigkeit sind derzeit keine Anhaltspunkte ersichtlich, zumal es noch nicht zur Herausgabe des Nachlasses an die Erben gekommen sein kann.

(...)

12. Bindung des Nachlassgerichts an die Feststellungen des Prozessgerichts

OLG München, Beschluss vom 8.3.2016, 31 Wx 386/15
ZPO § 322

LEITSÄTZE:

- 1. Das zivilgerichtliche Feststellungsurteil entfaltet präjudizielle Rechtskraft für das Erbscheinsverfahren in den Grenzen seiner subjektiven und objektiven Rechtskraft und bindet das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung.**
- 2. Alle Einwände gegen die Wirksamkeit des Testaments, die vor Eintritt der formellen Rechtskraft erhoben hätten werden können, bleiben im Erbscheinsverfahren unberücksichtigt, es sei denn, dass das zivilgerichtliche Urteil im Restitutionsverfahren aufgehoben wurde.**

SACHVERHALT:

- 1 Die Beteiligten streiten über die Rechtsnachfolge nach der am 21.7.2009 verstorbenen Erblasserin.
- 2 Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn der Erblasserin (Beschwerdeführer, nachfolgend „Sohn“). Der Beteiligte zu 2 ist der Enkel der Erblasserin (Sohn der bereits verstorbenen Tochter der Erblasserin, nachfolgend „Enkel“).
- 3 Die Erblasserin errichtete am 4.6.2005 ein handschriftliches Testament, in dem sie ihren Enkel als Alleinerben einsetzte. In einem späteren notariellen Testament vom 14.5.2007 setzte die Erblasserin ihren Sohn als Alleinerben ein.
- 4 Der Enkel beantragte am 12.3.2010 beim AG Dachau – Nachlassgericht – einen Alleinerbschein aufgrund des Testaments vom

4.6.2005; der Sohn beantragte mit Schriftsatz vom 29.4.2010, den Antrag zurückzuweisen.

5 Mit Beschluss vom 16.2.2011 hat das Nachlassgericht das Verfahren ausgesetzt, da zwischenzeitlich vor dem LG München II zwischen dem Enkel als Kläger und dem Sohn als Beklagten ein Rechtsstreit über die Feststellung des Erbrechts rechtshängig gemacht worden war.

6 Das LG München II hat nach Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens, das zu dem Ergebnis kam, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments im Jahre 2007 testierunfähig war, durch Endurteil vom 2.8.2013 entschieden.

7 Der Tenor in der Hauptsache lautet:

„Es wird festgestellt, dass der Kläger (Enkel) Alleinerbe am Nachlass der am 21.7.2009 verstorbenen Erblasserin [...] geworden ist.“

8 Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung hat das OLG München mit Beschluss vom 26.11.2013 als unzulässig verworfen.

9 Gestützt auf dieses Urteil hat das Nachlassgericht am 8.9.2015 nach Fortsetzung des Verfahrens durch Beschluss festgestellt, dass die Erbscheinerteilungsvoraussetzungen zugunsten des Enkel vorliegen.

10 Gegen diesen Beschluss wendet sich der Sohn mit seiner am 12.10.2015 eingelegten Beschwerde. Er meint, das Urteil könne keine Bindungswirkung für das Nachlassgericht entfalten, weil die Berufung nur wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verworfen worden sei. Im landgerichtlichen Urteil sei zudem nur die Frage der Testierfähigkeit streitig gewesen. Die Rechtskraft des Feststellungsurteils führe nicht zu einer Bindungswirkung, da das Testament Spuren einer Manipulation aufweise. Insoweit habe sich das LG zu dieser Frage in seinem Urteil nicht geäußert.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 II. Die Beschwerde ist unbegründet, denn zwischen den Beteiligten dieses Verfahrens steht aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung des LG München II vom 2.8.2013 fest, dass der Enkel Erbe ist.

13 An diese Entscheidung ist das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung über den Erbscheinantrag des Enkels gebunden. Dies folgt aus der Voreigenschaft der Entscheidung des LG. Deswegen erweist sich der angefochtene Beschluss in der Sache als zutreffend.

14 1. Das Verhältnis des (streitigen) Feststellungsurteils, das im Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit ergeht, zum Erbscheinsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist im Gesetz nicht geregelt. § 322 Abs. 1 ZPO regelt den Umfang der Rechtskraft unmittelbar nur für spätere Zivilprozesse (*Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 322 Rdnr. 287). Die materielle Rechtskraft von Entscheidungen der Zivilgerichte ist jedoch innerhalb der objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft auch von den Gerichten anderer Gerichtszweige zu beachten (*Büscher* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl. 2015, § 322 Rdnr. 126; *MünchKomm-ZPO/Gottwald*, 4. Aufl. 2013, § 322 Rdnr. 66).

15 a) Nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bindet das das Erbrecht feststellende Urteil in den Grenzen der subjektiven Rechtskraft das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung über die Erteilung eines Erbscheins (BayObLG, FamRZ 99, 334, 335; *MünchKomm-BGB/Mayer*, 6. Aufl. 2013, § 2359 Rdnr. 35; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2353 Rdnr. 7; *NK-BGB/Kroiß*, 4. Aufl. 2014, § 2359

Rdnr. 7; Gierl in *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2359 Rdnr. 19; Überblick zum Meinungsstand bei *Staudinger/Herzog*, 2010, § 2359 Rdnr. 21).

16 Keine Bindungswirkung tritt im Verhältnis zu weiteren Erbprätendenten ein, die nicht am Rechtsstreit beteiligt sind. Bereits das BayObLG hat entschieden, dass „verbindliche Klarheit zwischen den Beteiligten darüber, wer von ihnen als Erbe anzusehen ist, nur im Feststellungsrechtstreit geschaffen werden [kann]...“, das im Feststellungsrechtstreit ergehende Urteil [erwächst] in Rechtskraft zwischen den Parteien (§ 325 ZPO)“ (BayObLG, FamRZ 99, 334, 335; vgl. auch KG, FamRZ 96, 1572, 1575: „Die Bindung des Nachlassgerichts an ein rechtskräftiges Feststellungsurteil [entfällt] dann, wenn neben den Parteien des Feststellungsprozesses noch andere Personen als Erbprätendenten in Betracht kommen, deren schutzwürdige Belange das Nachlassgericht zu berücksichtigen hat.“; ebenso *Zimmermann*, ZEV 2010, 457, 461).

17 b) Auch nach Auffassung des Senats ist das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren an die rechtskräftige Feststellung des Erbrechts durch das LG gebunden. Grund hierfür ist die präjudizielle Wirkung der Rechtskraft des Feststellungsurteils im Verhältnis zum nachfolgenden Erbscheinsverfahren (a. A. MünchKomm-BGB/Mayer, a. a. O., § 2359 Rdnr. 37: „verfahrensökonomische Gründe“).

18 (1) Das (positive) Feststellungsurteil stellt zwischen den Parteien des Rechtsstreits (§ 325 ZPO) verbindlich das Erbrecht fest. Für den Umfang der Rechtskraft ist dabei einerseits maßgeblich, dass die Entscheidung über die begehrte Rechtsfolge nicht über einzelne Ansprüche ergeht. Andererseits wird über alle denkbaren Einwendungen befunden, wobei aber auch das Übersehen von Teilen des vorgetragenen Sachverhalts nicht zu einer Einschränkung des Umfangs der Rechtskraft führt (MünchKomm-ZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 ZPO Rdnr. 120; Hk-ZPO/Saenger, 6. Aufl. 2015, § 322 Rdnr. 37) In Rechtskraft erwächst aufgrund des (positiven) Feststellungsurteils des Zivilgerichts mithin die Entscheidung, wer Erbe ist.

19 (2) Diese im Zivilprozess entschiedene Frage ist wiederum Vorfrage für das (spätere) Erbscheinsverfahren: Gemäß § 2353 BGB i. V. m. §§ 2358, 2359 BGB i. V. m. Art. 229 EGBGB § 36 ist dem Erben durch das Nachlassgericht ein Erbschein zu erteilen. Das Nachlassgericht muss somit ebenso wie das Zivilgericht die Frage klären, wer Erbe geworden ist. Damit entfaltet die im Ausgangsprozess festgestellte Rechtsfolge (Feststellung des Erbrechts) für das Folgeverfahren (Erbscheinsverfahren), in dem es um eben diese Frage geht, präjudizielle Wirkung (*Büscher in Wieczorek/Schütze*, a. a. O., § 322 ZPO Rdnr. 126).

20 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze bindet hier die rechtskräftige Feststellung des LG München II, dass der Enkel Erbe geworden ist, das Nachlassgericht hinsichtlich der Frage, ob ihm ein Erbschein zu erteilen ist. Das ist Folge der materiellen Rechtskraft und der präjudiziellen Wirkung des Feststellungsurteils (siehe oben).

21 a) Aus der positiven Feststellung des Erbrechts des Enkels folgt, dass der Sohn hier auch nicht mit dem Einwand gehört werden kann, das Testament sei manipuliert. Die Unechtheit

des Testaments wäre eine Einwendung, die vom Streitgericht bei seiner Entscheidung zu beachten gewesen wäre. Wenn das LG dann feststellt, dass der Kläger Erbe geworden ist, dann hat es auch über diese Vorfrage entschieden, denn ein Feststellungsurteil entscheidet rechtskräftig über alle Einwendungen, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben (BGH, NJW 1989, 105; OLG Brandenburg, BeckRS 2011, 29121; KG, BeckRS 2013, 18206; *Büscher in Wieczorek/Schütze*, a. a. O., § 322 Rdnr. 126). Daran änderte sich auch dann nichts, wenn die Frage der Wirksamkeit des Testaments von den Parteien im Zivilprozess nicht thematisiert worden ist bzw. wäre, denn gerade aus der (weiten) Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils folgt, dass sich das Gericht bezüglich des umstrittenen Rechts nicht auf die Prüfung bestimmter (von den Parteien vorgetragener) Streitpunkte beschränkt (*Zöller/Vollkommer*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 322 Rdnr. 7; *Völmann-Stickelbrock in Prütting/Gehrlein*, ZPO, 7. Aufl. 2015, § 322 Rdnr. 63). Letztlich entspricht dies dem Wesenskern der materiellen Rechtskraft: Auch wenn die Parteien und das Gericht Umstände nicht ge- oder erkannt, berücksichtigt oder erwogen haben und die Entscheidung dadurch – gemessen an objektiven Kriterien – falsch sein sollte, ist der Streit zwischen den Parteien entschieden. Anderenfalls bliebe die formelle Rechtskraft ohne Wirkung, denn jede Partei oder jeder Beteiligter könnte sie dann mit dem Vortrag, die frühere Entscheidung sei falsch, überwinden. Dies ist im Ergebnis auch Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, denn ohne eine derartige Grenzziehung ließe sich Rechtsfrieden nicht herstellen. Das Wesen der (materiellen) Rechtskraft besteht darin, dass der Inhalt der Entscheidung für die Parteien und ein neu angerufenes Gericht maßgeblich ist, soweit es in einem späteren Verfahren um dieselbe Rechtsfolge geht (MünchKomm-ZPO/Gottwald, a. a. O., § 322 Rdnr. 1). Ein späteres Verfahren in diesem Sinne ist auch das Erbscheinsverfahren.

22 b) Dass die Berufung gegen das Feststellungsurteil wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verworfen wurde, hat keinerlei Auswirkungen auf den Eintritt und den Umfang der Rechtskraft sowie die Bindungswirkung des Feststellungsurteils.

23 3. Die Bindungswirkung des Feststellungsurteils besteht solange fort, wie dessen formelle Rechtskraft andauert. Wäre das Testament gefälscht, was das Nachlassgericht aus den vorgenannten Gründen ebenso wenig zu prüfen hat wie das Beschwerdegericht, kann vor dem Zivilgericht eine Restitutionsklage (§ 580 Nr. 2 ZPO) erhoben werden. Das Restitutionsverfahren soll gerade verhindern, dass die Autorität der Gerichte und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung beeinträchtigt würde, wenn (formell) rechtskräftige Urteile nicht überprüft werden könnten, obwohl ihre Grundlagen erschüttert sind (BGH, BeckRS 1971, 31381719; *Zöller/Greger*, a. a. O., § 580 Rdnr. 1; *Musiak/Voit*, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 580 Rdnr. 1).

24 Das gilt auch dann, wenn die weiteren Voraussetzungen für eine Restitutionsklage, insbesondere § 582 ZPO, nicht vorliegen sollten.

25 4. Ein arglistiges Ausnutzen des Urteils im Sinne des § 826 BGB liegt nicht vor. Ein solches käme nur dann in Betracht,

wenn das Urteil unrichtig ist, der andere Teil die Unrichtigkeit kennt und besondere Umstände hinzutreten, die die Ausnutzung dieses Urteils als sittenwidrig erscheinen lassen (BGH, NJW 1951, 759). An das Vorliegen solcher Umstände sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, NJW 1964, 349). Erforderlich ist, dass es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zulasten des Schuldners ausnutzt (BGHZ 101, 380, 383 f.). Dies soll zum Beispiel dann in Betracht kommen, wenn nach dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung ein jüngeres Testament auftaucht, dessen Inhalt den getroffenen Feststellungen widerspricht (NK-BGB/Kroiß, a. a. O., § 2359 Rdnr. 10). Der Einwand kann aber nicht auf das gleiche tatsächliche und rechtliche Vorbringen und auf die gleichen Beweismittel gestützt werden, die schon im Vorprozess vorlagen oder hätten vorgebracht werden können (BGHZ 40, 130, 132 f.; *Leipold in Stein/Jonas*, a. a. O., § 322 ZPO Rdnr. 273).

26 Dies wäre aber hier der Fall, wenn der Sohn sich darauf berufen könnte, dass Testament sei manipuliert (und damit unwirksam). Dies hätte im Ausgangsverfahren vor dem LG München II bzw. in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden können und müssen. Dass die Berufungsbegründungsfrist durch den Beteiligten versäumt wurde, führt ersichtlich nicht dazu, dass der obsiegende Enkel das Urteil in sittenwidriger Weise ausnutzen würde.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Martin Soutier**, Roth

Die vorliegenden Beschlüsse beschäftigen sich mit dem Verhältnis zwischen Feststellungsklage und Erbscheinsverfahren. Obwohl der Notar im Regelfall nicht direkt an einer allgemeinen Feststellungsklage zwischen mehreren Erbanwärtern beteiligt sein wird, können dessen Auswirkungen auch für ihn relevant sein, insbesondere wenn ihn die Beteiligten nach einem solchen Verfahren für die Vorbereitung eines Erbscheinsantrags oder einer sonstigen erbrechtlichen Beratung aufsuchen.

Im Grundsatz besteht Einigkeit: Beide Verfahrensarten stehen alternativ nebeneinander. Das Ergebnis eines Erbscheinsverfahrens hat keine Auswirkungen auf eine spätere Feststellungsklage, weil das Nachlassgericht keine Entscheidung mit materieller Rechtskraft trifft.¹ Ein Erbschein kann wegen Unrichtigkeit jederzeit eingezogen bzw. neu erteilt werden.² Das allgemeine Feststellungsurteil erwächst hingegen in materieller Rechtskraft gemäß § 322 ZPO und bindet somit das Nachlassgericht in einem späteren Erbscheinsverfahren, soweit dieselben Personen hieran beteiligt sind.³

Umstritten und bislang ungeklärt ist hingegen die Frage, ob diese Bindungswirkung nur bei einem „regulären“ Feststellungsurteil eintritt oder auch dann, wenn es sich um ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil handelt.⁴ Das OLG Frankfurt hat sich nunmehr völlig zu Recht dagegen ausgesprochen, für die Fälle des Versäumnisurteils eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen zu machen. Dies wäre bereits deshalb nicht nachvollziehbar, weil es insoweit an einer gesetzlichen Grundlage für eine Einschränkung der Rechtskraft fehlt. Der Einwand, dass es bei einem Versäumnisurteil – anders als bei einem regulären Endurteil – keine ausreichende Sachverhaltsaufklärung durch das Prozessgericht gebe und es daher mangels Dispositionsbefugnis der Beteiligten nicht zu einer falschen Gestaltungswirkung über das Erbrecht kommen dürfe,⁵ verfährt nicht. Der Sinn der Rechtskraft besteht darin, dass eine einmal getroffene gerichtliche Entscheidung im Sinne der Rechtssicherheit nicht später wieder in Frage gestellt werden kann, auch wenn sie inhaltlich womöglich unrichtig ist. Dies muss auch beim Versäumnisurteil so sein, weil andernfalls die obsiegende Partei nur ein Urteil „zweiter Klasse“ erhalten würde, das nachträglich, d. h. etwa im Erbscheinsverfahren, keine gleichwertige Bindungswirkung hätte. Es widerspräche dem Sinn und Zweck des Versäumnisurteils, wenn eine Partei durch ihre Säumnis einen Vorteil erlangen könnte, indem sie eine endgültige und rechtsverbindliche Entscheidung des Gerichts verhindert.

Auch der Einwand der Gegenansicht, dass die materielle Erbfolge der Disposition der Erbanwärter entzogen sei,⁶ führt bei genauerer Betrachtung nicht weiter. Es gibt nämlich keinen signifikanten Unterschied zwischen der Klage auf Feststellung des Erbrechts und irgendeiner anderen Feststellungsklage im deutschen Recht, wie beispielsweise einer Kündigungsschutzklage oder einer Klage auf Feststellung des Bestands eines Mietverhältnisses. All diese Klagen können aus verschiedenen Gründen inhaltlich unrichtig sein – die materielle Rechtslage ändern sie nie; es handelt sich schließlich um Feststellungsklagen und nicht um Gestaltungsklagen. Somit wird durch das Feststellungsurteil auch nicht die materielle Erbenstellung geändert. Lediglich im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten werden die Rechtsverhältnisse für Folgeverfahren bindend festgestellt. Die Bindung des Nachlassgerichts im Erbscheinsverfahren kann zwar zur Erteilung eines inhaltlich unrichtigen Erbscheins führen.⁷ Aber auch hierdurch wird die materielle Rechtslage selbst nicht geändert, da der Erbschein lediglich Legitimations- und Gutgläubenswirkung entfaltet. Es leuchtet nicht ein, warum die Bindung des Nachlassgerichts im Erbscheinsverfahren an ein rechtskräftiges, aber womöglich unrichtiges Feststellungsurteil, nicht hinnehmbar sein soll, während dies in allen anderen Bereichen des Zivilrechts (z. B. Leistungsklagen, etc.) allgemein anerkannt wird. Warum soll die

1 BGH, Urteil vom 8.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2353 BGB Rdnr. 48.

2 Vgl. § 2361 BGB sowie OLG Naumburg, Beschluss vom 19.7.2013, 2 Wx 44/12, FamRZ 2014, 1884.

3 BayObLG 1969, 184, 186; BayObLGZ 1987, 325, 330; OLG Brandenburg ZEV 2010, 143, 144; MünchKomm-BGB/Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2359 BGB Rdnr. 35 f. m. w. N.

4 Vgl. *Zimmermann*, ZEV 2010, 457; KG, Beschluss vom 11.11.2014, 1 W 547/14 und 1 W 548/14, NJW-RR 2015, 456.

5 *Zimmermann*, ZEV 2010, 457, 461.

6 Vgl. *Zimmermann*, ZEV 2010, 457 und ZEV 2016, 277.

7 Deshalb kritisch *Zimmermann*, ZEV 2016, 277.

Erteilung eines falschen Erbscheins schwerer wiegen als beispielsweise die materiellrechtlich unrichtige Verurteilung eines Beteiligten auf Zahlung oder Herausgabe im Rahmen einer Leistungsklage? Dies könnte man allenfalls damit zu begründen versuchen, dass das Nachlassgericht im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (im Unterschied zum streitigen Verfahren) stets berechtigt sein müsse, den Sachverhalt eigenständig zu ermitteln.⁸ Dann müsste man aber konsequenterweise generell eine Bindungswirkung der Feststellungsklage im Erbscheinsverfahren verneinen, unabhängig von der Art des Urteils. Dies wird soweit ersichtlich nirgends vertreten.⁹ Es macht vor dem Hintergrund einer angeblich fehlenden „Dispositionsbefugnis“ der Beteiligten jedenfalls keinen Sinn, eine Einschränkung der Rechtskraft nur für bestimmte Urteilsarten wie das Versäumnisurteil zu machen.

Dies kann auch nicht daraus folgen, dass bei Erlass des Versäumnisurteils im Regelfall keine vollwertige Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht erfolgt. Diese Aussage lässt zum einen außer Acht, dass gemäß § 331 ZPO jedenfalls eine Schlüssigkeitsprüfung des Klägervortrags erfolgt. Zum anderen kommt es für das Rechtsinstitut der Rechtskraft grundsätzlich nicht darauf an, auf welchem verfahrensrechtlichen Hintergrund das Urteil beruht. Es gibt, worauf das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung zu Recht hinweist, auch bei Erlass eines regulären Endurteils zahlreiche Fälle, in denen das Gericht nicht den korrekten oder gesamten Sachverhalt zur Grundlage seiner Entscheidung machen kann und somit ggf. eine inhaltlich „falsche“, aber dennoch in Rechtskraft erwachsende Entscheidung trifft. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Partei inhaltlich unzutreffenden Sachvortrag nicht bestreitet (§ 138 Abs. 3 ZPO) oder anerkennt (§ 307 ZPO).¹⁰ Gleiches gilt bei schlechter oder nachlässiger Prozessführung, z. B. bei verspätetem (§ 296 ZPO) oder vergessenem Vorbringen oder wenn – wie im vorstehenden Fall des OLG München – das Urteil deswegen rechtskräftig wird, weil eine Rechtsmittelfrist verspätet eingelegt wird. Es würde zu höchster Rechtsunsicherheit führen, wenn die Frage der Rechtskraft eines Urteils danach zu beurteilen wäre, auf welcher Grundlage das Urteil zustande gekommen ist. Man müsste hier ggf. nach Fallgruppen differenzieren und in einem nachlassgerichtlichen Folgeverfahren noch einmal die Prozessgeschichte rekonstruieren. Genau ein solches Wiederaufgreifen des Vorverfahrens will das Institut der materiellen Rechtskraft aber (soweit kein Fall der §§ 578 ff. ZPO vorliegt) gerade vermeiden.

Schließlich bleibt zu bedenken, dass die Rechtskraftwirkung in subjektiver Hinsicht auf die am Prozess Beteiligten beschränkt ist (§ 325 ZPO). Diese können im Innenverhältnis eine Änderung der Nachlassbeteiligung aber auch auf

materiellrechtlichem Weg erreichen, beispielsweise durch eine Erbteilsübertragung. Die pauschale Aussage, dass das Erbrecht der Dispositionsbefugnis entzogen ist, ist daher zu relativieren. Die Gefahr, dass die Erbprätendenten durch die bewusste Herbeiführung eines Versäumnis- oder Anerkenntnisurteils die materielle Rechtslage im Widerspruch zum BGB verändern könnten, besteht daher nicht. Dies gilt auch nicht im Hinblick auf Nachlassgläubiger oder Dritte (die etwa auch bei Einzelrechtsübertragungen oder einem Erbschafts Kauf eine geschützte Rechtsstellung haben¹¹), weil diese durch das Feststellungsurteil nicht gebunden werden, auch und insbesondere nicht im Rahmen eines späteren Verfahrens auf Erteilung oder Einziehung eines Erbscheins. Eine Einschränkung der materiellen Rechtskraft ist daher richtigerweise – egal um welche Art von Urteil es sich handelt – außerhalb eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß §§ 578 ff. ZPO nicht vorzunehmen.

HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Siehe hierzu auch die nachfolgende Entscheidung Nr. 13 des OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.5.2015, 20 W 371/13, MittBayNot 2017, 79 (in diesem Heft).

¹¹ Vgl. etwa § 2382 Abs. 2 BGB.

13. Bindung des Nachlassgerichts im Erbscheinsverfahren an prozessgerichtliches Feststellungsurteil

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.5.2015, 20 W 371/13
ZPO §§ 322, 325, 331
FamFG §§ 352 ff.

LEITSATZ:

Im Verfahren betreffend die Erteilung eines Erbscheins ist das Nachlassgericht an ein rechtskräftiges Feststellungsurteil des Prozessgerichts gebunden, das zwischen den Beteiligten des Erbscheinerteilungsverfahrens ergangen ist. Dies gilt auch, wenn es sich dabei um ein Versäumnisurteil nach § 331 ZPO handelt.

SACHVERHALT:

1 Die Erblasserin war in einziger Ehe verheiratet mit dem vorverstorbenen A. Aus dieser Ehe sind die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die (...) ebenfalls vorverstorbenen B. als Kinder hervorgegangen. Die Erblasserin hatte keine weiteren Kinder. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die Kinder der vorverstorbenen Tochter B. der Erblasserin, also Enkelkinder der Erblasserin.

2 Am 14.6.2007 errichtete die Erblasserin mit ihrem Ehemann ein gemeinschaftliches öffentliches Testament, in dem sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben und – soweit der überlebende Ehegatte keine anderweitige Verfügung trifft – den Beteiligten zu 2 zu $\frac{1}{2}$ sowie die Beteiligten zu 3 und 4 zu jeweils $\frac{1}{4}$ zu Schlusserben einsetzten.

3 Nachdem ihr Ehemann am ...2.2010 verstorben war, errichtete die Erblasserin am 19.8.2010 ein weiteres notarielles Testament, in dem sie die Beteiligten zu 1 und 2 zu je $\frac{1}{3}$ und die Beteiligten zu 3 und 4 zu je $\frac{1}{6}$ als ihre Erben einsetzte.

⁸ In diese Richtung wohl *Zimmermann*, ZEV 2010, 457, 461, mit dem Hinweis, dass den Beteiligten im Erbscheinsverfahren die „Dispositionsbefugnis“ über das materielle Erbrecht fehle.

⁹ Lediglich eine Durchbrechung der Rechtskraft in Fällen der Sittenwidrigkeit wird verschiedentlich diskutiert, vgl. etwa *Staudinger/Herzog*, Bearb. 2016, § 2359 BGB Rdnr. 24; *jurisPK-BGB/Lange*, 7. Aufl. 2014, § 2359 Rdnr. 8.

¹⁰ KG, Beschluss vom 11.11.2014, 1 W 547/14 und 1 W 548/14, NJW-RR 2015, 456.

4 Die Beteiligten zu 2 bis 4 haben mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten (...) beantragt, ihnen einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der den Beteiligten zu 2 zu $\frac{1}{2}$ und die Beteiligten zu 3 und 4 zu jeweils $\frac{1}{4}$ als Erben der Erblasserin ausweist. Sie haben ihr Erbrecht auf eine Erbeinsetzung in dem Ehegattentestament vom 14.6.2007 gestützt und die Ansicht vertreten, das Testament vom 19.8.2010 sei wegen Testierunfähigkeit der Erblasserin unwirksam.

5 Der Beteiligte zu 1 ist dem Antrag entgegengetreten. Er hat vorgebracht, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments vom 19.8.2010 testierfähig gewesen, sodass sich die Erbfolge nach diesem Testament richte.

6 Mit Beschluss vom 21.1.2013 hat der Richter beim Nachlassgericht die zur Erteilung des von den Beteiligten zu 2 bis 4 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und dessen Erteilung bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt. Er hat zu den Gründen ausgeführt, in einem die Erblasserin betreffenden Betreuungsverfahren sei aufgrund richterlicher Anhörung und eines Sachverständigenutachtens festgestellt worden, dass die Erblasserin bereits im August 2010 an einer senilen Demenz erkrankt gewesen sei.

7 Für den Beteiligten zu 1 hat dessen damaliger Verfahrensbevollmächtigter (...) gegen den (...) vorgenannten Beschluss Beschwerde eingelegt.

8 Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind der Beschwerde entgegengetreten und haben den erstinstanzlichen Beschluss verteidigt.

9 Das Nachlassgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme zur Testierfähigkeit der Erblasserin durch Vernehmung zweier Zeugen der Beschwerde (...) nicht abgeholfen und die Akten mit Verfügung vom selben Tage dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

10 Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten (...) haben die Beteiligten zu 2 bis 4 mitgeteilt, dass sie gegen den hiesigen Beteiligten zu 1 bei dem LG Darmstadt Klage auf Feststellung ihres Erbrechts nach der Erblasserin erhoben haben.

11 Nach Anhörung der Beteiligten hat der Senat (...) das Beschwerdeverfahren aus wichtigem Grund gemäß § 21 Abs. 1 FamFG bis zur Beendigung des vorgreiflichen Zivilprozesses zur Feststellung des Erbrechts vor dem LG Darmstadt ausgesetzt.

12 Mit seit 27.2.2015 rechtskräftigem Versäumnisurteil (...) hat das LG Darmstadt in dem Zivilprozess festgestellt, dass der hiesige Beteiligte zu 2 Erbe zu $\frac{1}{2}$ und die hiesigen Beteiligten zu 3 und 4 Erben zu je $\frac{1}{4}$ der Erblasserin geworden sind.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

16 Denn das Nachlassgericht hat im Ergebnis zu Recht die Voraussetzungen des zur Erteilung des von den Beteiligten zu 2 bis 4 beantragten gemeinschaftlichen Erbscheins gemäß § 2359 BGB für festgestellt erachtet.

17 Dabei kann dahinstehen, ob das Nachlassgericht zur Feststellung der Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des Testaments am 19.8.2010 alle nach § 26 FamFG, § 2229 Abs. 4 BGB erforderlichen Ermittlungen durchgeführt hat, und ob es dabei insbesondere auf ein fachärztliches Sachverständigenutachten zur Testierfähigkeit der Erblasserin ausnahmsweise verzichten konnte, dessen Einholung bei bestehenden Zweifeln an der Testierfähigkeit regelmäßig erforderlich ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.10.2013, 3 Wx 116/13, Rdnr. 25; Senat, Beschluss vom 15.11.1995, 20 W 144/94, Rdnr. 26; jeweils zitiert nach juris).

18 Denn das zwischenzeitlich ergangene Versäumnisurteil des LG Darmstadt vom 17.12.2014 in dem Zivilprozess der hiesi-

gen Beteiligten zu 2 bis 4 gegen den Beteiligten zu 1, mit dem rechtskräftig das Erbrecht der Beteiligten zu 2 bis 4 gleichlaufend mit deren Erbscheinsantrag festgestellt ist, bindet das Nachlassgericht und damit auch das Beschwerdegericht als weitere Tatsacheninstanz (§ 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG) im Erbscheinerteilungsverfahren.

19 Nach heute allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur entfalten rechtskräftige Urteile im Zivilprozess über die Feststellung des Erbrechts regelmäßig Bindungswirkung für das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung über einen Erbscheinsantrag, wenn die Parteien des Zivilprozesses mit den an dem Erbscheinsverfahren beteiligten Erbprätendenten wie vorliegend identisch sind (vgl. Senat, Beschluss vom 30.12.2013, 20 W 287/13, unveröffentlicht; BayObLG, Beschluss vom 30.04.1998, 1 Z BR 187/97, Rdnr. 8; KG Berlin, Beschluss vom 13.6.1996, 1 W 3981/94, Rdnr. 28; beide zitiert nach juris; *Staudinger/Herzog*, Neubearbeitung 2010, § 2359, Rdnr. 24; *Lange in Herberger/Martinek/Rüßmann* u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 2359 BGB, Rdnr. 8, MünchKomm-BGB/Mayer, 6. Aufl., § 2359, Rdnr. 35 und 32 ff.; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2353 Rdnr. 23).

20 Dies ergibt sich bereits aus dem Institut der Rechtskraft selbst, das die Beachtung der daraus folgenden Bindungswirkungen durch alle Amtsträger, zu denen auch die mit Nachlassverfahren befassten Gerichte gehören, gleichermaßen gebietet (vgl. *Lange*, a. a. O.). Ein rechtskräftiges Urteil eines Prozessgerichts bindet demnach auch ein Gericht im Verfahren nach dem FamFG (vgl. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 30. Aufl., Vorbemerkung zu § 322 ZPO Rdnr. 10), soweit die persönlichen und sachlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft (§§ 322, 325 ZPO) reichen. Da das Urteil des Prozessgerichts nach § 325 Abs. 1 ZPO seine subjektive Rechtskraftwirkung im Verhältnis der an dem Zivilprozess beteiligten Parteien entfaltet, erstreckt sich die von dem Nachlassgericht zu beachtende Bindungswirkung gleichfalls auf das Verhältnis dieser Personen zueinander.

21 Danach ergibt sich ein Vorrang des Feststellungsurteils des Prozessgerichts gegenüber der Entscheidung des Nachlassgerichts im Erbscheinerteilungsverfahren im Verhältnis der an beiden Verfahren beteiligten Personen.

22 Dies entspricht der gesetzlichen Wertung, die in einer Reihe von Vorschriften zum Ausdruck kommt, u. a. in §§ 2362, 2365 BGB und § 35 GBO (vgl. *Herzog*, a. a. O.). Der tatsächliche Erbe kann gegen den Besitzer eines unrichtigen Erbscheins nach § 2362 Abs. 1 BGB dessen Herausgabe an das Nachlassgericht verlangen. Die Entscheidung des Nachlassgerichts über die Erbscheinerteilung erwächst also anders als das Feststellungsurteil des Prozessgerichts gerade nicht in Rechtskraft (vgl. BGH, Urteil vom 14.4.2010, IV ZR 135/08, Rdnr. 12; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 29.8.2005, 1 BvR 219/05, Rdnr. 8; jeweils zitiert nach juris). Der Erbschein begründet nach § 2365 BGB vielmehr lediglich die Vermutung der Richtigkeit des darin bekundeten Erbrechts.

23 Ein entgegen der Entscheidung des Prozessgerichts dem dort unterlegenen Beklagten von dem Nachlassgericht erteilter Erbschein kann im Verhältnis der Parteien des Feststellungsprozesses keinen Bestand haben. Die im Zivilprozess

obsiegende Partei kann dessen Rückgabe an das Nachlassgericht nämlich sofort im Prozesswege über § 2362 Abs. 1 BGB durchsetzen (vgl. *Lange*, a. a. O., Rdnr. 7, MünchKomm-BGB/Mayer, 6. Aufl., § 2362 BGB Rdnr. 6). Das Prozessgericht ist im Herausgabeprozess seinerseits an die rechtskräftige Feststellung der Erbfolge gebunden, weil es sich um eine Vorfrage für den geltend gemachten materiellrechtlichen Herausgabeanspruch handelt (vgl. zur Bindungswirkung bei Präjudizialität im Zivilprozess: MünchKomm-ZPO/Gottwald, 4. Aufl., § 322 ZPO Rdnr. 51).

24 Auch aus § 35 GBO ergibt sich das Erfordernis, dass das Nachlassgericht bei Erteilung eines Erbscheins die von dem Prozessgericht festgestellte Erbfolge zu beachten hat. Auch wenn der gesetzliche oder aufgrund privatschriftlichen Testaments eingesetzte Erbe ein rechtskräftiges Feststellungsurteil gegen alle in Frage kommenden Erbprätendenten erstritten hat, muss er zur Umschreibung der in den Nachlass fallenden im Grundbuch eingetragenen Rechte gegenüber dem Grundbuchamt seine Erbenstellung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO regelmäßig durch Erbschein nachweisen. Könnte das Nachlassgericht die Erteilung des Erbscheins wegen Einwendungen der im Zivilprozess unterlegenen Erbprätendenten verweigern, hätte der Erbe trotz rechtskräftiger Feststellung seines Erbrechts keine Möglichkeit, eine die Umschreibung der in den Nachlass fallenden Rechte an Immobilien im Grundbuch zu bewirken.

25 Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn es sich bei dem das Erbrecht feststellenden Urteil wie vorliegend um ein Versäumnisurteil nach §§ 331 ff. ZPO handelt. Teilweise wird in der Literatur (*Zimmermann*, ZEV 2010, 457, 461) die Auffassung vertreten, dass ein solches Urteil mangels Gestaltungswirkung über das Erbrecht, über das die Erben keine Dispositionsbefugnis haben, für sich genommen dem Nachlassgericht nicht die notwendige Überzeugung für die Erteilung eines Erbscheins vermitteln könne. Diese Ansicht vermag den Senat nicht zu überzeugen. Denn der Anknüpfungspunkt für die Bindungswirkung eines Feststellungsurteils des Prozessgerichts über das Erbrecht ist wie ausgeführt formeller Natur. Die Bindungswirkung, die an die materielle Rechtskraft des prozessgerichtlichen Urteils anknüpft, kann nicht in einer von der Zivilprozessordnung nicht vorgesehenen Weise nach der Art des Urteils relativiert werden (vgl. *Lange*, a. a. O., Rdnr. 7). Die sich aus den grundlegenden Unterschieden der jeweiligen Verfahrensordnungen ergebenden Folgen sind vielmehr hinzunehmen. Denn grundsätzlich muss, um abweichende Entscheidungen zu verhindern, entweder das Urteil des Prozessgerichts oder die Entscheidung des Nachlassgerichts Vorrang haben. Dann müssen aber in jedem Falle Ergebnisse, die aufgrund abweichender Prinzipien der einen Verfahrensordnung zustande gekommen sind, in einem Verfahren nach der anderen Verfahrensordnung beachtet werden. Der abzulehnenden Ansicht liegt im Ergebnis die grundsätzlich nachvollziehbare Überlegung zugrunde, dass Entscheidungen des Prozessgerichts für das Erbscheinserteilungsverfahren nicht bindend sein sollen, denen keine den Anforderungen von § 2358 Abs. 1 BGB, § 26 FamFG genügende Aufklärung der das festgestellte Erbrecht begründenden objektiven Tatsachen zugrunde liegt oder die diesen sogar widersprechen. Dass bei der Entscheidung im Zivilprozess anders als bei der

im Erbscheinserteilungsverfahren nicht zwangsläufig alle objektiv zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpft werden, ist dem Zivilprozess aber immanent und wirkt sich nicht nur im Falle des Versäumnis- oder auch des Anerkenntnisurteils nach § 307 ZPO aus. Auch verspätetes (§ 296 Abs. 1 ZPO) oder von den Parteien aus anderen Gründen nicht in den Prozess eingeführtes Vorbringen ist nicht zur Grundlage der Entscheidung des Prozessgerichts zu machen, während tatsächlich unzutreffender, aber nicht bestrittener Vortrag (§ 138 ZPO) den tatsächlichen Feststellungen im Urteil des Prozessgerichts regelmäßig zugrunde zu legen ist. Eine umfassende Überprüfung der materiellen Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Urteil des Prozessgerichts nach den Normen der ZPO zustande gekommenen tatsächlichen Feststellungen als Voraussetzung einer Bindungswirkung für das Erbscheinserteilungsverfahren ließe die Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils in einer mit den oben dargestellten gesetzlichen Grundlagen nicht zu vereinbarenden Weise im Ergebnis leerlaufen.

26 Es kann dahinstehen, ob ausnahmsweise dennoch eine Durchbrechung der Bindungswirkung der Entscheidung des Prozessgerichts grundsätzlich in Betracht kommen kann, namentlich in Fällen, in denen dem Antrag die Sittenwidrigkeit der Ausnutzung des Feststellungsurteils entgegengehalten wird (vgl. dazu *Lange*, a. a. O., Rdnr. 7; *Herzog*, a. a. O., Rdnr. 26 m. w. N.). Denn für das Vorliegen eines solchen Falles gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte.

27 Demnach steht bereits aufgrund der in dem rechtskräftigen Versäumnisurteil des LG Darmstadt getroffenen Feststellung das Erbrecht der Beteiligten zu 2 zu $\frac{1}{2}$ und der Beteiligten zu 3 und 4 zu je $\frac{1}{4}$ für das Erbscheinserteilungsverfahren bindend fest. Zudem haben die Beteiligten zu 2 bis 4 die nach §§ 2355, 2354 Abs. 1 Nr. 1, 5 BGB für die Erteilung des Erbscheins erforderlichen Angaben in der Form des § 2356 BGB gemacht. Die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen sind daher nach § 2359 BGB von dem Nachlassgericht zutreffend festgestellt worden.

28 Die gegen den diese Feststellungen treffenden Beschluss des Nachlassgerichts gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 war zurückzuweisen.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch die Anmerkung von *Sou-tier*, MittBayNot 2017, 78 (in diesem Heft).

14. Unzulässigkeit des Erbscheinantrags bei testamentarischer Bestimmung eines Schiedsgerichts

OLG Celle, Beschluss vom 10.12.2015, 6 W 204/15

ZPO § 1032 Abs. 1, § 1066

BGB §§ 2065 Abs. 1, 2198 Abs. 1, 2270 Abs. 3, 2289 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Bei letztwilliger Verfügung schiedsrichterlicher Entscheidung eines Erbprätendentenstreits ist ein Erbscheinantrag unzulässig, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat.
2. Eine solche Verfügung ist nicht nach § 2065 Abs. 1 BGB unwirksam.
3. Eine solche Verfügung des überlebenden Ehegatten beeinträchtigt nicht die bindende Erbeinsetzung eines Erben durch ihn in dem gemeinschaftlichen Testament mit seinem vorverstorbenen Ehegatten.
4. Der Erblasser kann die Benennung der Schiedsrichter einem Dritten überlassen.
5. Es spricht vieles dafür, dass die Schiedsgerichtsklausel nicht nur auf Rüge eines Beteiligten vom staatlichen Gericht zu beachten ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

2 Der Antrag der Beteiligten zu 1, ihr einen Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin der Erblasserin ausweist, ist derzeit unzulässig. Ihm steht die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit entgegen (§ 1032 Abs. 1 Hs. 1, § 1066 Fall 1 BGB). Die Erblasserin hat in § 2 Nr. 2.2 ihres Testaments vom 7.3.2013 das Schiedsgericht wirksam angeordnet, indem sie verfügt hat, „für ... Streitigkeiten, die durch (ihren) Tod hervorgerufen w(ü) rden, (seien) die staatlichen Gerichte ausgeschlossen und soll(e) stattdessen die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e. V. mit Sitz in H. zuständig sein.“

3 1. Die Verfügung ist wirksam.

4 a) Die Erblasserin hat durch sie die Beteiligte zu 1 nicht in der Weise als Alleinerbin eingesetzt, dass ein Schiedsgericht zu bestimmen hat, ob diese Erbeinsetzung gelten soll oder nicht (§ 2065 Abs. 1 BGB). Sie hat vielmehr diese Erbeinsetzung abschließend wirksam vornehmen wollen und nur für den Fall, dass jemand sie der Beteiligten zu 1 streitig macht, ein Schiedsgericht statt der staatlichen Gerichte zur Streitentscheidung berufen (vgl. RGZ 100, 76, 77 f.).

5 b) Die Schiedsgerichtsklausel ist nicht entsprechend § 2289 Abs. 1 Satz 1, 2 Hs. 1 BGB unwirksam, falls der vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin diese in beider gemeinschaftlichem Testament vom 5.12.1983 nicht von der Bindung an die je hälftige Erbeinsetzung seines Sohnes, des Beteiligten zu 2, und seines Neffen durch sie befreit hätte. Ausweislich des § 2270 Abs. 3 BGB gilt die Bindungswirkung für die Anord-

nung des Schiedsgerichts bei einem Streit durch das gemeinschaftliche Testament bedachter Erben mit von dem überlebenden Ehegatten eingesetzten Erben nicht. Anders als die nachträgliche Anordnung von Testamentsvollstreckung (dazu OLG Köln, Beschluss vom 22.8.1990, 2 Wx 31/90, juris Rdnr. 34) beschränkt die Schiedsgerichtsklausel die Einsetzung von Erben durch gemeinschaftliches Testament nicht. Die Klärung der Streitfrage, ob diese Erbeinsetzung bindend war, durch ein Schiedsgericht hat denselben Wert wie durch ein staatliches Gericht.

6 c) Die Erblasserin hat die Schiedsrichter hinreichend benannt. Dazu genügt, dass der von ihr bezeichnete Verein ausweislich seines Internetauftritts nach Einreichung der Klage bei seiner Bundesgeschäftsstelle einen oder mehrere Schiedsrichter aus seiner bundesweiten Liste benennt. Da der Erblasser das Verfügungsrecht der Erben durch einen von dritter Seite ernannten Testamentsvollstrecker beschränken kann (§ 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB), kann er erst recht den Streit zwischen Erbprätendenten, deren materielles Recht am Nachlass noch nicht feststeht, durch von dritter Seite benannte Schiedsrichter entscheiden lassen. Unerheblich ist, dass die Schiedsrichter einen Erbschein nicht erteilen dürfen. Der Streit muss im Klagewege entschieden werden. Die Erteilung eines Erbscheins durch die staatlichen Gerichte unterliefe, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat, die wirksame Schiedsgerichtsklausel in dem Testament.

7 2. Es spricht vieles dafür, dass das Gericht die Schiedsgerichtsklausel im Testament von Amts wegen ohne Rüge eines Beteiligten zu beachten hat. Die auf die Schiedsvereinbarung zugeschnittene Bestimmung des § 1032 Abs. 1 Hs. 1 ZPO, nach welcher die Vereinbarung nur auf Rüge hin zu prüfen ist, passt nicht auf die einseitige Verfügung eines Schiedsgerichts in einem Testament. Die Beteiligten könnten den Erblasserwillen hintergehen, indem im Erbscheinsverfahren niemand sich auf das Schiedsgericht beriefe. Letztlich kommt es darauf nicht an. Der Senat sieht die Erhebung der Rüge in der Erklärung des Beteiligten zu 2, er „würde einem Schiedsverfahren ... zustimmen, um eine gütliche Einigung anzustreben“.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe hierzu den Aufsatz von *Bandel*, MittBayNot 2017, 1 (in diesem Heft).

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

15. Nichteintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum einer GbR stehenden Grundstücks

BGH, Beschluss vom 20.5.2016, V ZB 142/15

BGB §§ 899a, 1276
GBO §§ 22, 47 Abs. 2

LEITSATZ:

Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.

1 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Gesellschafter der Beteiligten zu 3, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Diese ist als Eigentümerin der im Rubrum dieses Beschlusses genannten Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligte zu 2 hat seinen Gesellschaftsanteil an der GbR an die Beteiligte zu 4 verpfändet. Sämtliche Beteiligte haben bei dem Grundbuchamt beantragt, die Verpfändung in die jeweiligen Grundbücher einzutragen.

2 Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die von den Beteiligten gegen den Zurückweisungsbeschluss gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie den Eintragungsantrag weiter.

3 Das Beschwerdegericht meint, dass die Verpfändung des Gesellschaftsanteils zwar zu einer Verfügungsbeschränkung des verpfändenden Gesellschafters führe. Nach den Regeln des Pfandrechts an Rechten sei der Beteiligte zu 2 als Verpfänder aber nicht in der Verfügung über die Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte, sondern in der Verfügung über seinen Gesellschaftsanteil beschränkt. Inhaberin der in dem Grundbuch eingetragenen Rechte sei allein die GbR. Die Gesellschafter seien durch die aus der Verpfändung resultierende Verfügungsbeschränkung des Beteiligten zu 2 hinsichtlich dessen Gesellschaftsanteils nicht gehindert, über das Grundstück der Gesellschaft zu verfügen.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die (...) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

(...)

6 2. In der Sache lehnt das Beschwerdegericht die Voraussetzungen für eine Eintragung der Verpfändung des Gesellschaftsanteils des Beteiligten zu 2 an die Beteiligte zu 4 in das Grundbuch zutreffend ab.

7 a) Einzutragen wäre die Verpfändung, wenn sie ein Recht der Beteiligten zu 4 an dem in den Grundbüchern eingetragenen Eigentum der GbR begründete. Die Eintragung wäre in diesem Fall erforderlich, um einen ansonsten gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB möglichen gutgläubigen lastenfreien Erwerb eines Dritten zu verhindern. Da der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch das Fehlen von nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkungen des Berechtigten über ein im Grundbuch eingetragenes Recht umfasst (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB), hätte die Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs des eingetragenen Rechts ferner dann zu erfolgen, wenn die Verpfändung zu einer Verfügungsbeschränkung der GbR führte. Entsprechendes würde schließlich gelten, wenn die Verpfändung die Gesellschafterstellung des Beteiligten zu 2 verändern oder dessen Befugnis beschränken würde, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen. Gemäß § 899a BGB erstreckt sich nämlich der gute Glaube des Grundbuchs auch darauf, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.

8 b) Unter keinem der genannten Gesichtspunkte ist die Verpfändung des Gesellschaftsanteils an die Beteiligte zu 4 in den jeweiligen Grundbüchern einzutragen.

9 aa) Allerdings ist die Frage, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks – für die hier zugunsten der Beteiligten zu 3 eingetragenen Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte gilt nichts anderes – einzutragen ist, umstritten. In der Literatur wird dies ganz überwiegend verneint (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4292; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 10 GBV Rdnr. 34; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 13 Rdnr. 33; *KEHE/Schrandt*, GBR, 7. Aufl., § 22 Rdnr. 54; *Staudinger/Habermeyer*, 2003, § 719 Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/Schäfer, 6. Aufl., § 719 Rdnr. 56; BeckOK-GBO/Kral, Stand: 1.2.2016, Gesellschaftsrecht Rdnr. 95; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 189; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 670; *Böhringer*, Rpfleger 2010, 406; *ders.*, ZfIR 2012, 11, 13; *Wertenbruch* in *Westermann/Wertenbruch*, Handbuch Personengesellschaften, 63. Lieferung 10.2015, § 29, Rdnr. 669 c). Demgegenüber wird in Teilen der Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1111; LG Hamburg, Rpfleger 1982, 142) sowie auch in Teilen der Literatur (*Hügel/Holzer*, GBO, 3. Aufl., § 26 Rdnr. 20; *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 185; *Palandt/Sprau*, 75. Aufl., § 719 Rdnr. 8; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 1274 Rdnr. 6) die Eintragung als erforderlich bzw. möglich angesehen.

10 bb) Die Rechtsfrage ist im Sinne der erstgenannten Aufassung zu entscheiden. Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.

11 (1) Nur die GbR ist Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens. Grundstücke einer GbR stehen in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter (vgl. Senat, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ

179, 102 Rdnr. 11). Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils begründet weder ein Recht des Pfandrechtsinhabers an den im Grundbuch eingetragenen Rechten der GbR noch wird diese als Rechtsinhaberin in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt. Eine Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs eines Dritten (§ 892 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) kommt unter diesem Aspekt nicht in Betracht.

12 (2) Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils ist auch nicht deshalb in das Grundbuch einzutragen, weil gemäß § 899a BGB in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet wird, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.

13 (a) Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch dient zum einen der Identifizierung der GbR und ermöglicht zum anderen durch die Verweisung auf die §§ 892 ff. BGB einen gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks der GbR in den Fällen, in denen sämtliche eingetragenen Gesellschafter über das Grundstück verfügen, zumindest einer der eingetragenen Personen aber tatsächlich nicht Gesellschafter oder aus sonstigen Gründen zu einer Verfügung über das Grundstück nicht befugt ist. Das Gesetz schützt damit den guten Glauben an die Gesellschafterstellung der Eingetragenen bzw. deren Verfügungsbefugnis (vgl. MünchKomm-BGB/Kohler, 6. Aufl., § 899a Rdnr. 14), wobei es hier auf die umstrittene Frage, ob sich die Vermutungswirkung des § 899a BGB neben dem Verfügungsgeschäft auch auf das Verpflichtungsgeschäfte bezieht (vgl. zum Streitstand nur Palandt/Bassenge, 75. Aufl., § 899a, Rdnr. 6 m. w. N.), nicht ankommt. Dies ist Folge des Personengesellschaften kennzeichnenden Grundsatzes der Selbstorganschaft, der es verbietet, sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen und diese auf Dritte zu übertragen (vgl. BT-Drucks. 16/13437 S. 26; BGH, Urteil vom 5.10.1981, II ZR 203/80, NJW 1982, 1817).

14 (b) Durch die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils wird die Stellung des Gesellschafters aber nicht berührt, der Pfandgläubiger rückt nicht in die Rechtsstellung des Gesellschafters ein, sodass eine Eintragung der Verpfändung im Grundbuch nicht zur Verhinderung eines ohne Eintragung möglichen gutgläubigen Erwerbs erforderlich ist. Durch die Verpfändung erhält der Pfandgläubiger nur das Recht, sich aus dem Gesellschaftsanteil durch dessen Verwertung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften (§ 1277 BGB) zu befriedigen. Der verpfändende Gesellschafter bleibt in der Regel in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und insbesondere auch in der Ausübung des Stimmrechts frei. Das Pfandrecht gewährt damit dem Pfandgläubiger grundsätzlich keinen Einfluss auf die Gesellschafterstellung des Verpfändenden (BGH, Urteil vom 13.7.1992, II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 194 f. für die GmbH; Staudinger/Wiegand, 2009, § 1274 Rdnr. 45). Die Vorschrift des § 1258 Abs. 1 BGB, wonach bei einer Verpfändung eines Miteigentumsanteils der Gläubiger die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, gilt grundsätzlich nicht entsprechend für Gesellschaftsanteile (Staudinger/Wiegand, a. a. O.; BeckOGK-BGB/Leinenweber, Stand: 15.10.2015, § 1274

Rdnr. 188; siehe auch MünchKomm-BGB/Schäfer, 6. Aufl., § 719 Rdnr. 55 zu möglichen Ausnahmen bei Kontroll- und Informationsrechten, die zum Schutz des Pfandgläubigers erforderlich seien).

15 (c) In ihren hier maßgeblichen Wirkungen auf die Gesellschafterstellung unterscheidet sich die Verpfändung eines Anteils an einer GbR nicht von der Pfändung eines solchen Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 859 Abs. 1 ZPO); bei dieser rückt der Gläubiger ebenfalls nicht in die Stellung des Gesellschafters ein (so bereits RGZ 60, 126, 130 f.). Die Befugnis des Gesellschafters über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück zu verfügen, bleibt trotz Pfändung des Gesellschaftsanteils bestehen, eine Eintragung der Pfändung im Grundbuch scheidet nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur aus (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1987, 175, 178; OLG Zweibrücken, OLGZ 1982, 406; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 859 Rdnr. 4 m. w. N.; Palandt/Sprau, 75. Aufl., § 725 Rdnr. 2; Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rdnr. 1558 m. w. N.).

16 (3) Schließlich folgt eine Pflicht zur Eintragung der Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch nicht aus § 1276 Abs. 1 und 2 BGB. Nach dieser Vorschrift sind die Aufhebung des verpfändeten Rechts und beeinträchtigende Änderungen nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der seinen Anteil verpfändende Gesellschafter nicht mehr gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern über im Eigentum der GbR stehende Grundstücke verfügen kann.

17 (a) Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift auf Verfügungen über ein der GbR gehörendes Grundstück scheidet von vorneherein aus, weil verpfändetes Recht im Sinne des § 1276 Abs. 1 und 2 BGB im vorliegenden Zusammenhang nur der Gesellschaftsanteil ist. Nur hierauf kann sich deshalb die in der Vorschrift normierte Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters nach ihrem eindeutigen Wortlaut beziehen, nicht jedoch auf die Grundstücke, die im Eigentum der GbR stehen.

18 (b) Auch eine entsprechende Anwendung kommt nicht in Betracht.

19 (aa) Allerdings entspricht es ganz herrschender Meinung, dass bei der Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft der verpfändende Miterbe hinsichtlich seiner Befugnis, gemeinsam mit den anderen Miterben über einen Nachlassgegenstand zu verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB), zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt ist und die Verpfändung in das Grundbuch einzutragen ist (vgl. RGZ 90, 232, 236; BayObLG, NJW 1959, 1780, 1781; BeckOGK-BGB/Leinenweber, Stand: 15.5.2015, § 1274 Rdnr. 105; Demharter, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 13, Rdnr. 33 m. w. N.; Palandt/Bassenge, 75. Aufl., § 1276 Rdnr. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 974; KEHE/Schrandt, GBR, 7. Aufl., § 22 Rdnr. 53). Begründet wird dies damit, dass es eine (mittelbare) Beeinträchtigung des Pfandrechts an dem Erbteil im Sinne des § 1276 BGB bedeute, wenn der verpfändende Miterbe ein zum Nachlass gehörendes Grundstück in Gemeinschaft mit den anderen Miterben ohne Berücksichtigung der Verpfändung veräußerte oder belastete. Es würde

dadurch ein Gegenstand, der von dem verpfändeten Anteilsrecht ergriffen werde und ihm mit den anderen Nachlassgegenständen Inhalt und Wert verleihe, dem Anteilsrechte entzogen werden oder in seiner Verwertbarkeit eine Einbuße erleiden (RGZ 90, 232, 236; BayObLG, NJW 1959, 1780, 1781; OLG Hamm, OLGZ 1977, 283, 286).

20 (bb) Dieser Gesichtspunkt wird in Teilen der – insbesondere älteren – Rechtsprechung auch bei der Frage herangezogen, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR oder die Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil, die gemäß § 1071 BGB zu einer § 1276 BGB entsprechenden Beschränkung des von dem Nießbrauch betroffenen Rechts führt, eine in das Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters zur Folge hat. Hierauf stützt sich die Rechtsbeschwerde. Nach dieser Rechtsprechung bedeutet es zumindest eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts, wenn die Gesellschafter bürgerlichen Rechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers oder des Nießbrauchers über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand verfügen könnten. Erst die Einzelgegenstände verließen dem mit dem Nießbrauch oder mit dem Pfandrecht belasteten Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen Inhalt und Wert. Eine Verfügung über die Einzelgegenstände ohne Zustimmung des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers könne zur Aushöhlung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts führen (OLG Hamm, OLGZ 1977, 283, 287 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1111; siehe zu dem Gesichtspunkt der „Aushöhlung“ jüngst auch *Reymann*, MittBayNot 2016, 38, 39 f.).

21 (cc) Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist aber eine entsprechende Anwendung des § 1276 BGB bzw. – bei einem Nießbrauch an einem GbR-Anteil – des § 1071 BGB nicht mehr möglich. Solange die GbR als Gesamthandsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit verstanden wurde, waren deren Gesellschafter ebenso wie der Miterbe einer Erbengemeinschaft an den Vermögensgegenständen der Gesellschaft bzw. der Erbengemeinschaft jedenfalls insoweit unmittelbar rechtlich beteiligt, als ihnen das Eigentum an Grundstücken zusammen mit den anderen Gesellschaftern bzw. Miterben zur gesamten Hand zustand. Während diese unmittelbare Beteiligung bei der Erbengemeinschaft, die anders als eine GbR nicht rechtsfähig ist (BGH, Urteil vom 11.9.2002, XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3390; Beschluss vom 17.10.2006, VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715 f.), fortbesteht, hat der Gesellschafter einer GbR an den einzelnen Vermögensgegenständen keine unmittelbaren Rechte mehr. Rechtsinhaber ist ebenso wie bei einer Kapitalgesellschaft nur die GbR. Die notwendige klare Trennung zwischen der rechtsfähigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern schließt es aus, gemeinschaftliche Verfügungen der Gesellschafter über Vermögen der GbR als das Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil beeinträchtigende Änderungen im Sinne des § 1276 BGB anzusehen (vgl. zur fehlenden Eintragungsfähigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR OLG München, FGPrax 2011, 67, 68; OLG Celle, NZG 2011, 1146).

22 (dd) Gegen mittelbare Verschlechterungen des wirtschaftlichen Werts des Pfandrechts an dem Gesellschaftsanteil wird der Pfandgläubiger durch § 1276 BGB deshalb nicht ge-

schützt. Allerdings können sich der Verpfänder und die übrigen Gesellschafter durch die Art und Weise der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte gegenüber dem Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig machen (vgl. hierzu RGZ 139, 224, 230).

23 (4) Ob es – ebenso wie bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – möglich ist, einem Pfandgläubiger durch weitergehende Nebenabreden eine Position einzuräumen, die nach ihrer konkreten Ausgestaltung im wirtschaftlichen Ergebnis der Stellung eines Gesellschafters gleich oder doch jedenfalls nahe kommt (vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1992, II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 195; siehe auch *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 97; und MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 6. Aufl., § 1068 Rdnr. 85, zu der Einräumung von echten Mitwirkungsrechten bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil) und deshalb die Eintragung einer Verpfändung rechtfertigt, bedarf keiner Entscheidung. Eine solche atypische, von dem gesetzlichen Leitbild der Verpfändung abweichende Ausgestaltung des Pfandrechts, die im Übrigen gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsste, ist weder von dem Beschwerdegericht festgestellt noch wird sie von der Rechtsbeschwerde behauptet.

(...)

16. Grenzüberschreitender Formwechsel einer französischen S. à r. l. in eine deutsche GmbH

KG, Beschluss vom 21.3.2016, 22 W 64/15

UmwG §§ 191, 226

SE-VO Art. 8 Abs. 6

GmbHG § 3 Abs. 1 Nr. 4

AEUV Art. 49, 54

LEITSATZ:

Die Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels einer französischen GmbH in eine deutsche GmbH ist nach den deutschen Vorschriften über den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH zu beurteilen. Die Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel einer Europäischen Aktiengesellschaft finden keine Anwendung.

SACHVERHALT:

1 Die Beteiligte ist eine nach französischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft (*Société à responsabilité limitée*), die seit dem 2.4.1999 im Handelsregister in Paris eingetragen ist. Mit Beschluss vom 24.12.2014 beschloss der Alleingesellschafter u. a. die Erhöhung des Stammkapitals auf 25.008 €, die Verlegung des Geschäftssitzes von Paris nach Berlin und die Verabschiedung einer neuen Satzung der Gesellschaft in Form einer Gesellschaft deutschen Rechts. Die Beschlüsse wurden sodann im Handelsregister in Paris vermerkt. Wegen der Sitzverlegung heißt es im Register: „Eintrag Nr. 19 vom 9.1.2015 Plan der Verlegung des Geschäftssitzes der Gesellschaft ab dem 24.12.2014 nach Berlin (Deutschland)“. Mit notariell beurkun-

detem Beschluss vom 30.3.2015 beschloss der Alleingesellschafter eine formwechselnde Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH nach deutschem Recht.

2 Der Geschäftsführer hat diese Umwandlung mit einer Anmeldung vom 30.3.2015 angemeldet. Das AG hat diese Anmeldung mit einem Beschluss vom 30.4.2015 zurückgewiesen. Es hat insoweit die Auffassung vertreten, dass auf einen derartigen grenzüberschreitenden Formwechsel die Vorschrift des Art. 8 SE-VO anzuwenden ist. Danach wären etwa ein Umwandlungsplan, der der Veröffentlichung bedürft hätte, und unverzichtbar ein Umwandlungsbericht zu erstellen gewesen. Es hätten Bekanntmachungen erfolgen und die Frist von zwei Monaten nach Art. 8 Abs. 6 SE-VO eingehalten werden müssen. Weiter fehle es an einem Nachweis der registermäßigen Vollziehbarkeit der Sitzverlegung im französischen Register. Weiter hat das AG darauf hingewiesen, dass für eine Eintragung des Formwechsels überdies ein Nachweis über die Werthaltigkeit des zu übernehmenden Vermögens der französischen Gesellschaft, die Angaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG und die Festsetzung der Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag fehlten. Letzteres sei erforderlich, weil die Übernahme des Vermögens – ohne Rechtsträgerwechsel – eine Sachgründung darstelle. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

3 II. 1. Die im Namen der Gesellschaft eingelegte Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 30.4.2015 ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. In dem Anmeldeverfahren auf Eintragung des Formwechsels der französischen Gesellschaft in eine GmbH nach deutschem Recht ist der betroffene Rechtsträger, dessen Eintragung abgelehnt wird, nach § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdebefugt (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324; Beschluss vom 16.3.1992, II ZB 17/91, BGHZ 117, 323). Denn es handelt sich um einen Fall der Ersteintragung, die bei der GmbH rechtsbegründend wirkt, vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG. Auch die Beschwerdefrist von einem Monat ist eingehalten. Die Beschwerdeschrift vom 1.6.2015 ist an diesem Tag, einem Montag, per Fax eingegangen, der angefochtene Beschluss ist am 30.4.2015 zugestellt worden. Der Beschwerdewert nach § 61 Abs. 1 FamFG wird erreicht, weil er in Bezug auf die Ersteintragung einer Kapitalgesellschaft in jedem Fall höher als 600 Euro liegt.

4 2. Die Beschwerde ist begründet. Das AG hat die Anmeldung vom 30.3.2015 auf Eintragung der durch einen Formwechsel einer Gesellschaft französischen Rechts in eine GmbH nach deutschem Recht entstandenen Rechtsträger zu Unrecht zurückgewiesen.

5 a) Nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG darf ein auf eine Eintragung in das Handelsregister gerichteter Antrag nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht zurückgewiesen werden, wenn er lediglich unvollständig ist oder der Eintragung ein anderes durch den Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht. In diesem Fall ist dem Antragsteller vielmehr durch eine Zwischenverfügung eine angemessene Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu setzen. Danach hat das AG die Anmeldung vom 30.3.2015 zu Unrecht zurückgewiesen. Es hätte vielmehr eine Zwischenverfügung erlassen müssen. Der Anmeldung stehen keine nicht behebbaren Hindernisse entgegen.

6 Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Art. 49, 54 AEUV, die dem nationalen Recht vorgeht, ist davon auszugehen, dass insbesondere die Vorschriften der §§ 191,

226 UmwG, die eigentlich abschließend die Rechtsträger benennen, die einen Formwechsel durchführen können, dem angemeldeten Formwechsel nicht entgegen stehen, auch wenn sie – wie hier – den beteiligten ausländischen Rechtsträger nicht als formwechselfähig aufführen (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 12.7.2012, C 378/10 - Vale, juris, NZG 2012, 871 = NJW 2012, 2715). Denn die Vorschriften sind unter Berücksichtigung der Art. 49 und 54 AEUV dahin zu verstehen, dass einer dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats unterliegenden Gesellschaft der Formwechsel in eine GmbH nach deutschem Recht nicht verwehrt werden kann, wenn ein solcher Formwechsel für Gesellschaften nach deutschem Recht möglich ist. Dies ist hier aber ausweislich der Vorschriften des UmwG der Fall (ebenso zu einer GmbH nach luxemburgischen Recht: OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, juris, NZG 2014, 349 = DNotZ 2014, 150).

7 Die danach erforderliche Anpassung des deutschen Sachrechts hat entgegen der Auffassung des AG nicht unter Anwendung der Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel einer Europäischen Aktiengesellschaft zu erfolgen. Der EuGH hat allerdings – wie das AG zu Recht bemerkt – in der Entscheidung vom 12.7.2012 die Frage, welche konkreten Vorschriften anzuwenden sein sollen, offen gelassen. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Europäische Aktiengesellschaft kommt damit grundsätzlich in Betracht. Ihrer Anwendbarkeit im vorliegenden Fall steht aber entgegen, dass die Anwendung auf eine Gesellschaft nach französischem Recht, wie sie die Beteiligte vor dem Formwechsel dargestellt hat, zu einer erheblichen Benachteiligung gegenüber der vergleichbaren deutschen GmbH führen würde. Denn die supranationale Rechtsform der SE ist vor allem auf Großunternehmen zugeschnitten (vgl. dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 4; *Hirte*, NZG 2002, 1; *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 286 f.). Dies zeigt sich etwa auch an den auf Arbeitnehmer und deren Mitbestimmungsrechte bezogenen Regelungen (Art. 1 Abs. 4, 12 Abs. 2 SE-VO; Nr. 19, 21 der Erwägungsgründe). Die Rechtsform soll insbesondere multinational agierenden Unternehmen eine Alternative zu den bislang bestehenden Möglichkeiten der Konzerngliederung und der Kooperation mit anderen Unternehmen gewähren (vgl. Nr. 3 Satz 3, 13 der Erwägungsgründe; *Habersack/Verse*, a. a. O., § 13 Rdnr. 4 m. w. N.). Dies ist bereits an der Höhe des Mindestkapitals von 120.000 € und auch an der Ausgestaltung der Regelungen zu erkennen, die deutlich von den Regelungen des deutschen Umwandlungsrechts für eine formwechselwillige GmbH abweichen, wenn etwa die Erstellung eines Umwandlungsplans als erforderlich bestimmt wird, stets ein Umwandlungsbericht verfasst werden muss und besondere Bekanntmachungen vor Durchführung der Sitzverlegung durchzuführen sind. Eine Anwendung dieser gegenüber den deutschen Regelungen über den Wechsel einer Kapitalgesellschaft in die Rechtsform einer GmbH wesentlich strengeren Regelungen führte damit zu einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung der nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates gegründeten Gesellschaft gegenüber einer deutschen Gesellschaft. Dies ist nach den Art. 49, 54 AEUV untersagt. Aus diesem Grund muss es bei einer Anwendung der Regeln eines Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH bleiben, wie sie das UmwG vorsieht.

8 Die Zurückweisung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil das frühere Heimatrecht der Beteiligten dem Formwechsel entgegensteht. Das französische Recht lässt den Formwechsel einer S. à r. l. durchaus zu (vgl. dazu *Süß/Döbereiner*, Handbuch des Internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl., Frankreich Rdnr. 125 ff.) und auch der registerliche Vollzug bei einem grenzüberschreitendem Formwechsel ist gesichert, wie sich aus der bereits erfolgten Eintragung der Absicht der Sitzverlegung von P. nach B. ergibt. Die Beteiligte hat zudem im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mit dem Schriftsatz vom 14.8.2015 weitere Nachweise vorgelegt, die zur ausreichenden Gewissheit bezeugen, dass der grenzüberschreitende Formwechsel auch nach dem (früheren) Heimatrecht der Beteiligten anerkannt und registerrechtlich vollzogen wird. Dies betrifft die rechtsgutachterliche Stellungnahme des französischen Rechtsanwalts M. vom 12.8.2015.

9 b) Ist die Zurückweisung ungerechtfertigt, bedeutet dies aber nicht, dass die Anmeldung ohne Weiteres vollzogen werden könnte. Das AG hat in dem angefochtenen Beschluss hilfsweise zutreffend darauf hingewiesen, dass der zur Eintragung vorgelegte Gesellschaftsvertrag nicht ausreichend ist und noch weitere Eintragungshindernisse bestehen, die allerdings behebbar sind.

10 aa) Nach § 197 Satz 1 UmwG finden auf einen Formwechsel die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften Anwendung. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag die Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile enthalten. Der Gesellschafter der Beteiligten hat zwar im Rahmen des notariellen Beurkundungsverfahrens erklärt, dass er nunmehr 1563 Geschäftsanteile mit einem jeweiligen Nominalwert von 16 € halte. Eingang in den Gesellschaftsvertrag hat dies aber nicht gefunden.

11 bb) Dem AG ist auch darin zuzustimmen, dass in den Gesellschaftsvertrag entsprechend § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG aufzunehmen ist, dass die Kapitalaufbringung der Gesellschaft im Rahmen der Gründung bzw. während der Existenz einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates gegründeten Gesellschaftsform erfolgt ist (vgl. allgemein zum Umwandlungsrecht: *Maulbetsch/Quass*, UmwG, 2009, § 197 Rdnr. 7; *Semler/Bärwaldt*, UmwG, 3. Aufl., § 197 Rdnr. 43). Insoweit reicht zur Aufnahme in die Satzung der Hinweis, dass die Kapitalaufbringung durch den Formwechsel der ursprünglichen Gesellschaft erfolgt ist.

12 cc) Soweit das AG in dem Beschluss vom 30.4.2015 weiter die Auffassung vertreten hat, es müsse die Werthaltigkeit des Vermögens der sich umwandelnden Gesellschaft nachgewiesen werden, steht dem nicht die Regelung des § 245 Abs. 4 UmwG entgegen. Diese Regelung verweist beim Formwechsel von einer Aktiengesellschaft in eine GmbH anders als in allen anderen Fällen des Wechsels in eine Kapitalgesellschaft (vgl. § 245 Abs. 1 bis 3 UmwG) zwar nicht auf den eine Werthaltigkeitsprüfung anordnenden § 220 UmwG. Dies wird damit erläutert, dass bei der Aktiengesellschaft besonders strenge Kapitalaufbringungsvorschriften bestehen (vgl. *Kallmeyer/Dirksen/Blasche*, UmwG, 5. Aufl., § 245 Rdnr. 8; *Maulbetsch/Rose*, a. a. O., § 245 Rdnr. 20; *Semler/Scheel*, a. a. O., § 245 Rdnr. 44; *Schmitz/Stratz*, UmwG, 6. Aufl., § 245 Rdnr. 6), sodass eine Werthaltigkeitsprüfung bei einem Form-

wechsel von einer AG in eine GmbH unnötig ist. Dies entspricht im Übrigen auch der früheren Rechtslage nach § 369 AktG a. F. (vgl. *Semler/Scheel*, a. a. O., § 245 Rdnr. 46). Die französische Rechtsform der Beteiligten steht aber keiner Aktiengesellschaft gleich, sondern ist vielmehr nach Art. 1 Publizitäts-Richtlinie als GmbH anzusehen (vgl. dazu BeckOK-HGB/Müther, Stand: 1.2.2016, § 13e Rdnr. 4.2; *Schmidt-Kessel/Leutner/Müther*, Handelsregisterrecht, 2010, § 13g HGB Rdnr. 6). Diese unterliegt nach französischem Recht nicht Kapitalaufbringungsvorschriften, die denen des deutschen Aktiensrechts vergleichbar wären (vgl. *Süß/Döbereiner*, a. a. O., Frankreich Rdnr. 47 ff.). So fehlt es insbesondere an einer Gründungsprüfung. Demgegenüber sieht das deutsche Umwandlungsrecht für den Wechsel einer Genossenschaft in eine GmbH die Prüfung der Kapitalaufbringung ausdrücklich vor, vgl. § 264 Abs. 1 UmwG. Dann aber ist es auch gerechtfertigt, diese Prüfung bei dem Formwechsel einer französischen GmbH in eine deutsche GmbH vorzunehmen, weil sich dem Gesetz als allgemeiner Grundsatz entnehmen lässt, dass eine Kapitalaufbringungsprüfung im Rahmen des Formwechsels nur dann entbehrlich ist, wenn von einer Gesellschaftsform mit strengerer Prüfung in eine Gesellschaftsform mit weniger strenger Prüfung gewechselt wird (vgl. dazu *Lutter/Decher/Hoger*, 5. Aufl., UmwG § 197 Rdnr. 8; ähnlich Münch-Komm-UmwG/Petersen, 2009, § 197 Rdnr. 5).

13 Dieses Eintragungshindernis ist auch nicht durch die mit dem Schriftsatz vom 14.8.2015 eingereichten Unterlagen erledigt. Denn diese sind nicht in der notwendigen Form nach § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB elektronisch eingereicht. Darüber hinaus ist aufgrund des Zeitablaufs ein Nachweis zu erbringen, dass das Aktivvermögen der Gesellschaft nach wie vor der Höhe des festgesetzten Stammkapitals entspricht. Dies kann etwa durch eine entsprechende notariell beglaubigte Versicherung des Geschäftsführers erfolgen.

14 dd) Weiterhin ist auch zu fordern, wie dies auch das AG ausgeführt hat, dass der Vollzug des Formwechsels auch im Register des anderen Mitgliedsstaates vollzogen werden kann. Dass dies hier der Fall ist, hat die Beteiligte nachgewiesen (siehe oben). Die insoweit eingereichten Unterlagen liegen allerdings auch nicht in der Form des § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB vor.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Marc Hermanns**, Köln

1. Mit der Entscheidung vom 21.3.2016 hat sich nunmehr zum zweiten Mal ein deutsches Obergericht¹ mit der Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung – in diesem Fall von Frankreich nach Deutschland – befasst. Das Kammergericht hält eine grenzüberschreitende Sitzverlegung einer französischen S. à r. l. nach Deutschland – und damit deren „Formwechsel“ in eine deutsche GmbH – für zulässig und beurteilt diesen Vorgang nach den Vorschriften, die nach UmwG auch für den Formwechsel einer deut-

¹ Nach dem OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, NZG 2014, 349.

schen GmbH gelten würden. Das Kammergericht erteilt damit insbesondere eine Absage an die Auffassung, welche einen Vorgang dieser Art nicht nach den Vorschriften über den Formwechsel des deutschen UmwG, sondern nach den Vorschriften über die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE beurteilen wollen.²

2. Für die notarielle Praxis und die Registerpraxis sind drei Aspekte der Entscheidung in besonderer Weise hervorzuheben und wichtig:

a) Ohne weitere Begründung geht das Kammergericht – zu Recht – davon aus, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung einer in einem Mitgliedstaat der EU ansässigen Kapitalgesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat zulässig ist, ohne dass diese Gesellschaft aufgelöst werden muss oder in anderer Weise ihre Rechtsidentität verliert.³ Die Zulässigkeit dieses Vorgangs wird vorausgesetzt und als nicht mehr begründungsbedürftig angesehen. Für die Praxis ist dieser Aspekt uneingeschränkt zu begrüßen, da nunmehr ein weiteres Mal – nach dem OLG Nürnberg – obergerichtlich festgestellt ist, dass eine derartige identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen möglich ist und damit zugleich die früher überkommene Auffassung, eine derartige Sitzverlegung führe zwingend zur Auflösung der den Sitz verlegenden Gesellschaft, endgültig ad acta gelegt werden kann.

b) Auf den ihm zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt – Sitzverlegung einer französischen S. à r. l. nach Deutschland – und dessen registerrechtliche Behandlung in Deutschland möchte das Kammergericht die den Formwechsel einer deutschen GmbH regelnden Vorschriften des UmwG angewendet sehen. In der Literatur wurde und wird diskutiert, ob alternativ nicht die Vorschriften über die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE das geeignetere und zielgenauere Regelungssystem darstellen.⁴ Das Kammergericht meint insoweit, dass nur eine entsprechende Anwendung der 190 ff. UmwG in Betracht komme, weil anderenfalls der Vorgang der grenzüberschreitenden Sitzverlegung wesentlich strengeren Regelungen unterliege und damit zu einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft gegenüber einer deutschen Gesellschaft führe.⁵ Dies sei nach den Artikeln 49, 54 AEUV untersagt. Die dargestellte Argumentationslinie des Kammergerichts erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der folgenden Ausführungen des Kammergerichts zur Kapitalaufbringungskontrolle nicht vollständig konsequent: Wenn das Kammergericht nämlich zur Notwendigkeit einer Kapitalaufbringungskontrolle argumentiert, eine solche finde im Wegzugsstaat – hier Frankreich – nicht notwendigerweise nach den gleichen Maßstäben wie im deutschen Recht statt, so stellt gerade diese ergänzende Kapitalaufbringungskontrolle bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung ein zusätzli-

ches Erfordernis für die Sitzverlegung der Gesellschaft dar, das es bei einer rein innerdeutschen Sitzverlegung nicht gibt. Dies zeigt, dass das Kammergericht die Vorgabe, eine grenzüberschreitende Sitzverlegung dürfe keinesfalls anderen und strengeren Anforderungen unterworfen werden als eine rein nationale Sitzverlegung, nicht vollständig durchhält. Um Missverständnissen vorzubeugen: Die vom Kammergericht befürwortete Kapitalaufbringungskontrolle ist aus Sicht des deutschen Rechts vollauf zu begrüßen. Sie zeigt nur, dass das Argument, grenzüberschreitende Sitzverlegungen dürften keinen strengeren Anforderungen unterworfen werden als nationale Sitzverlegungen, nicht vollständig tragfähig ist.

c) Uneingeschränkt zutreffend und für die Praxis zu begrüßen sind die Ausführungen des Kammergerichts zur Notwendigkeit einer Kapitalaufbringungskontrolle. Das Kammergericht stellt die Frage, ob eine Kapitalaufbringungskontrolle deswegen entbehrlich sei, weil die Gesellschaft als französische S. à r. l., also als französische GmbH, entstanden sei und damit keiner erneuten Kapitalaufbringungskontrolle bei Sitzverlegung in einen anderen EU-Mitgliedstaat unterworfen werden dürfe. Zu Recht führt das Kammergericht aus, dass einer Werthaltigkeitsprüfung nicht die Regelung des § 245 Abs. 4 UmwG entgegen stehe, die beim Formwechsel einer Aktiengesellschaft in eine GmbH auf eine Werthaltigkeitsprüfung verzichte, weil bereits der formwechselnde Rechtsträger (die Aktiengesellschaft) besonders strengen Kapitalaufbringungsvorschriften unterliege. Die französische S. à r. l. sei hinsichtlich der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften indes nicht mit einer deutschen Aktiengesellschaft zu vergleichen, da es insbesondere an einer Gründungsprüfung fehle. Daher sei es gerechtfertigt, diese Prüfung bei der Sitzverlegung einer französischen S. à r. l. nach Deutschland vorzunehmen. Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass sowohl Sachgründungsbericht und Einlagenversicherung sowie ggf. Werthaltigkeitsnachweise zur Eintragung im deutschen Register vorgelegt werden müssen.⁶

3. Die Entscheidung des Kammergerichts gibt der notariellen und registerrechtlichen Praxis wichtige Hinweise für die Handhabung grenzüberschreitender Sitzverlegungen von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen.⁷ Es bleibt zu hoffen, dass der BGH in näherer Zukunft Gelegenheit erhalten wird, die Frage der anwendbaren Rechtsregelungen höchstrichterlich zu beurteilen. Wenn dies – hoffentlich bald – geschehen ist, werden Notare und Gerichte als die hierfür zuständigen Praktiker eindeutige und handhabbare Vorgaben haben, mit denen sie die an sie herangetragenen Vorgänge dieser Art beurteilen können.

² So etwa *Hermanns*, MittBayNot 2016, 297 ff.

³ Zustimmung insoweit auch *Stiegler*, NZG 2016, 835; ebenso *Nentwig*, GWR 2016, 234; *Seeger*, DStR 2016, 1817, 1822.

⁴ Vgl. hierzu *Hermanns*, MittBayNot 2016, 297 m. w. N..

⁵ Vgl. vorstehende Entscheidung des KG, Abschnitt II. 1. 2. a).

⁶ Vgl. hierzu und zu weiteren vorzulegenden Unterlagen *Winter/Marx/De Decker*, DStR 2016, 1997, 1998.

⁷ Weitere hilfreiche praktische Hinweise geben *Winter/Marx/De Decker*, DStR 2016, 1997, 1998.

17. Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses der KG-Gesellschafterversammlung analog § 179a AktG

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2015, I-10 W 120/15

GNotKG § 21 Abs. 1 Satz 1

AktG § 179 a

LEITSÄTZE:

1. **Unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt bei der Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung einer KG nicht vor, wenn diese ein Grundstück überträgt, das im Wesentlichen das einzige Vermögen der Gesellschaft darstellt.**
2. **Die Frage, ob der Zustimmungsbeschluss analog § 179a AktG beurkundungsbedürftig ist, ist höchst-richterlich nicht und erst recht nicht abschließend geklärt. Wenn der Notar eine schwierige, nicht höchst-richterlich abschließend geklärte Rechtsfrage unrichtig beurteilt, ist dies nicht als offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige Normen und damit nicht als unrichtige Sachbehandlung zu werten, die eine Kostenniederschlagung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG zur Folge hätte.**

18. Auswirkungen der Anmeldung einer Gegenstandsänderung auf die Zulässigkeit der Firma

KG, Beschluss vom 31.7.2015, 22 W 45/15

HGB § 18 Abs. 2

GmbHG § 54 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

Im Rahmen der Anmeldung einer Gegenstandsänderung bei einer GmbH kann nicht beanstandet werden, dass durch die Änderung die Firma irreführend wird. Ist die Gegenstandsänderung für sich ordnungsgemäß, ist diese einzutragen.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

19. Zur Pfändbarkeit des Zustimmungrechts des Eigentümers auf Löschung einer Grundschuld

OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 18/16

BGB §§ 1179a, 1183, 1191 Abs. 1, § 1192 Abs. 1, § 1196 Abs. 3

GBO § 27 Satz 1

ZPO § 829 Abs. 1, § 835 Abs. 1, § 851 Abs. 1, § 857 Abs. 1

LEITSATZ:

Die Löschung einer Grundschuld bedarf auch dann der Zustimmung des Eigentümers, wenn der Gläubiger neben der Löschungsbewilligung die Zustimmung zur Löschung selbst erklärt, nachdem er das Zustimmungrecht des Eigentümers gepfändet und überwiesen erhalten hat; das Zustimmungrecht ist nämlich nicht pfändbar (Abgrenzung zu OLG Dresden vom 25.2.2010, 3 W 81/10; und OLG Saarbrücken vom 7.1.2011, 5 W 280/10).

SACHVERHALT:

1 Im Grundbuch sind die Eheleute F. als Eigentümer von Grundbesitz zu je ½ eingetragen. In Abteilung III ist unter lfd. Nr. 1 eine Grundschuld ohne Brief eingetragen, die nebst allen Nebenleistungen und den Zinsen gemäß Vermerk vom 25.3.2003 (...) an die B.-Bank abgetreten ist.

2 Die Beteiligte, Rechtsnachfolgerin der B.-Bank, ist Gläubigerin sechs weiterer, nachrangiger Grundschulden. Sie erwirkte auf der Grundlage einer vollstreckbaren Ausfertigung einer Grundschuldbestellungsurkunde vom 11.11.1999 am 18.9.2015 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, nach dem in Bezug auf das in Abteilung III unter lfd. Nr. 1 des Grundbuchs eingetragene Grundpfandrecht gepfändet wurden:

„1. (...) der angebliche Anspruch der Schuldner an den Drittschuldner auf Rückgewähr (...)

3 3. (...) die gegenwärtige und zukünftig entstehende Eigentümergrundschuld, in die sich die (...) Grundschuld mit allen Zinsen und Nebenleistungen seit Eintragung der Grundschulden nach vollständiger oder teilweiser Tilgung der Grundschuld ganz oder teilweise verwandelt hat (...)

4 4. (...) der angebliche Anspruch der Schuldner auf Berichtigung des Grundbuchs und Erteilung (Aushändigung) der für diese Grundbuchberichtigung notwendigen Urkunden in grundbuchmäßiger Form.

5 Gepfändet wird insbesondere das Zustimmungrecht des Schuldners (Eigentümers) zur Löschung der Grundschuld gemäß § 1183 BGB, § 27 Satz 1, § 29 Abs. 1 GBO im Wege der Hilfspfändung. (...)

6 Die Beteiligte hat am 29.10.2015 unter Vorlage des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses und einer notariell beglaubigten Löschungsbewilligung beim Grundbuchamt beantragt, die unter lfd. Nr. 1 eingetragene Grundschuld zu löschen. Unter Bezugnahme auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 18.9.2015 enthält die Löschungsbewilligung zugleich die Zustimmungserklärung für die Eigentümer.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

(...)

12 2. Die Beschwerde hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da die materiellrechtlich (§ 1183 BGB) wie verfahrensrechtlich (§ 27 Satz 1 GBO) erforderliche Zustimmung der Grundstückseigentümer in der Form des § 29 Abs. 1 GBO fehlt.

13 a) Die Löschung eines Grundpfandrechts setzt neben der Löschungsbewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO) die Zustimmung des Eigentümers voraus, § 27 Satz 1 GBO, wenn nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist. Soweit die Beteiligte meint, die Berechtigung zur Zustimmung pfänden und dann anstelle der Eigentümer ausüben zu können, folgt dem der Senat nicht. Denn ein „Recht“ auf Zustimmung des Eigentümers kann nicht durch Pfändung und Überweisung erworben werden.

14 b) Die Frage ist allerdings umstritten.

15 aa) Das OLG Dresden (NotBZ 2010, 410; zust. *Demharter*, GBO 30. Aufl., § 27 Rdnr. 12; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 27 Rdnr. 84 bei Fn. 189) und das OLG Saarbrücken (Beschluss vom 7.1.2011, 5 W 280/10, juris Rdnr. 15) halten die Pfändung und Überweisung der Berechtigung, anstelle des Eigentümers das Zustimmungsrecht auszuüben, für zulässig. Den Grundstückseigentümern stehe gegen die Bank als Grundschuldgläubigerin ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zu, der durch Abtretung der Grundschuld an sich oder Dritte (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB), durch Verzicht (§§ 1168, 1192 Abs. 1 BGB) oder Aufhebung (Löschung) der Grundschuld (§§ 1183, 875 BGB) erfüllt werden könne (BGH, NJW 1989, 2536). Ein solcher Anspruch sei als Vermögensgegenstand, der weder der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen noch in Forderungen auf Herausgabe von beweglichen oder unbeweglichen Sachen (§§ 846 ff. ZPO) noch in das unbewegliche Vermögen unterliege, gemäß §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 1, §§ 829 ff. ZPO pfändbar und könne zur Einziehung überwiesen werden. Aufgrund der Einziehungsbefugnis sei die Gläubigerin zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte berechtigt, die dem Zweck dienen, die Leistung des Schuldners herbeizuführen oder zu ersetzen (OLG Saarbrücken vom 7.1.2011, juris Rdnr. 17, m. w. N.); zugleich sei den Eigentümern aufgrund der Pfändung die Verfügungsbefugnis über die Forderung entzogen. Jedenfalls nach Pfändung des Rechts auf Zustimmung zur Löschung der Grundschuld gemäß § 1183 BGB sei die Gläubigerin im Rahmen der Einziehungsbefugnis anstelle der Eigentümer zur Abgabe der verfahrensrechtlichen Zustimmungserklärung nach § 1183 BGB, § 27 GBO berechtigt.

16 Der Wirksamkeit von Pfändung und Überweisung des Zustimmungsrechts der Eigentümer stehe nicht entgegen, dass die angestrebte Löschung der Grundschuld dem Grundpfandgläubiger keine unmittelbare Befriedigung verschaffe, sondern nur einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch der Eigentümerin, und zugleich deren „Anwartschaft“ auf eine Eigentümergrundschuld untergehen lasse (OLG Dresden, NotBZ 2010, 410). Eine Überweisung an Zahlung statt sei naturgemäß schon deshalb ausgeschlossen, weil es dem Rückgewähran-

spruch – anders als der Grundschuld selbst – an einem Nennwert fehle (OLG Saarbrücken vom 7.1.2011, juris Rdnr. 22).

17 bb) Demgegenüber wird aber vertreten, dass die Zustimmung kein selbstständiger Vermögenswert und daher kein „anderes Vermögensrecht“ im Sinne des § 857 Abs. 1 ZPO sei, das versilbert werden und dessen Erlös zur Befriedigung einer Geldforderung dienen könne (*Staudinger/Wolfsteiner*, Bearb. 2015, § 1183 Rdnr. 13; *Brehm in Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl., § 857 Rdnr. 72 mit Rdnr. 3). Allenfalls könne die Zustimmung den Rang und damit den Vermögenswert eines pfändbaren Rechts verbessern. Offen gelassen wird insofern, ob die Pfändung des Anspruchs auf Rückgewähr auch zur Eigentümerzustimmung zur Löschung ermächtigen könne (*Staudinger/Wolfsteiner*, § 1183 Rdnr. 13).

18 cc) Der Senat schließt sich der letztgenannten Meinung an. Pfändbar sind nur Rechte und Anwartschaften an Rechten bzw. Sachen, nicht jedoch tatsächliche Verhältnisse, Vermögensbegriffe oder Handlungsmöglichkeiten. Insbesondere können Einzelbefugnisse, die nur im Rahmen eines bestimmten Rechtsverhältnisses bestehen, nicht selbstständig gepfändet werden, sondern dürfen nur mit der Pfändung des Rechts, zu dem sie gehören, vom Gläubiger ausgeübt werden (*Brehm in Stein/Jonas*, § 857 Rdnr. 3). Die Pfändung des Anspruchs auf Rückgewähr des Grundpfandrechts berechtigt jedoch nicht auch zur Ausübung des Zustimmungsrechts nach § 1183 BGB, § 27 GBO (offen gelassen im Beschluss des OLG Saarbrücken vom 7.1.2011, juris Rdnr. 18). Dieses steht nämlich grundsätzlich dem Eigentümer des Grundstücks zu, gehört somit nicht zu dem Recht des Gläubigers aus dem Grundpfandrecht und ist vom Rückgewähranspruch losgelöst, kann folglich von dessen Pfändung nicht erfasst werden.

19 Der Gesetzgeber hat im Übrigen mit §§ 1179a, 1192 Abs. 1, § 1196 Abs. 3 BGB für nachrangige Grundschuldgläubiger eine Möglichkeit geschaffen, eine vorrangige Eigentümergrundschuld unter bestimmten Voraussetzungen löschen zu lassen. So besteht ein Anspruch gegen den Grundstückseigentümer auf Löschung der Eigentümergrundschuld dann, wenn diese, nachdem die Grundschuld zunächst einem anderen als dem Eigentümer zugestanden hatte, durch Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person entstanden ist. Ein Anspruch ist danach ausgeschlossen, wenn die Grundschuld von vorneherein als Eigentümergrundschuld eingetragen und bislang noch nicht abgetreten bzw. die Vereinigung vor Bestellung des begünstigten Rechts im Grundbuch eingetragen war (*Palandt/Bassenge*, 75. Aufl., § 1196 Rdnr. 8; vgl. BGH, NJW 1997, 2597). Würde man neben dem Anspruch aus § 1179a BGB eine Pfändung des Zustimmungsrechts und dessen Überweisung zur Ausübung erlauben, könnten die vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen eines Löschantritts ausgehebelt werden.

20 c) Die Pfändung des Zustimmungsrechts nach § 1183 BGB, § 27 GBO geht daher ins Leere und ist nichtig (OLG München, Beschluss vom 19.1.2015, 31 Wx 370/14. FGPrax 2015, 89).

(...)

23 Die Rechtsbeschwerde wird zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 78 Abs. 2 Nr. 2 GBO) zugelassen.

Die Beurteilung der Rechtslage durch den Senat weicht von Entscheidungen anderer OLG (vgl. OLG Dresden, NotBZ 2010, 410; OLG Saarbrücken vom 7.1.2011) ab.

(...)

20. Formerfordernis einer Nachverpfändungserklärung

OLG Hamm, Beschluss vom 30.12.2015, I-15 W 536/15

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5

BeurkG § 13a

LEITSATZ:

Bei einer Nachverpfändungserklärung reicht es aus, wenn die in Bezug genommene Grundschuldbestellungsurkunde unter Beachtung der Anforderungen des § 13a BeurkG zum Gegenstand der Nachverpfändungserklärung mit Vollstreckungsunterwerfung gemacht wird.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die (...) Beschwerde des Beteiligten ist (...) begründet und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom ..., soweit der Beteiligte sich gegen das vom Grundbuchamt angeführte Eintragungshindernis einer dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügenden Nachverpfändungserklärung wendet und die Beifügung der Bezugsurkunde verlangt.

2 Die von dem Beteiligten in der Urkunde vom 9.10.2015 abgegebene Nachverpfändungserklärung mit Vollstreckungsunterwerfung genügt den inhaltlichen Anforderungen der § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO. Entgegen der vom Grundbuchamt im Anschluss an *Stöber* (vgl. *Schöner/Stöber*, GrundbuchR, 15. Aufl., Rdnr. 2652 und *Zöller/Stöber*, ZPO, 30. Aufl., § 800 Rdnr. 12) vertretenen Rechtsauffassung bedarf es bei einer Nachverpfändungserklärung mit Vollstreckungsunterwerfung dann nicht der Beifügung der Bezugsurkunde, wenn die Bezugsurkunde unter Beachtung der Anforderungen des § 13a BeurkG zum Gegenstand der Nachverpfändungserklärung mit Vollstreckungsunterwerfung gemacht wird (LG Aachen, Rpfleger 1991, 15; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rdnr. 194; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 12. Aufl., § 794 Rdnr. 40). Auch die in § 13a BeurkG vorgesehene Beurkundungsform ist eine vollgültige Form der Beurkundung von Willenserklärungen und damit auch uneingeschränkt für die Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zulässig. Da die in Bezug genommene Urkunde durch die Beachtung der Formalien des § 13a BeurkG zum Teil der Niederschrift wird, beurteilen sich die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes unter Betrachtung beider Urkunden.

3 Den Anforderungen des § 13a BeurkG ist vorliegend genügt, da der Beteiligte in der Urkunde vom 9.10.2015 auf das Verlesen der ihm inhaltlich bekannten Urkunde vom 28.6.2010

und auf deren Beifügung ausdrücklich verzichtet hat (§ 13a BeurkG).

4 Der Zinsbeginn ergibt sich daher aus der wirksam in Bezug genommenen Bewilligung in der Bezugsurkunde.

5 Die vom Grundbuchrechtspfleger vermisste Regelung zur Fälligkeit der Grundschuld – die im Übrigen auch nicht in der Bezugsurkunde enthalten ist – ergibt sich mangels ausdrücklicher Regelung aus der gesetzlichen Bestimmung des § 1193 Abs. 1 BGB (vgl. dazu auch BGH, MDR 2014, 647).

6 Die Unterwerfungserklärung ist in der Urkunde vom 9.10.2015 selbst enthalten.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Hans Wolfsteiner**, München

1. Wie üblich fühlen sich Grundbuchrechtspfleger und Gericht berufen, bei der Eintragung des Unterwerfungsvermerks in das Grundbuch die Wirksamkeit der vollstreckbaren Urkunde zu prüfen. Es kann nicht oft genug darauf hingewiesen werden, dass das falsch ist.¹ Der Vermerk nach § 800 ZPO unterliegt dem § 19 GBO; zu seiner Eintragung bedarf es lediglich einer Eintragungsbewilligung. Schon bei Geschäften des materiellen Rechts prüft das Grundbuchamt in der Regel nicht, ob der Eintragungsbewilligung eine wirksame Einigung zugrunde liegt;² die Einigung kann ja der Eintragung nachfolgen, auch in berichtigter Form, sodass auch bei erkennbarer Unwirksamkeit der dem Grundbuchamt überflüssigerweise mitgeteilten Einigung die Eintragung grundsätzlich nicht abgelehnt werden kann.³ Dass das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Unterwerfung nicht prüft, gilt verstärkt für die Eintragung des Unterwerfungsvermerks, der überhaupt keine materiellen und nur bescheidene prozessuale Wirkungen erzeugt.⁴

2. Die dennoch vom Senat vorgenommene Prüfung führt zum zutreffenden Ergebnis, dass die Unterwerfung den Anforderungen der § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO entspricht. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verlangt, dass die Urkunde „von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen“ worden ist. Die vorgeschriebene Form ist die der Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG; das schließt, wie der Senat zutreffend feststellt, den § 13a BeurkG ein.

Wenn *Stöber* an den vom Senat zitierten Stellen verlangt, dass die ursprüngliche Bestellungsurkunde in beglaubigter

1 Einzelheiten MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 800 Rdnr. 6.

2 KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 19 GBO Rdnr. 7.

3 *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rdnr. 38. A. A. BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.11.2016, § 19 Rn. 17 m. w. N.; Letztere befassen sich aber durchweg mit Fällen, in denen eine nachträgliche Korrektur der Einigung ausscheidet; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 19 Rdnr. 21 und Einl. D Rdnr. 70.

4 KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdnr. 66, hält unter Berufung auf MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 800 Rdnr. 6, die Prüfung für unzulässig.

Abschrift (Ausfertigung) beigefügt sein müsse, bezweifle ich, ob er damit wirklich eine abweichende Meinung zum Ausdruck bringen wollte (obwohl gerade die Formulierung im *Zöller* recht hart ist). Ich glaube eher, dass *Stöber* hier schon den weiteren Verfahrensgang im Auge hatte. Meiner Auffassung nach muss nämlich bereits in die vollstreckbare Ausfertigung eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Bezugsurkunde inkorporiert werden,⁵ denn die Vollstreckungsklausel soll die unmittelbare Vollstreckungsfähigkeit des Titels bezeugen. Ohne Bezugsurkunde aber ist eine nach § 13a BeurkG errichtete vollstreckbare Urkunde nicht unmittelbar vollstreckungsfähig, denn das Vollstreckungsorgan kann einer solchen Urkunde gar nicht entnehmen, was eigentlich vollstreckt werden soll, bezieht sie doch ihren Inhalt erst aus der Bezugsurkunde.⁶

Will man sich dieser Forderung nicht anschließen, muss die Bezugsurkunde doch jedenfalls nach § 750 ZPO als Vollstreckungsvoraussetzung zugestellt werden; das steht zwar ausdrücklich weder in dessen Abs. 1 noch in dessen Abs. 2, aber andernfalls wäre die Vollstreckung mangels Bestimmtheit (so *Stöber*) in der Tat nicht möglich. § 750 Abs. 2 ZPO muss mindestens analog angewandt werden.

3. Nicht im Besprechungsbeschluss, wohl aber im Zusammenhang mit der Nachverpfändung findet sich allenthalben⁷ die auf eine Entscheidung des BayObLG⁸ gestützte Auffassung, es genüge, dass der Eigentümer „die Grundschild samt Unterwerfungsklausel“ auf den erworbenen Grundbesitz als weiteres Pfand erstrecke. Dem ist entschieden zu widersprechen. Die zusätzliche Unterwerfungserklärung muss vielmehr – wie es in der Entscheidung des OLG Hamm zutreffend zum Ausdruck kommt – allen vollstreckungsrechtlichen Anforderungen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO genügen, insbesondere auch in Bezug auf die Wiedergabe des Anspruchsinhalts im Titel. Das ist bei dieser Formulierung ebensowenig der Fall wie etwa bei der Formulierung, sämtliche am Stammgrundstück eingetragenen Grundpfandrechte würden in der Weise auf das neue Grundstück erstreckt, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig ist. Noch weniger kann die bloße „Erstreckung“ oder eine „Erstreckung samt Unterwerfungsklausel“ als Zwangsvollstreckungsunterwerfung verstanden werden. Eine stillschweigende Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann es – wie allgemein stillschweigende Vollstreckungstitel – nicht geben. Wie sollte auch eine Vollstreckungsklausel zu solch einem „Titel“ erteilt und zugestellt werden? Wenn die Unterwerfung dennoch nach § 800 ZPO ins Grundbuch eingetragen wird,

(Ziffer II. 2. lit. b, bb). Das Sondereigentum biete danach nützt das gar nichts, denn § 800 ZPO kann weder Titel noch Klausel ersetzen.⁹

4. Eine korrekte Formulierung kann in Anlehnung an *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*¹⁰ etwa lauten:

Im Grundbuch des AG ... von ... Blatt ... ist im Bestandsverzeichnis unter der lfd. Nr. 1 das Grundstück der Gemarkung ... F1StNr. ... eingetragen. In Abteilung III des Grundbuchs ist an diesem Grundstück eingetragen:

„lfd. Nr. 1 Grundschild ohne Brief zu 100.000 Euro für die Fränkische Hypothekenbank AG, Würzburg, 12 % Zinsen jährlich, vollstreckbar nach § 800 ZPO.“

Wegen des weiteren Inhalts der Grundschild verweise ich auf die am ... zur Urkunde des Notars ..., URNr. ..., errichtete Urkunde über die Bestellung dieser Grundschild, die mir bekannt ist, auf deren Verlesung und Beifügung ich jedoch verzichte.

Im gleichen Grundbuch ist unter der lfd. Nr. 2 das Grundstück der Gemarkung ... F1StNr. ... eingetragen.

Als Eigentümer der vorbezeichneten Grundstücke bewillige und beantrage ich unter Vorlage einer vom Vermessungsamt ... beglaubigten Karte, diese benachbarten Grundstücke zu einem Grundstück zu vereinigen. Hierzu erstrecke ich die vorbezeichnete Grundschild lfd. Nr. 1 auf das neu hinzukommende F1StNr. Die Grundschild soll insgesamt nicht mehr sofort fällig sein, sondern vielmehr nach den gesetzlichen Bestimmungen fällig werden.

Wegen der in Abteilung III unter der laufenden Nr. 1 eingetragenen, inhaltlich geänderten Grundschild unterwerfe ich mich hiermit gegenüber der Gläubigerin der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung zusätzlich gegen den jeweiligen Eigentümer des neu hinzugekommenen Pfandgegenstands zulässig sein soll. Die Gläubigerin ist ermächtigt, sich Ausfertigungen dieser Urkunde erteilen zu lassen.

Ich bewillige und beantrage, auch die Pfandausdehnung, die geänderte Fälligkeit der Grundschild und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch einzutragen.

9 BGH, Beschluss vom 28.9.1989, V ZB 17/88, BGHZ 108, 372.

10 Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 73 Rdnr. 47 M.

5 MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 794 Rdnr. 202.

6 Zust. Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG und DNot, 7. Aufl. 2015, Rdnr. 55.

7 Auch in *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 800 Rdnr. 12.

8 BayObLG, Beschluss vom 15.10.1991, BReg 2 Z 118/91, DNotZ 1992, 309; ebenso LG Köln, Beschluss vom 17.6.2002, 11 T 96/02, Rpfleger 2002, 566, das zu Unrecht meint, es komme nur eine – im Gesetz nicht vorgesehene – Erstreckung und nicht eine selbständige Unterwerfung in Frage; unzut. auch DNotl-Report 2015, 49, 50 m. w. N.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

21. Reichweite des Nachweises einer notariellen Vollmachtsbescheinigung

OLG Hamm, Beschluss vom 10.3.2016, I-15 W 45/16; mitgeteilt von *Stefan Tegenthoff*, Richter am OLG Hamm

BNotO § 21 Abs. 3
GBO § 34

LEITSÄTZE:

1. **Wird im Grundbucheintragungsverfahren eine notarielle Bescheinigung einer durch Rechtsgeschäft begründeten Vertretungsmacht vorgelegt, die den Anforderungen des § 21 Abs. 3 BNotO entspricht, bedarf es regelmäßig nicht der zusätzlichen Vorlage derjenigen Urkunden, auf deren Grundlage der Notar die Bescheinigung ausgestellt hat.**
2. **§ 34 GBO erleichtert nur die Form des Nachweises der Vertretungsberechtigung, lässt dem gegenüber die Erforderlichkeit des Nachweises sämtlicher Glieder der Legitimationskette, die auf den eingetragenen Berechtigten zurückführen, unberührt.**

SACHVERHALT:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind jeweils hälftige Eigentümer des vorbezeichneten Grundstücks. In Abteilung III ist unter laufender Nr. 1 eine Buchgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3 eingetragen.

2 Die Beteiligten zu 1 und 2 haben beantragt, diese Buchgrundschuld zu löschen. Sie haben eine Teil-Löschungsbewilligung vom 20.11.2015 vorgelegt, die von einer Frau C. und einem Herrn Y. unterzeichnet worden ist. In der notariellen Urkunde vom 20.11.2015 beglaubigt der Notar die vor ihm vollzogenen Unterschriften und führt weiter aus:

„Hiermit bescheinige ich durch Einsichtnahme in die mir vorliegende 5. Ausfertigung der notariellen Vollmacht vom ... zu UR-Nr. .../2014 des Notars M. in P1, dass Frau C., ..., und Herr Y., ..., gemeinsam zur Vertretung der P.-Aktiengesellschaft berechtigt sind.“

3 Mit Zwischenverfügung vom 5.1.2016 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, dass dem Antrag noch nicht entsprochen werden könne. Die Löschung der Buchgrundschuld könne nur erfolgen, wenn eine beglaubigte Ablichtung der notariellen Urkunde des Notars M. aus P1 vorgelegt werde. Die Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO lasse den Umfang der Vertretungsmacht nicht erkennen. Die Vertretungsmacht sei vom Grundbuchamt auch beim Vorliegen einer Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO zu überprüfen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die (...) Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 ist auch begründet und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung (...).

6 Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts, mit der den Beteiligten zu 1 und 2 isoliert die Vorlage einer bestimmten Urkunde aufgegeben wird, greift inhaltlich zu kurz.

7 Der Grundbuchrechtspfleger hat seine berechtigten – wie unten noch auszuführen sein wird – Bedenken in Bezug auf

den ordnungsgemäßen Nachweis der wirksamen Vertretung der Beteiligten zu 3 nicht hinreichend konkretisiert und den Beteiligten zu 1 und 2 kein taugliches Mittel zur Behebung des Eintragungshindernisses aufgezeigt.

8 1. Im Anwendungsbereich des § 21 Abs. 3 BNotO besteht eine generelle Verpflichtung zur Vorlage der Urkunden, auf deren Grundlage die Bescheinigung erteilt worden ist, nicht.

9 Nach § 34 GBO kann eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht auch durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nachgewiesen werden. Nach der letztgenannten Gesetzesvorschrift sind die Notare (auch) dafür zuständig, Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht auszustellen (Satz 1). Der Notar darf die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat (Satz 2). Nach der gesetzgeberischen Intention sollte mit der Einführung des § 21 Abs. 3 BNotO eine weitere Möglichkeit geschaffen werden, rechtsgeschäftliche Vollmachten gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen (BT-Drucks. 17/1469, S. 14). Eine generelle Verpflichtung zur Vorlage der Urkunden, auf deren Grundlage der Notar die Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO erteilt hat, lässt sich mit diesem gesetzgeberischen Zweck nicht in Einklang bringen. Der Sinn der von dem Notar aufgrund seiner Prüfung ausgestellten Bescheinigung würde ad absurdum geführt, wenn die Beteiligten gleichwohl verpflichtet blieben, dem Grundbuchamt – wie bisher – alle Unterlagen, aus denen sich die Vertretungsmacht herleitet, in der Form des § 29 GBO vorzulegen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.11.2015, 20 W 316/15, Rdnr.14 zitiert nach juris; *Meikell/Krause*, GBO, 11. Auflage, § 34 Rdnr.6).

10 Eine Verpflichtung zur Vorlage der der Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO zugrunde gelegten Vollmachtsurkunden kann nur dort bestehen, wo dem Grundbuchamt konkrete Tatsachen bekannt sind, die auf eine Unrichtigkeit der vorgelegten Bescheinigung hindeuten, und die eine ausnahmsweise vorzunehmende Überprüfung der notariellen Bescheinigung erfordern. Für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der notariellen Bescheinigung gibt der hier zu beurteilende Fall allerdings nichts her.

11 2. Die vorgelegte notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO ist allerdings nicht geeignet, den Nachweis einer ordnungsgemäßen Vertretung der Beteiligten zu 3 durch Frau C. und Herrn Y. zu führen.

12 Durch § 21 Abs. 3 BNotO ist die Möglichkeit geschaffen worden, eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung ist danach allerdings nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen (§ 29 GBO). Der Notar muss sich deshalb die Legitimationskette, die zu der Vollmacht führt, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber der das Register führenden Stelle – hier: dem Grundbuchamt – nachzuweisen wäre. Die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht werden somit nicht verringert, es wird nur eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt geschaffen (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S.14, 19; OLG Bremen, DNotZ 2014, 636;

Meikel/Krause, a. a. O., § 34 Rdnr. 5). Dabei bleibt die Möglichkeit, Legitimationsketten in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, bestehen. § 34 GBO eröffnet lediglich eine zusätzliche Wahlmöglichkeit (OLG Frankfurt, a. a. O.).

13 Da der Nachweis der Legitimationskette vom Grundbuchamt auf den Notar verlagert worden ist, hat das zur Folge, dass sich der Notar vor dem Ausstellen einer Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO ggf. mehrere Vollmachtsurkunden in der Form des § 29 GBO vorlegen lassen muss, oder für den Fall, dass sich die Befugnis des die Vollmacht Erteilenden aus seiner organschaftlichen Stellung einer im Handelsregister eingetragenen juristischen Person ergibt, zusätzlich von dessen Vertretungsberechtigung zu überzeugen hat. Der Nachweis dieser Vertretungsberechtigung kann entsprechend § 21 Abs. 1 und 2 BNotO erfolgen. Die von dem Notar vorgenommenen Einzelschritte zur Überprüfung des Bestehens der Vollmacht hat dieser in seiner Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO darzulegen, da nur auf diese Weise vom Grundbuchamt nachvollzogen werden kann, aufgrund welcher Legitimationskette das Vorliegen der Vollmacht bescheinigt wird (vgl. OLG Frankfurt, a. a. O.).

14 Nur weil die zuletzt Frau C. und Herrn Y. erteilte Vollmacht eine rechtsgeschäftliche ist, besteht keine Veranlassung, die Anforderungen an die bei juristischen Personen erforderliche Legitimationskette aufzuweichen.

15 Die oben inhaltlich wiedergegebene Bescheinigung des Notars genügt daher den grundbuchrechtlichen Anforderungen an den Nachweis einer Vertretungsbefugnis der handelnden Personen nicht. Es fehlt der grundbuchrechtliche Nachweis, dass die Vollmachtserteilung gegenüber Frau C. und Herrn Y. ihrerseits durch eine Person vorgenommen worden ist, die dazu berechtigt war. Die P.-Aktiengesellschaft kann als juristische Person eine entsprechende Vollmacht nur durch entsprechend vertretungsberechtigte Personen erteilen. Diese sind in der Bescheinigung namentlich zu bezeichnen und ihre Vertretungsmacht ist nachzuweisen.

16 Es wird dem Grundbuchamt anheimgestellt, die vom Senat dargelegten Bedenken gegen den Nachweis der Vertretungsbefugnis der für die P.-Aktiengesellschaft handelnden Personen zum Gegenstand einer noch zu erlassenden Zwischenverfügung zu machen.

(...)

ANMERKUNG:

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

Die vorliegende Entscheidung des OLG Hamm beschäftigt sich mit drei praxisrelevanten, bisher nicht höchstrichterlich geklärten Fragen, die sich hinsichtlich der am 1.9.2013 in Kraft getretenen¹ Vorschrift des § 21 Abs. 3 BNotO stellen. Macht der Notar von der neuen Befugnis Gebrauch, so ist zunächst fraglich, ob und in welchem Umfang das Grundbuchamt prüfen darf, ob die notarielle Vollmachtsbescheinigung inhaltlich richtig ist. Ungeklärt ist zudem, welchen Inhalt

die Bescheinigung haben muss, wenn aufgrund Untervollmacht oder aufgrund einer von einem organschaftlichen Vertreter oder Prokuristen einer juristischen Person oder Personengesellschaft erteilten Vollmacht gehandelt wird.

Geht man davon aus, dass der Notar in diesen Fällen verpflichtet ist, seine Prüfung der Legitimationskette in der Bescheinigung zu dokumentieren, so fragt sich, welche Anforderungen an diese Teile der Bescheinigung zu stellen sind. Im Fall der Untervollmacht könnte eine weitere Vollmachtsbescheinigung gemäß § 21 Abs. 3 BNotO erforderlich sein. Bei Verwendung der von einer juristischen Person oder Personengesellschaft erteilten Vollmacht könnte eine zusätzliche Vertretungsbefugnis gemäß § 21 Abs. 1 BNotO erforderlich sein.

1. Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts

Es gibt unterschiedliche Auffassungen betreffend den Umfang der Befugnis des Grundbuchamts, zu prüfen, ob die notarielle Bescheinigung inhaltlich richtig ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Folgefrage, ob das Grundbuchamt die Vorlage der Vollmachtsurkunde verlangen kann, aufgrund derer die Bescheinigung erstellt wurde. Nach einer Auffassung ist das Grundbuchamt aufgrund des Legalitätsprinzips zur materiellrechtlichen Prüfung und ggf. Beanstandung der Bescheinigung berechtigt, wenn die Eintragung zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde.² Andere vertreten die Meinung, dass das Grundbuchamt zu einer inhaltlichen Überprüfung und Beanstandung der Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nicht berechtigt ist.³ Folgt man dieser Auffassung, wird das Grundbuchamt in Fällen wie dem vorliegenden eine Bescheinigung genügen lassen müssen, die als Ergebnis der notariellen Subsumtion lediglich bescheinigt, dass der Vertreter die in der Urkunde abgegebenen Erklärungen kraft einer genau bezeichneten Vollmacht mit Wirkung für und gegen den Vollmachtgeber habe tätigen dürfen.⁴ Diese Formulierung der Bescheinigung entspricht den formalen Vorgaben des § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO, deren Einhaltung das Grundbuchamt zu prüfen hat. Danach ist in der Bescheinigung nur anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag „die Vollmachtsurkunde“ dem Notar vorgelegen hat. Darunter kann man durchaus die letzte Vollmachtsurkunde in einer Kette mehrerer Vollmachten verstehen. Für die Begrenzung der Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts auf die Einhaltung der formalen Vorgaben der Norm streitet auch der Sinn und Zweck des FGNotAufgÜbertrG. Dieser besteht darin, die Rechtspfleger von der zeitraubenden Prüfung des Bestehens der Vertretungsmacht zu entlasten und auf diese Weise den Grundbuchvollzug zu beschleunigen. Wäre das Grundbuchamt zur inhaltlichen Prüfung der Bescheinigung verpflichtet, wäre der Beschleunigungseffekt dahin.

² Vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 28.3.2014, 3 W 46/13, DNotZ 2014, 636; *Meikel/Krause*, Grundbuchordnung, 11. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 8; *Böttcher*, NJW 2015, 2770, 2773; *Spieler*, notar 2014, 196, 198. Dieser Auffassung neigt auch das OLG Frankfurt a. M. zu, Beschluss vom 16.11.2015, 20 W 316/15, NotBZ 2016, 224-226.

³ *Zimmer*, ZfR 2014, 566; NJW 2014, 337; *Volmer* in KEHE, GBO, 7. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 12.

⁴ *Volmer* in KEHE, GBO, § 34 Rdnr. 11.

¹ Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl. I, S. 1800), sog. „FGNotAufgÜbertrG“.

Leider äußert sich das OLG Hamm in seiner Entscheidung nicht klar, welchen der beiden Auffassungen es folgen mag. Das Gericht scheint in der vorliegenden Entscheidung vielmehr einen Mittelweg gehen zu wollen, indem es dem Rechtspfleger eine Prüfungsbefugnis nur in extrem seltenen Ausnahmefällen zuerkennt. Das Grundbuchamt soll nur zur Beanstandung und Zurückweisung der Bescheinigung berechtigt sein, soweit ihm konkrete Tatsachen bekannt sind, die auf die Unrichtigkeit der vorgelegten notariellen Bescheinigung hindeuten. Das Grundbuchamt soll also nicht „sehenden Auges“ an der Schaffung einer unrichtigen Grundbucheintragung mitwirken müssen. Im vorliegenden Fall hätte es insoweit also nichts zu beanstanden gegeben.

2. Inhalt der Bescheinigung

Die Frage, welchen formalen Anforderungen die notarielle Bescheinigung zu genügen hat, ist unabhängig vom Umfang der inhaltlichen Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts zu beantworten.

Im Regelfall reicht es gemäß § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO aus, anzugeben, in welcher Form (Ausfertigung oder Urschrift) und an welchem Tag die Vollmachtsurkunde, auf welche sich die notarielle Bescheinigung stützt, vorgelegen hat.

Handelt der Vertreter aufgrund einer ihm erteilten Untervollmacht oder wurde er durch einen organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person bevollmächtigt oder ist Vollmachtgeber eine Personengesellschaft, sind aufgrund der hier zu besprechenden Entscheidungen weitere Kautelen zu beachten. In diesen Fällen ist es zu empfehlen, über die Vorgaben des Wortlauts des § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO hinaus zu dokumentieren, dass der Notar jedes Glied der entsprechenden Legitimationskette bezüglich des Bestehens der Vertretungsmacht geprüft hat. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass die vor dem Inkrafttreten des FGNotAufgÜbertrG bestehenden Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht durch die Reform nicht verringert werden sollten. Es sollte nur eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt geschaffen werden.⁵ § 34 GBO sollte nur eine zusätzliche Nachweismöglichkeit neben dem bestehenden Weg eines Nachweises in der Form des § 29 GBO schaffen.⁶ Handelt ein Vertreter aufgrund Untervollmacht, so wird man künftig in der Bescheinigung auch anzugeben haben, in welcher Form (Ausfertigung oder Urschrift) und an welchem Tag die Hauptvollmacht vorgelegen hat und das diese zur Erteilung von Untervollmacht berechnete.

Formulierungsbeispiel:

Ich, der Notar, bescheinige, dass Herrn X aufgrund der vorgenannten von Herrn Y ausgestellten Untervollmacht, die mir heute in Ausfertigung vorlag, Vertretungsmacht zur Abgabe aller in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen mit Wirkung für und gegen Frau Z erteilt wurde. Die von Frau ... ausgestellte Hauptvollmacht vom ..., URNr. ... des Notars ... mit Amtssitz in ..., lag mir, dem Notar, heute ebenfalls in

Ausfertigung vor. Diese Hauptvollmacht hätte Herrn Y ebenfalls zur Abgabe aller in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen mit Wirkung für und gegen Frau Z berechtigt und enthält die Befugnis zur Erteilung von Untervollmacht, was hiermit von mir, dem Notar, bescheinigt wird. Die Untervollmacht wurde ausweislich des auf dieser angebrachten notariellen Beglaubigungsvermerks des Notars ... mit Amtssitz in ... vom ..., URNr. ..., von dem in der Hauptvollmacht bevollmächtigten Herrn Y unterschrieben.

Bei der Bescheinigung der Vertretungsmacht eines durch einen Vorstand, Geschäftsführer oder Prokuristen einer juristischen Person oder den Gesellschafter einer Personengesellschaft bevollmächtigten Vertreter wird man zudem bescheinigen müssen, dass das betreffende Gesellschaftsorgan, der Prokurist oder Gesellschafter zur Vertretung der juristischen Person oder Gesellschaft bei der Vollmachtserteilung berechtigt war. Dazu wird man das Handelsregister einsehen lassen und das Datum der Einsichtnahme in der Bescheinigung zu dokumentieren haben, wie es § 21 Abs. 1 BNotO vorschreibt.

Formulierungsbeispiel:

Ich, der Notar, bescheinige, dass Herrn X aufgrund der vorgenannten Vollmacht, die mir heute in Ausfertigung vorlag, Vertretungsmacht zur Abgabe aller in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen mit Wirkung für und gegen die ... AG erteilt wurde.

Die vorgenannte Vollmacht wurde von den Bankvorständen Y und Z erteilt. Auf Grund Einsicht in das Handelsregister beim AG ... HRNr. ... am heutigen Tage bescheinige ich, Notar, dass die Herren Y und Z zur gemeinschaftlichen Vertretung der vorbezeichneten Aktiengesellschaft berechtigt sind und am Tag der Vollmachtserteilung waren.

3. Qualität der weiteren Bescheinigung

Es fragt sich schließlich, welche Rechtsqualität die zusätzliche Dokumentation der Prüfung der einzelnen Glieder der Legitimationskette in der notariellen Bescheinigung hat. Hier kann man den Gedanken aufgreifen, dass der Gesetzgeber durch § 34 GBO mit der Zulassung der Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO ohne Absenkung des Nachweisniveaus eine weitere Möglichkeit des Vollmachtsnachweises schaffen wollte. Die reine Wiedergabe der Tatsache, dass aufgrund der Untervollmacht gehandelt wurde oder das die vorgelegte Vollmachtsurkunde eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO enthielt, wonach das Vertretungsorgan zur Vollmachtserteilung im Namen der juristischen Person vertretungsbefugt war, wird daher der Vorschrift des § 34 GBO nicht genügen können.⁷ Richtigerweise ist für jedes Glied der Legitimationskette eine weitere notarielle Bescheinigung nach § 21 BNotO zu erteilen. Kostenrechtlich bedeutet dies, dass jeweils eine zusätzliche Gebühr von € 15 gemäß KV 25200 oder KV 25214 in Rechnung zu stellen ist.

⁵ BT-Drucks. 17/1469, S. 14, 19; OLG Bremen, Beschluss vom 28.3.2014, 3 W 46/13, DNotZ 2014, 636; *Diehn/Kilian*, BNotO, 1. Aufl. 2015, § 21 Rdnr. 29 ff.; *Meikel/Krause*, GBO, § 34 Rdnr. 5; *Spieker*, notar 2014, 196, 197 ff.

⁶ BT-Drucks. 17/1469, S. 14, 19; *Meikel/Krause*, GBO, § 34 Rdnr. 3.

⁷ A. A. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.11.2015, 20 W 316/15, NotBZ 2016, 224-226.

KOSTENRECHT

22. Grundbuchkosten der Zuordnung eines Sondereigentumsrechts

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.6.2016, 3 W 59/16

GNotKG § 81 Abs. 2 Satz 1

KV-GNotKG Nr. 14160 Abs. 5

LEITSATZ:

Ist die sog. „negative Komponente“ eines Sondereigentumsrechts (hier: an einem Pkw-Stellplatz) schon in der Teilungserklärung begründet worden, so betrifft die spätere Zuordnung des Sondereigentumsrechts zu einem bestimmten Wohnungseigentum im Sinne von Nr. 14160 Abs. 5 KV-GNotKG nur dieses und nicht auch die übrigen Wohnungseigentumseinheiten. Die Festgebühr nach Nr. 14160 Abs. 5 KV-GNotKG fällt deshalb nur einmal an.

SACHVERHALT:

1 Die Beschwerdeführer wenden sich gegen ihnen nachträglich auferlegte weitere Kosten für die Eintragung von Sondereigentumsrechten an zwei Kfz-Stellplätzen zu ihren Gunsten in das Grundbuch von K.

2 Die Firma D. AG hatte ursprünglich auf dem ihr gehörenden Grundstück eine Wohnanlage errichtet, bestehend aus 16 Wohneinheiten (im Reihenhausharakter), 9 Einzelgaragen, 23 Pkw-Abstellplätzen sowie Gemeinschafts- und Allgemeinflächen. Mit Teilungserklärung (...) wurden im Hinblick auf die Wohneinheiten und die Garagen insgesamt 25 Sondereigentumsanteile nach dem WEG gebildet und in der Folge in gleicher Anzahl neue Grundbuchblätter angelegt.

3 In der Teilungserklärung heißt es u. a.:

„An den im Lageplan (Anlage 1) mit den Nummern 26 bis 48 bezeichneten Pkw-Abstellplätzen werden Sondereigentumsrechte eingeräumt. Vom Nutzen und Gebrauch der – nicht dem Sondereigentum eines Dritten zugewiesenen – Sondereigentumsrechte an diesen Pkw-Stellplätzen sind alle Eigentümer ausgeschlossen mit Ausnahme der D. AG, solange sie auch nur Eigentümer eines Sondereigentums ist.“

Die D. AG ist berechtigt, an diesen Pkw-Stellplätzen, an denen das Mitbenutzungsrecht aller übrigen Wohnungseigentümer ausgeschlossen ist, ein positives Sondereigentumsrecht zugunsten des Eigentümers (...) zu begründen bzw. auf diesen zu übertragen.“

4 Nach dem grundbuchmäßigen Vollzug der Teilungserklärung erwarben die Beschwerdeführer mit notariellem Vertrag vom 28.1.2015 Sondereigentum an der Wohneinheit Nr. 10 nach näherer Bezeichnung durch Nr. 2 der Anlage zum Vertrag sowie des Aufteilungsplans. Zugleich erwarben sie das Sondereigentumsrecht an zwei Pkw-Abstellplätzen; dies nach näherer Konkretisierung durch Nr. 3 der Anlage zum Kaufvertrag. Hierzu bewilligte die Verkäuferin und beantragten die Beschwerdeführer, „die Zuordnung des Sondereigentumsrechts an dem Pkw-Abstellplatz gemäß § 2 Ziffer 2 dieses Vertrages in Verbindung mit Punkt 3 seiner Anlage in das Grundbuch einzutragen“.

5 In Vollzug dieser Vereinbarungen beantragte der beurkundende Notar unter anderem auch die Vollziehung dieser Stellplatz-Zuordnung in das Grundbuch. Mit Kostenrechnung vom 10.2.2015 wurden den Beschwerdeführern hierfür Kosten in Höhe von 50 Euro (Nr. 14160 Kostenverzeichnis GNotKG, betreffend die Inhaltsänderung des Sondereigentums) in Rechnung gestellt. Mit Kostenrechnung vom 5.8.2015 berichtigte das AG – Grundbuchamt – (...) diese Rechnungsposition auf insgesamt 1.250 Euro mit der Begründung, nicht nur das Sondereigentum des Beschwerdeführers, sondern alle Son-

dereigentumsrechte der Wohnanlage seien von der Begründung des Sondereigentumsrechts an dem Kfz-Stellplatz betroffen, sodass die nach dem GNotKG zu erhebende Festgebühr in Höhe von 50 Euro nicht einmalig, sondern 25-fach anzusetzen sei.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

8 Die Beschwerde führt zudem zum Erfolg, da der Kostenansatz (...) unzutreffend ist. Soweit die Beschwerdeführer bereits für die Grundbucheintragung ihrer Sondereigentumsrechte an den Pkw-Abstellplätzen mit Schreiben vom 10.2.2015 Kosten in Rechnung gestellt bekommen hatten, erlaubt § 20 Abs. 1 Satz 1 GNotKG zwar ausdrücklich die Nachforderung von Gerichtskosten binnen eines Jahres nach Ablauf des Jahres, in dem die Schlusskostenrechnung gestellt worden ist; diese Frist wurde mit der angegriffenen weiteren Rechnung eingehalten. Die vormalige Kostenrechnung über den Betrag von 50 Euro war indes nicht „unrichtig“ im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 GNotKG.

9 Nach Nr. 14160 Abs. 5 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG fällt eine Festgebühr in Höhe von 50 Euro für die „Änderung des Inhalts oder Eintragung der Aufhebung des Sondereigentums“ an; um eine solche Rechtsänderung handelt es sich unzweifelhaft bei der beantragten und antragsgemäß eingetragenen Zuschreibung der Sondereigentumsrechte an den miterworbenen Pkw-Abstellplätzen zum Sondereigentum der Beschwerdeführer an der Wohneinheit Nr. 10. Soweit die Festgebühr nach dem Wortlaut des Gebührentatbestandes „für jedes betroffene Sondereigentum gesondert“ anfällt, sind indes weitere Eigentumsrechte von der streitgegenständlichen Zuschreibung nicht betroffen. Für eine solche Betroffenheit bedarf es einer unmittelbaren – positiven (erweiternden) oder negativen (beschränkenden) – Rechtsänderung bzw. Inhaltsänderung (vgl. mit eingehender Begründung OLG München, Beschluss vom 23.4.2015, 34 Wx 122/15, nach juris; ebenso z. B. *Schneider/Volpert/Fölsch/Drempetic*, Gesamtes Kostenrecht, 2014, Nr. 14160 KV GNotKG Rdnr. 15 ff.). Im Hinblick darauf ergibt sich aus der zur Akte gereichten Teilungserklärung, dass die übrigen Miteigentumsanteile durch die Zuordnung der Sondereigentumsrechte zum Wohnungseigentum der Antragsteller nicht in rechtlicher Weise berührt werden; denn die sog. „negative Komponente“ des Sondereigentumsrechts ist schon in der Teilungserklärung begründet worden (so auch *Wilsch*, ZfIR 2015, 513, 515). Die bloße Zuordnung des Sondereigentumsrechts zu einer Wohnungseigentumseinheit betrifft die anderen Sondereigentumseinheiten deshalb rechtlich nicht; sie waren bereits und bleiben von der Nutzung dieses Teiles des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen.

10 Dies gilt auch in Bezug auf die der teilenden Eigentümerin vorbehaltenen Mitbenutzungsrechte an den Stellplätzen bis zur Veräußerung der letzten Wohnung (wobei andernfalls auch für die Kostenrechnung festzustellen wäre, wie viele Wohnungen sie bereits verkauft hat). Hierdurch hat sie die verdinglichte „negative Komponente“ der bereits begründeten Sondereigentumsrechte für die von ihr noch innegehaltenen Sondereigentumsrechte nicht ausgenommen. Die diesbezügliche Rege-

lung in der Teilungserklärung dient nämlich allein dem Zweck, der teilenden Eigentümerin die Nutzung der noch nicht veräußerten Flächen offenzuhalten; sie ist Ausfluss ihres ursprünglich bestehenden Alleineigentums an dem Grundstück vor seiner Teilung und soll verhindern, dass diese Flächen bis zu ihrem Verkauf bzw. ihrer Zuordnung zu einer Sondereigentums-einheit von überhaupt niemandem genutzt werden könnten.

11 Aufgrund der Regelungen in der Teilungserklärung unterscheidet sich der streitige Sachverhalt von dem durch das OLG München (Beschluss vom 23.4.2015, 34 Wx 122/15) entschiedenen Fall; dort wurde die ursprüngliche Teilungserklärung dergestalt geändert, dass die von einem Sondernutzungsrecht betroffene Fläche nachträglich zulasten der anderen Miteigentümer vergrößert wurde. Hierdurch verloren diese ihr bis dahin bestehendes Mitgebrauchsrecht an der erweiterten Fläche des Sondernutzungsrechts und waren daher durch die Regelung rechtlich betroffen. Der Entscheidung steht auch nicht der Beschluss des Senats vom 5.11.2015 (Az. 3 W 108/15) entgegen. Die nunmehr vorgelegte Teilungserklärung befand sich seinerzeit weder in der Akte noch ergaben sich nach dem Vortrag der Beteiligten Anhaltspunkte dafür, dass dort für den Kostenstreit maßgebliche Regelungen getroffen worden sind, so dass seinerzeit auch eine amtswegige Beziehung nicht angezeigt war.

(...)

ÖFFENTLICHES RECHT

23. Berücksichtigung der Dauertestamentsvollstreckung bei Kindergeld

BSG, Urteil vom 17.2.2015, B 14 KG 1/14 R

SGB II § 6a Abs. 1 Nr. 4j (1996), § 11 Abs. 1 Satz 1, § 12 Abs. 1

BKGG § 6a

LEITSATZ:

Bei der Beurteilung, ob ein Anspruch auf Kinderzuschlag nach Kindergeldrecht besteht, kann der Verwertbarkeit eines Erbes als bereites Mittel eine vom Erblasser angeordnete Dauertestamentsvollstreckung entgegenstehen.

24. Abhängige Beschäftigung eines in Familiengesellschaft tätigen Fremdgeschäftsführers

LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19.3.2015, L 6 KR 41/11

SGB IV § 7 Abs. 1 Satz 1

SGB V § 5 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Geschäftsführer einer GmbH ohne Beteiligung am Gesellschaftskapital – Fremdgeschäftsführer – sind nicht allein deswegen selbstständig, weil sie zur Familie

der/des Kapitaleigner/s gehören und die Gesellschaft überwiegend allein und in freier Aufgabeneinteilung führen. Unterliegen sie dabei einem Einvernehmensvorbehalt, der in der Geschäftsführerstellung des in Teilzeit tätigen Kapitaleigners und in Abstimmungsgesprächen im Familienverband zum Ausdruck kommt, fehlt es an einer faktischen Alleinherrschaft in der Gesellschaft, die ausnahmsweise Selbständigkeit begründen mag.

STEUERRECHT

25. Steuerfreibetrag bei Schenkungen unter Gebietsfremden

EuGH, Urteil vom 8.6.2016, C-479/14

AEUV Art. 63 Abs. 1

ErbStG §§ 2 Abs. 3, 6 Abs. 2

LEITSATZ:

Die Art. 63 AEUV und 65 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, wonach bei Schenkungen unter Gebietsfremden die Steuer unter Anwendung eines niedrigeren Steuerfreibetrags berechnet wird, wenn der Erwerber keinen spezifischen Antrag stellt. Diese Artikel stehen auch und auf jeden Fall einer nationalen Regelung entgegen, wonach die Steuer auf Antrag eines solchen Erwerbers unter Anwendung des höheren Freibetrags berechnet wird, der für Schenkungen unter Beteiligung zumindest eines Gebietsansässigen gilt, wobei die Wahrnehmung dieser Option durch den gebietsfremden Erwerber bewirkt, dass für die Berechnung der Steuer auf die betreffende Schenkung alle Schenkungen, die dieser Schenkungsempfänger in den zehn Jahren vor und den zehn Jahren nach der Schenkung von derselben Person erhalten hat, zusammengerechnet werden.

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. Fabian Friz, Stuttgart

Der Freibetrag bei beschränkter Steuerpflicht nach § 16 Abs. 2 ErbStG hat zuletzt mehrfach die Gerichte beschäftigt. Zunächst hatte der EuGH in der Rechtssache *Mattner* entschieden, dass die Kapitalverkehrsfreiheit der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die einen geringeren Freibetrag im Fall einer Schenkung eines im Inland belegenen Grundstücks vorsieht, wenn Schenker und Erwerber zur Zeit der Ausführung der Schenkung ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hatten, als der Freibetrag, der zur Anwendung gekommen wäre, wenn zumindest eine dieser beiden Personen ihren Wohnsitz im erstgenannten Mitgliedstaat gehabt hätte.¹ In der Rechtssache *Welte* hat der EuGH diese Rechtsprechung auf Erbfälle und Drittstaaten-sachverhalte erstreckt, d. h. auf Sachverhalte, in denen sowohl der Erblasser als auch der Erwerber ihren Wohnsitz

¹ EuGH, Urteil vom 22.4.2010, C-510/08 *Mattner*, DStR 2010, 861.

außerhalb der Europäischen Union bzw. des EWR haben.² In Reaktion auf die Entscheidung des EuGH in der Rechts-sache *Mattner* hat der Gesetzgeber § 2 Abs. 3 ErbStG³ eingeführt, um eine mit dem Unionsrecht vereinbare Rechts-lage zu schaffen.⁴ Aus verfahrensrechtlichen Gründen konnte der EuGH im Rahmen des von der EU-Kommission wegen § 16 Abs. 2 ErbStG angestrebten Vertragsverlet-zungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland sich nicht zu § 2 Abs. 3 ErbStG äußern und stellte lediglich die Unionwidrigkeit des § 16 Abs. 2 ErbStG fest.⁵ Während der II. Senat des BFH⁶ die unionsrechtlichen Anforderungen mit der Einführung des § 2 Abs. 3 ErbStG als gewahrt sieht, legte das FG Düsseldorf⁷ diese Frage dem EuGH zur Ent-scheidung vor.

Aufgrund der dargestellten Historie kommt die Entsch-eidung des EuGH wenig überraschend. Zu offensichtlich sind die Unzulänglichkeiten des neuen § 2 Abs. 3 ErbStG. Die Negierung der Drittstaatenwirkung der Kapitalverkehrsfrei-heit, die das ganze ErbStG durchzieht,⁸ war aufgrund des Wohnsitzes der Schenkerin und der Beschenkten innerhalb der EU dabei nicht einmal entscheidungserheblich.⁹ Da der EuGH schon mehrfach entschieden hatte,¹⁰ dass eine Wahlmöglichkeit, die zur Vereinbarkeit des Besteuerungs-mechanismus mit dem EU-Recht führt, nicht geeignet ist, die diskriminierende Regelung zu beseitigen, konnte der EuGH mit Verweis auf diese Rechtsprechung die Unions-rechtswidrigkeit relativ einfach feststellen. Die Frage, ob § 2 Abs. 3 ErbStG dazu führt, dass Schenkungen über einen Zeitraum von 20 Jahren zusammengerechnet werden, wäh-rend bei unbeschränkter Erbschaftsteuerpflicht nur ein Zeit-raum von zehn Jahren maßgeblich ist, verwies der EuGH als Frage der Feststellung und Würdigung des Sachverhaltes an das vorliegende Gericht zurück und stellte nur fest, dass für den Fall, dass § 2 Abs. 3 ErbStG dazu führt, dass Erb-schaften und Schenkungen von beschränkt Steuerpflichti-gen für einen längeren Zeitraum zusammengerechnet wer-den als bei rein inländischen Sachverhalten, schon darin ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit zu sehen ist. Dies ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Vertiefung. Meines Erachtens kann der Zeitraum der Zusammenrechnung nach § 14 ErbStG aber nicht mit dem Zeitraum der fiktiven unbeschränkten Erbschaftsteuerpflicht gleichgesetzt wer-den. Nicht der Zeitraum nach § 14 ErbStG wird verlängert,

vielmehr wird nur der Zeitraum bestimmt, für welchen die fiktive Erbschaftsteuerpflicht bestehen soll.

De lege ferenda ist zu fragen, wie die Freibeträge bei be-schränkter Erbschaftsteuerpflicht unionsrechtskonform ausgestaltet werden könnten. Die Erfassung des weltweiten Vermögensanfalls, obwohl – vom Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG abgesehen – weder ein sachlicher oder persönlicher Anknüpfungspunkt (sog. genuine link) besteht, ist nicht nur völkerrechtlich problematisch,¹¹ sondern führt zu einer Vielzahl von Doppelbesteuerungsfragen,¹² sodass die Lösung bei der Ausgestaltung der persönlichen Verhält-nisse selbst zu suchen ist. Da der Gesetzgeber nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Mattner*¹³ keine Gesetzesänderung vorgesehen hat, ist die Finanzverwal-tung¹⁴ für Drittstaatenkonstellationen selbst aktiv geworden und hat, wie im Schrifttum vorgeschlagen,¹⁵ angeordnet, dass der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 beschränkt Steuer-pflichtigen anteilig im Verhältnis des Inlandsvermögens im Sinne des § 121 BewG zum gesamten Vermögensanfall zu gewähren ist (sog. fractional taxation¹⁶). Ohne gesetzliche Grundlage ist ein solches Vorgehen allerdings zum Scheitern verurteilt.¹⁷ Mit gesetzlicher Grundlage führt dieser Lö-sungsvorschlag für sämtliche Fälle, also nicht nur in Dritt-staaten Sachverhalten¹⁸ zu einer stimmigen Lösung, da die persönlichen Verhältnisse, bei Berücksichtigung sämtlicher Länder, in denen der Steuerpflichtige Vermögen erwirbt, zu-treffend einmal, also weder doppelt noch überhaupt nicht berücksichtigt werden.¹⁹ Aufgrund des Stufentarifes des § 19 ErbStG kann es allerdings dazu kommen, dass be-schränkt Steuerpflichtige gegenüber unbeschränkt Steuer-pflichtigen besser gestellt werden, da der ausländische Ver-mögensanfall, der in Deutschland nicht der Besteuerung unterliegt, bei der Ermittlung des Tarifes unberücksichtigt bleibt.²⁰ Unionsrechtlich ist diese Inländerdiskriminierung unproblematisch, allerdings lässt sich im ErbStG genauso wie im EStG ein Progressionsvorbehalt verankern, der die-sem Umstand Rechnung trägt.²¹

2 EuGH, Urteil vom 17.10.2013, C-181/12 *Welte*, DStR 2013, 2269.
3 BeitrRLUmsG vom 7.12.2011, BGBl. 2011 I, 2592.
4 BT-Drucks. 17/6263, S. 64.
5 EuGH, Urteil vom 4.9.2014, C-211/13, DStR 2014, 1818.
6 BFH, Urteil vom 4.7.2012, II R 38/10, DStR 2011, 937.
7 FG Düsseldorf, Urteil vom 22.10.2014, 4 K 488/14 Erb, ZEV 2015, 121.
8 Siehe § 13 Abs. 1 Nr. 4a und 4b; § 13b Abs. 13c Abs. 3 Nr. 2 ErbStG, siehe hierzu *Hey*, DStR 2011, 1149 ff.
9 Siehe hierzu FG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.7.2014, 11 K 3629/13, ZEV 2015, 122, und FG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2015, 4 K 3636/14, DStRE 2016, 926; Revision unter dem Az. II R 53/14 anhängig.
10 EuGH, Urteil vom 18.3.2010, C-440/08 *Gielen*, IStR 2010, 291; EuGH, Urteil vom 28.2.2013, C-168/11, DStR 2013, 518.

11 Siehe hierzu *Dürschmidt*, IStR 2012, 410, 414.

12 Siehe hierzu *Dürschmidt*, IStR 2012, 572 ff.

13 EuGH, Urteil vom 17.10.2013, C-181/12 *Welte*, DStR 2013, 2269.

14 OFD NRW vom 29.7.2014, DB 2014, 1840; vgl. auch FG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.7.2014, 11 K 3629/13, ZEV 2015, 122, und FG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2015, 4 K 3636/14, DStRE 2016, 926.

15 *Dürschmidt*, IStR 2012, 410, 414; *Ergenzinger*, Schenkungsteuergesetz, 1. Aufl. 2012, S. 146 ff.

16 Siehe hierzu *Schnittger*, IStR 2002, 478; *Wattel*, European Taxation 2000, S. 210, 214 f.

17 Siehe FG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2015, 4 K 3636/14, DStRE 2016, 926; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.7.2014, 11 K 3629/13, ZEV 2015, 122.

18 Da die Amtshilferichtlinie sich nicht auf Drittstaaten erstreckt, könnte die Gewährung des Freibetrages von Nachweispflichten abhängig gemacht werden, siehe hierzu *Hey*, DStR 2011, 1149.

19 *Ergenzinger*, Schenkungsteuergesetz, S. 146 f.

20 *Dürschmidt*, IStR 2012, 410, 416; *Ergenzinger*, Schenkungsteuergesetz, S. 147 f.

21 *Ergenzinger*, Schenkungsteuergesetz, S. 148.

Aufgrund des Umstandes, dass bei beschränkter Erbschaftsteuerpflicht sich der der Besteuerung unterliegende Vermögensanfall auf das Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG beschränkt, gebietet es das Unionsrecht nicht, beschränkt Steuerpflichtigen den gleichen Freibetrag zuzusprechen wie unbeschränkt Steuerpflichtigen.²² Gebietsfremde müssen nur wie Gebietsansässige steuerrechtlich behandelt werden, soweit sie sich in einer vergleichbaren Lage befinden. Dies ist nur insoweit gegeben, wie Vermögen in Deutschland der Besteuerung unterliegt.²³

Durch die vorliegende EuGH-Entscheidung ist der Gesetzgeber gezwungen, die Regelung zu den Freibeträgen bei beschränkter Erbschaftsteuerpflicht von Grunde auf zu reformieren, wobei es zu begrüßen wäre, wenn er dabei nicht nur die Freibeträge, sondern die persönlichen Verhältnisse insgesamt in Blick nehmen würde.²⁴ Ohne gesetzliche Grundlage ist davon auszugehen, dass spätestens im streitigen Verfahren den beschränkt Steuerpflichtigen der gleiche Freibetrag wie unbeschränkt Steuerpflichtigen eingeräumt wird. Umgekehrt sollten Steuerpflichtige und deren Berater ohne gesetzliche Grundlage eine Kürzung der Freibeträge nicht akzeptieren und die Gewährung der Freibeträge nach § 16 Abs. 1 ErbStG erstreiten.²⁵

22 *Dürschmidt*, IStR 2012, 410, 415 f.; a. A. *Eule*, ZEV 2015, 88.

23 *Dürschmidt*, IStR 2012, 410, 415 f.

24 Nach den gleichen Grundsätzen wären z. B. beim besonderen Versorgungsbetrag nach § 17 ErbStG oder beim Abzug von Schulden und Lasten nach § 10 Abs. 5 und Abs. 6 ErbStG zu verfahren, siehe hierzu *Dürschmidt*, IStR 2012, 410, 415 f.

25 FG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.7.2014, 11 K 3629/13, ZEV 2015, 122, und FG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2015, 4 K 3636/14, DStRE 2016, 926.

26. Ansatz des Meistgebots als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer

BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 27/14
(Vorinstanz: Sächsisches FG vom 2. 4. 2014, 2 K 1663/13)
GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 1

LEITSATZ:

Beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb als Meistbietende bei Zwangsversteigerungen durch Zuschlagsbeschlüsse vom 13.12.2011 und vom 6.2.2012 jeweils eine und mit Zuschlagsbeschlüssen vom 22.8.2012 insgesamt drei Eigentumswohnungen. Die Verkehrswerte betragen 75.200 € (Wohnung A), 54.200 € (Wohnung B), 92.000 €, 48.000 € und 36.500 € (Wohnungen C1, C2 und C3) und die Meistgebote 52.640 € (Wohnung A), 34.100 €

(Wohnung B), 46.000 €, 24.000 € und 18.250 € (Wohnungen C1, C2 und C3).

2 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte ausgehend von dem jeweiligen Meistgebot als Bemessungsgrundlage Grunderwerbsteuer gegen die Klägerin (...) fest.

3 Die Einsprüche, mit denen die Klägerin die Minderung der jeweiligen Bemessungsgrundlagen um die anteilig auf die jeweiligen Eigentumswohnungen entfallenden, angesparten Instandhaltungsrückstellungen (...) begehrte, blieben ohne Erfolg.

4 Das FG wies die Klage mit der Begründung ab, die jeweils zum Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft gehörenden Instandhaltungsrückstellungen seien nicht Gegenstand der Erwerbe der Klägerin gewesen. (...)

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht entschieden, dass beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer anzusetzen und dieses nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern ist.

9 1. Der Grunderwerbsteuer unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG das Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren für ein inländisches Grundstück. Die Steuer bemisst sich nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Bei einem Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG als Gegenleistung das Meistgebot einschließlich der Rechte, die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben. Die in § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG verwendeten Begriffe sind dabei aus dem Recht der Zwangsversteigerung vorgegeben und im Sinne des Zwangsversteigerungsrechts auszulegen (st. Rspr., vgl. BFH, Beschluss vom 14.10.2008, II B 65/07, BFH/NV 2009, 214, m. w. N.; und BFH, Urteil vom 15.7.2015, II R 11/14, BFH/NV 2015, 1602, Rdnr. 10). Das Meistgebot ist das höchste Gebot, das bis zum Schluss der Versteigerung abgegeben worden ist (*Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 774). Dem Meistbietenden ist der Zuschlag zu erteilen (§ 81 Abs. 1 ZVG). Das Meistgebot umfasst das geringste Gebot i. S. d. § 44 Abs. 1 ZVG und das über das geringste Gebot hinausgehende Mehrgebot (§ 49 Abs. 1 ZVG; *Pahlke*, GrEStG, Kommentar, 5. Aufl., § 9 Rdnr. 116).

10 2. Beim Erwerb einer Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

11 a) Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG ist das Meistgebot als Bemessungsgrundlage anzusetzen. § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG legt die Gegenleistung beim Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren typisierend fest (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2015, 1602, Rdnr. 20). Eine Aufteilung des Meistgebots entsprechend den Grundsätzen zur Aufteilung einer Gesamtgegenleistung (vgl. BFH, Urteil vom 9.10.1991, II R 20/89, BFHE 165, 548, BStBl. II 1992, S. 152) ist nur dann geboten, wenn die Zwangsversteigerung Gegenstände umfasst, deren Erwerb nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt und für die das Gericht eine gesonderte Zwangsversteigerung

nach § 65 ZVG anordnen könnte (*Loose in Boruttau*, GrEStG, 17. Aufl., § 9 Rdnr. 384; *Pahlke*, a. a. O., § 9 Rdnr. 115).

12 b) Gegenstand der Versteigerung einer Eigentumswohnung ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört (sog. Wohnungseigentum; vgl. § 1 Abs. 2 WEG i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. 2007 I, S. 370). Seinem Umfang nach umfasst die Immobiliarzwangsvollstreckung auch Gegenstände, auf die sich bei Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten die Hypothek erstreckt (§ 865 ZPO; § 20 Abs. 2 ZVG; *Pahlke*, a. a. O., § 9 Rdnr. 115). Solche Gegenstände sind z. B. die vom Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht nach den §§ 954 ff. BGB in das Eigentum eines anderen fallen (*Pahlke*, a. a. O., § 9 Rdnr. 115). Die Instandhaltungsrückstellung gehört nicht dazu.

13 c) Die anteilige Instandhaltungsrückstellung ist Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG; *Merle in Bärmann*, WEG, 13. Aufl., § 21, Rdnr. 146) und damit nicht Vermögen des von der Zwangsversteigerung betroffenen Wohnungseigentümers, sondern Vermögen eines anderen Rechtssubjekts.

14 aa) Die Wohnungseigentümergeinschaft ist ein vom jeweiligen Mitgliederbestand unabhängiger teilrechtsfähiger und parteifähiger Verband sui generis (vgl. BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl. 2016, Einl. WEG Rdnr. 5). Sie kann im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG). Sie ist Inhaberin der als Gemeinschaft gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte und Pflichten (§ 10 Abs. 6 Satz 2 WEG). Der Gemeinschafter der Wohnungseigentümer gehört nach § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG das Verwaltungsvermögen. Dieses besteht aus den im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Sachen und Rechten sowie den entstandenen Verbindlichkeiten (§ 10 Abs. 7 Satz 2 WEG).

15 bb) Eine ordnungsmäßige, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechende Verwaltung erfordert nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG auch die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung, die zum Verwaltungsvermögen zählt (vgl. BGH, Beschluss, BGHZ 163, 154, unter III.5.e; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 21 WEG Rdnr. 18). Die Instandhaltungsrückstellung i. S. d. § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG, bei der es sich nicht um eine Rückstellung im bilanztechnischen Sinne handelt, ist die Ansammlung einer angemessenen Geldsumme, die der wirtschaftlichen Absicherung künftig notwendiger Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen am Gemeinschaftseigentum dient und die im Wesentlichen durch Beiträge der Wohnungseigentümer angesammelt wird (*Merle in Bärmann*, a. a. O., § 21 Rdnr. 144, 147). Sie bleibt bei einem Eigentümerwechsel Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft (*Merle in Bärmann*, a. a. O., § 21 Rdnr. 146). Anders als das Zubehör eines Grundstücks wie etwa Heizöl, Gaststätteninventar oder eine Kücheneinrichtung

(*Böttcher*, ZVG, Kommentar, 6. Aufl. 2016, § 90 Rdnr. 4, § 21 Rdnr. 36), geht die (anteilige) Instandhaltungsrückstellung beim Eigentumserwerb durch Zuschlag (§ 90 Abs. 1 ZVG) nicht kraft Gesetzes auf den Ersteher über. Ein für die Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrssteuer typischer Rechtsträgerwechsel findet bezüglich der Instandhaltungsrückstellung nicht statt.

16 cc) Die Wohnungseigentümer haben keinen Anteil am Verwaltungsvermögen, über den sie verfügen oder in den ihre Gläubiger vollstrecken können (vgl. *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 10 WEG Rdnr. 38). Eine Zwangsvollstreckung in das Verwaltungsvermögen – und damit auch in die der Wohnungseigentümergeinschaft gehörende Instandhaltungsrückstellung – ist nur aus einem gegen die Wohnungseigentümergeinschaft gerichteten Titel möglich (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 63). Ein Titel gegen den einzelnen Wohnungseigentümer reicht hierfür nicht aus (vgl. *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 10 WEG Rdnr. 38).

17 d) Der mit dem Zuschlag im Versteigerungsverfahren verbundene gesetzliche Übergang der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Ersteher rechtfertigt es ebenfalls nicht, die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die anteilig auf die Eigentumswohnung entfallende Instandhaltungsrückstellung herabzusetzen.

18 Die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft begründet kraft Gesetzes eine schuldrechtliche Sonderrechtsbeziehung, aus der sich eine Vielzahl von Rechten und Pflichten ergibt, die untrennbar mit dem Sondereigentum an der Wohnung und dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum verbunden sind (*Suilmann in Bärmann*, a. a. O., § 10 Rdnr. 33; vgl. *Palandt/Bassenge*, a. a. O., Einl. WEG Rdnr. 5). Bei der Versteigerung einer Eigentumswohnung wird der Ersteher mit dem Zuschlag Eigentümer der Wohnung (vgl. § 90 Abs. 1 ZVG) und aufgrund Gesetzes zugleich Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Mitgliedschaft kann für sich allein nicht Gegenstand einer gesonderten Zwangsversteigerung sein.

19 e) Der Ansatz des Meistgebots ohne Minderung um die anteilig auf die Eigentumswohnung entfallende Instandhaltungsrückstellung steht nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BFH, wonach die nach § 114a ZVG eintretende Befriedigungsfiktion Teil der Gegenleistung ist (BFH, Urteil vom 25.8.2010, II R 36/08, BFH/NV 2010, 2304, m. w. N.). Nach dieser Rechtsprechung ist der Betrag, in dessen Höhe der Gläubiger mit dem Zuschlag nach § 114a ZVG als aus dem Grundstück befriedigt gilt, eine zusätzliche Leistung i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG. Eine solche Fallgestaltung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG ist im Streitfall nicht gegeben. Die Klägerin war zwar jeweils Meistbietende, aber nicht zugleich (zivilrechtliche) Forderungsgläubigerin. Die Bemessung der Gegenleistung richtet sich im Streitfall daher jeweils ausschließlich nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 GrEStG.

20 f) Soweit der BFH entschieden hat, dass ein gezahltes Entgelt für den Erwerb eines in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Guthabens beim rechtsgeschäftlichen Erwerb einer Eigentumswohnung kein Entgelt für den Erwerb des Grundstücks ist und nicht zur Gegenleistung gehört (BFH,

Urteil, BFHE 165, 548, BStBl. II 1992, S. 152), liegt dieser Entscheidung ein anderer Sachverhalt als im Streitfall zu Grunde. Es kann offen bleiben, ob an dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die Entscheidung des BGH in BGHZ 163, 154, und die Änderung des WEG zum 1.7.2007 (vgl. Gesetz zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. 2007 I, S. 370) festzuhalten ist.

(...)

•

27. Annahme einer freigebigen Zuwendung bei disquotaler Erbaueinandersetzung – Beginn der Festsetzungsfrist bei unterbliebener Anzeige

FG Münster, Urteil vom 22.10.2015, 3 K 1776/12 Erb

*ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, §§ 13a, 13b, 30 Abs. 1 und 2
AO § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 Nr. 2*

LEITSÄTZE:

1. Eine wissentlich und willentlich disquotal erfolgende Erbaueinandersetzung führt zur Annahme einer freigebigen Zuwendung im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.
2. Hat der Steuerpflichtige eine Anzeige nach § 30 Abs. 1 und Abs. 2 zu erstatten, beginnt die Festsetzungsfrist bei unterbliebener Anzeige gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO erst mit Ablauf des dritten Kalenderjahres, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem die Steuer entstanden ist.
3. Die Festsetzungsfrist für die Schenkungsteuer beginnt gemäß § 170 Abs. 5 Nr. 2 AO zudem nicht vor Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Finanzbehörde von der vollzogenen Schenkung positive Kenntnis erlangt hat.
4. Die Übertragung lediglich von Sonderbetriebsvermögen ohne den Mitunternehmeranteil, zu dem es gehört, stellt keinen Übergang von Betriebsvermögen im Wege vorweggenommener Erbfolge im Sinne von §§ 13a, 13b ErbStG dar.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Bewertung von Gebäuden gem. § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes¹

Neue Richtzahl ab 1.10.2016: 17,3

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2016 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 17,3. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 11. Auflage 2014, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (Beschluss vom 9.4.1976, BReg. 3 Z 54/74, BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Entscheidung vom 4.12.1986, 1 Z 43/86, Rpfleger 1987, 161; Entscheidung vom 9.2.1984, 1 Z 86/83, JurBüro 1984, 904; Beschluss vom 21.8.1985, BReg. 3 Z 125/85, JurBüro 1985, 434; Beschluss vom 12.11.1987, BReg. 3 Z 164/87, DNotZ 1988, 451; Beschluss vom 22.4.1993, 3Z BR 4/93, BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen. Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 11. Auflage, Rdnr. 1553; *Korintenberg*, GNotKG, 19. Auflage 2014, § 46 Rdnr. 16).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf

Korintenberg, a. a. O., Rdnr. 59 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg*, a. a. O., Rdnr. 59c).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 168).

Materialien

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBl. 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24. Oktober 2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG
- ab 1. Oktober 2016 für Gebäude 17,3

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24. Oktober 2005, Gz. 5604-VI-4032/04.

¹ Anschluss an MittBayNot 2016, 93.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesen Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs erfragt werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (ZB unter http://www.versicherung-vergleiche.de/gebaeudeversicherung/gebaeude_

vergleich.php oder: www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm oder www.mr-money.de/vergleiche/wohngbaeude/wert1914/772.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderliche Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz-Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz-Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mit Hilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	13,702	13,702	13,702	13,563	13,425
2	13,563	13,702	13,425	13,286	12,871
3	13,425	13,563	13,286	13,010	12,456
4	13,286	13,563	13,148	12,733	12,041
5	13,148	13,425	13,010	12,456	11,487
6	13,010	13,425	12,733	12,179	11,072
7	12,871	13,286	12,594	11,902	10,657
8	12,733	13,286	12,456	11,626	10,103
9	12,594	13,148	12,318	11,349	9,688
10	12,456	13,010	12,041	11,072	9,273
11	12,318	13,010	11,902	10,795	8,719
12	12,179	12,871	11,764	10,518	8,304
13	12,041	12,871	11,626	10,242	7,889
14	11,902	12,733	11,349	9,965	7,335
15	11,764	12,594	11,210	9,688	6,920
16	11,626	12,594	11,072	9,411	6,505
17	11,487	12,456	10,934	9,134	5,951
18	11,349	12,318	10,657	8,858	5,536

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertig- garagen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
19	11,210	12,318	10,518	8,581	5,121
20	11,072	12,179	10,380	8,304	4,567
21	10,934	12,041	10,242	8,027	und darüber (Restwert = 30 %): 4,152
22	10,795	12,041	9,965	7,750	
23	10,657	11,902	9,826	7,474	
24	10,518	11,764	9,688	7,197	
25	10,380	11,626	9,550	6,920	
26	10,242	11,626	9,273	6,643	
27	10,103	11,487	9,134	6,366	
28	9,965	11,349	8,996	6,090	
29	9,826	11,210	8,858	5,813	
30	9,688	11,072	8,581	5,536	
31	9,550	11,072	8,442	5,259	
32	9,411	10,934	8,304	4,982	
33	9,273	10,795	8,166	4,706	
34	9,134	10,657	7,889	4,429	
35	8,996	10,518	7,750	und darüber (Restwert = 30 %): 4,152	
36	8,858	10,518	7,612		
37	8,719	10,380	7,474		
38	8,581	10,242	7,197		
39	8,442	10,103	7,058		
40	8,304	9,965	6,920		
41	8,166	9,826	6,782		
42	8,027	9,688	6,505		
43	7,889	9,550	6,366		
44	7,750	9,411	6,228		
45	7,612	9,273	6,090		
46	7,474	9,134	5,813		
47	7,335	8,996	5,674		
48	7,197	8,858	5,536		
49	7,058	8,719	5,398		
50	6,920	8,581	5,121		
51	6,782	8,442	4,982		
52	6,643	8,304	4,844		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertig- garagen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
53	6,505	8,166	4,706		
54	6,366	8,027	4,429		
55	6,228	7,889	4,290		
56	6,090	7,750	und darüber (Restwert = 30 %): 4,152		
57	5,951	7,612			
58	5,813	7,474			
59	5,674	7,335			
60	5,536	7,197			
61	5,398	7,058			
62	5,259	6,920			
63	5,121	6,782			
64	4,982	6,643			
65	4,844	6,366			
66	4,706	6,228			
67	4,567	6,090			
68	4,429	5,951			
69	4,290	5,813			
70	und darüber (Restwert = 30 %): 4,152	5,536			
71		5,398			
72		5,259			
73		5,121			
74		4,982			
75		4,706			
76		4,567			
77		4,429			
78		und darüber (Restwert = 30 %): 4,290			
79					
80					

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Nachlassverzeichnis

Freitag, 20. Januar 2017, 15.30 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, Jena

Im Anschluss wird zum Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht und des Thüringer Notarvereins geladen.

Aus dem Programm:

Das Nachlassverzeichnis – der Schrecken des Notars? Notarielle Amtspflichten im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung (Notarassessor Dr. *Johannes Peters*, Erfurt)

Das notarielle Nachlassverzeichnis – Einblick in die Praxis und Ausblick de lege ferenda (Richter als Notarvertreter Dr. *Mattias Damm*, Adelsheim)

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

bis zum 2. Januar 2017 per E-Mail unter notarinstitut@uni-jena.de oder per Fax unter 03641 942512

Podiumsdiskussion der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Die Rechtsprobleme der künstlichen Befruchtung

Mittwoch, 1. Februar 2016, 16.30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),
Geschwister-Scholl-Platz 1, München

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Referenten:

Professor Dr. *Andreas Spickhoff*,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Dr. *Alexander Martini*, Erlangen

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de, Tel. 089 2180-1420,
Fax: 089 2180-13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Wissenschaftliches Symposium der Universität Regensburg und des Deutschen Notarinstituts

Die Europäischen Güterrechtsverordnungen

Freitag, 10. Februar 2017, 9.00 Uhr

Tagungszentrum „Zehntscheune“ im Weingut Juliusspital, Klinikstraße 1, Würzburg

Aus dem Programm:

Entstehung der Güterrechtsverordnungen (*Joanna Serdynska*, Europäische Kommission Brüssel)

Internationale Zuständigkeit in Ehegütersachen
(Professor Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg)

Die objektive Anknüpfung des Ehegüterstatuts
(Professor Dr. *Stephan Lorenz*, Ludwig-Maximilians-Universität München)

Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht
(Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München)

Sonderanknüpfung von Eheverträgen und der Schutz Dritter
(Dr. *Rembert Süß*, Deutsches Notarinstitut Würzburg)

Besonderheiten der Verordnung für das Güterrecht eingetragener Partner
(Professor Dr. *Michael Coester*, Ludwig-Maximilians-Universität München)

Fragen des Allgemeinen Teils: Qualifikation, Vorrage, Renvoi und ordre public
(Professor Dr. *Andrea Bonomi*, Université de Lausanne)

Der sachliche Anwendungsbereich der Güterrechtsverordnungen und der Umfang des Güterrechtsstatuts
(Dr. *Andreas Köhler*, Universität Passau)

Drittstaaten und die vorrangigen Staatsverträge der Mitgliedstaaten
(Professor Dr. *Christian Kohler*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes)

Tagungsbeitrag: 100 €

Kontakt/Anmeldung: per Fax 0931 35576-225 oder E-Mail d.schmitt@dnoti.de

Auf Wunsch kann eine Bescheinigung über die Teilnahme und den Inhalt der Veranstaltung erteilt werden.

Veranstaltungen des DAI

1. **Notariat für Einsteiger**
(*Scholten/Tondorf*)
12.–14.1.2017 in Bochum
2.–4.2.2017 in Kiel
2. **Unterstützung bei der Abwicklung notarieller Amtsgeschäfte von A – Z**
(*Tondorf*)
20.1.2017 in Bochum
15.2.2017 in Berlin
3. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(*Arens*)
28.1.2017 in Heusenstamm
4. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2016/2017**
(*Herrler/Hertel/Kesseler*)
17.2.2017 in Köln
18.2.2017 in Heusenstamm
5. **31. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(*Huttenlocher/Monreal/Naumann/Rapp/Schlögel/Sikora/Simon*)
20.2.-25.2.2017 in Heusenstamm

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Bartlitz: Die Haftung des Kommanditisten auf der Grundlage kapitalgesellschaftsrechtlicher Prinzipien. Mohr Siebeck, 2016. 205 S., 69 €
2. Berschneider (Hrsg.): Familienvermögensrecht. 3. Aufl., Giesecking, 2016. 1470 S., 119,80 €
3. Busse/Grziwotz: VEP Der Vorhaben- und Erschließungsplan. 3. Aufl., Rehm, 2016. 352 S., 39,99 €
4. Eckhardt/Hermanns (Hrsg.): Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht. 3. Aufl., Heymanns, 2016. 1584 S., 164 €
5. Elzer: WEG-Recht. 2. Aufl., Haufe-Lexware, 2016. 450 S., 44,95 €
6. Ettinger/Jacques (Hrsg.): Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand. 2. Aufl., Beck, 2016. 652 S., 129 €
7. Hüttl: Das vereinfachte GmbH-Gründungsverfahren mittels Musterprotokoll. Kovac, 2016. 262 S., 96,80 €
8. Jäde/Dirnberger: Baugesetzbuch, Baunutzungsverordnung. 8. Aufl., Boorberg, 2016. 1658 S., 118 €
9. Kemper: Das familienrechtliche Mandat – Versorgungsausgleich. 2. Aufl., Deutscher Anwaltsverlag, 2016. 448 S., 54 €
10. Lange-Parpart: Notarfachkunde – Berufsrecht und Beurkundungsrecht. 2. Aufl., Europa-Lehrmittel, 2016. 211 S., 16,30 €
11. Quedenfeld: Handbuch Bekämpfung der Geldwäsche und Wirtschaftskriminalität. 4. Aufl., Schmidt, 2016. 548 S., 82 €
12. Schneider/Volpert/Fölsch (Hrsg.): Gesamtes Kostenrecht. 2. Aufl., Nomos, 2016. 3382 S., 138 €
13. Schulz (Hrsg.): NotarFormulare Bauträgerrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2016. 420 S., 89 €
14. Schulze/Dörner/Ebert: Bürgerliches Gesetzbuch. 9. Aufl., Nomos, 2016. 2998 S., 69 €
15. Spielbauer/Then/Spielbauer: WEG. 3. Aufl., Schmidt, 2016. 1352 S., 112 €
16. Staudinger: EGBGB/IPR: Haager Unterhaltsprotokoll, EU-UntVO. 17. Aufl., Sellier-de Gruyter, 2016. 376 S., 120 €
17. Staudinger: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf). Sellier-de Gruyter, 2016. 690 S., 110 €
18. Süß/Ring (Hrsg.): Eherecht in Europa. 3. Aufl., Zerb, 2016. 1520 S., 169 €
19. Tondorf/Gockel: Notar 2017. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2016. 256 S., 14,90 €
20. Trimborn von Landenberg: Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall. 3. Aufl., Zerb, 2016. 196 S., 49 €
21. Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt: DONot. 13. Aufl., Heymanns, 2016. 812 S., 139 €
22. Winter (Hrsg.): Beratungspraxis GmbH & Co. KG. Schmidt, 2016. 943 S., 99 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Winfried Kössinger, München, wurde am 23.11.2016 die Medaille für Verdienste um die Bayerische Justiz verliehen

Notar a. D. Kurt Lechner, Kaiserslautern, wurde am 10.12.2016 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

2. Verstorben:

Notar a. D. Helmut Flesch, München, verstorben am 18.12.2016

3. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 2.11.2016:

Notarin Dr. Stefanie Huber, Rottalmünster

4. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.1.2017:

Notar Helmut Kopp, Ingolstadt

Mit Wirkung zum 1.2.2017:

Notar Johannes Brödel, Hema

5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.1.2017:

Cadolzburg	dem Notar Ralf Rebhahn (bisher in Uffenheim)
Ingolstadt (in Sozietät mit Notar Dr. Macht)	dem Notar Nico Matheis (bisher in Mallersdorf- Pfaffenberg)
Marktheidenfeld (in Sozietät mit Notar Dr. Eckert)	dem Notarassessor Christian Schall (bisher in Brüssel, Bundsnotarkammer)
München (in Sozietät mit Notar Uhlig)	dem Notar Helmut Hutterer (bisher in Forchheim)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Markus Pflieger, München (Notarstelle Dr. Krauß), ab 1.11.2016 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessorin Lisa Kestler, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), ab 1.12.2016 in München (Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer)

Notarassessorin Eva-Maria Bernauer, München (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer), ab 1.1.2017 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Notarassessor Dr. Franz Gärtner, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.1.2017 in München (Notarstellen Kirchner/Thiede)

Oberinspektorin i. N. Karin Haberl, Simbach a. Inn (Notarstelle Neumair), ab 1.1.2017 in Roding (Notarstelle Mayer)

Oberinspektorin i. N. Jasmin Köcher, Nürnberg (derzeit in Elternzeit), ab 1.1.2017 in Herzogenaurach (Notarstelle Grömer)

Oberinspektorin i. N. Heike Numberger, München (Notarstelle Dr. Streber), ab 1.1.2017 in Erding (Notarstelle Olk)

Oberinspektor i. N. Johannes Seubert, München (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer), ab 1.1.2017 in München (Notarstelle Dr. Streber)

Oberinspektor i. N. Simon Stadler, Erding (Notarstelle Olk), ab 1.1.2017 in München (Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer)

Oberinspektorin i. N. Daniela Weiß, Haßfurt (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.1.2017 in Münnerstadt (Notarstelle Dr. Roßmann)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsärztin i. N. Maria Hottner, Schwandorf (Notarstelle Dr. Merkle), zum 31.12.2016 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Oskar Abbold, München (Notarstellen Dr. Wicke/Herrier), ab 1.1.2017 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Willibald Auer, Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Dr. Mickisch/Dr. Heinemann), ab 1.1.2017 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Wolfgang Breitenbach, Bad Brückenau (Notarstelle Dr. Höhn), ab 1.1.2017 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Robert Eiser, Herzogenaurach (Notarstelle Grömer), ab 1.1.2017 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gerhard Luff, Weißenburg i. Bay. (Notarstelle Stigler), ab 1.1.2017 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Hans Friedrich, Kempten (Notarstellen Dr. Bülow/Hoffmann), ab 1.2.2017 im Ruhestand

8. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.1.2017:

Zum *Notariatsoberrat i. N. (Entgeltgruppe 14)*:

Bernd Bös, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dörnhöfer)

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.
(Entgeltgruppe 12):*

Dieter Beer, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)
Maria Bias, Straubing (Notarstelle Hagenbucher)
Jürgen Geipel, Würzburg (Notarstellen Dünninger/Adam)
Lothar Roos, Markttheidenfeld
(Notarstellen Dr. Eckert/Verwalter)
Helmut Weis, Frankenthal/Pf.
(Notarstellen Dr. Schmidt/Weinsheimer)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Peter Dörr, Landau i. d. Pfalz (Notarstellen Sties/Flörsch)
Holger Durmann, Kandel/Pfalz
(Notarstellen Freunscht/Wassermann)
Gudrun-Elly Eder, München
(Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Schmid)
Beate Friedrich, Schwandorf (Notarstelle Dr. Merkle)
Jürgen Kasper, München (Notarstelle Schrenick)
Gerd Langner, Bayreuth (Notarstellen Zuber/Dr. Simon)
Johann März, Prien a. Chiemsee
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller)
Gabriele Menzel, Ebermannstadt (Notarstelle Dr. Keller)
Rainer Söhnlein, Fürth (Notarstelle Gläser)
Stefan Vané, Nürnberg (Notarstellen Thoma/Weinmann)
Dieter Wahl, Höchstädt a. d. Aisch (Notarstelle Lisch)
Irene Witzel, Werneck (Notarstelle Stein)
Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):
Henry Awaleh, Haßloch (Notarstelle JR Dr. Sefrin)
Michaela Becker, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Kornexl/Dr. Herrier)
Nicole Birklein, Bamberg (Notarstelle Dr. Bord)
Helga Bunk, Zusmarshausen (Notarstelle Mödl)
Stefanie Herbst, Markt Erlbach (Notarstelle Meyer)
Josef Hirsch, Neuburg a. d. Donau
(Notarstellen Dr. Krist/Dr. Grimm)
Christine Kölbl, München
(Notarstellen Ruhland/Ruhwinkel)
Sabine Krois, Türkheim (Notarstelle Albrecht)
Christian Loderer, Dachau (Notarstellen Bock/Dr. Triller)
Daniela Löffler-Fendt, Lauingen (Donau)
(Notarstelle Dr. Franck)

Michael Schilling, München
(Notarstellen Dr. Basty/Haasen)
Tanja Schmidmayer, München (Notarstelle Wurm)
Marion Schneider, Eichstätt
(Notarstellen Philipp/Dr. Wolf)
Sonja Vogler, Sonthofen (Notarstellen Caspary/Metzger)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.
(Entgeltgruppe 9 Stufe 4–5):*

Melanie Gußner, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Adrian/Kroier)
Christina Heckl, Neuburg a. d. Donau
(Notarstellen Dr. Krist/Dr. Grimm)
Carolin Kandler, Regensburg (Notarstelle Dr. Huber)
Christina Lugauer, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)
Saskia Rückert, Nürnberg
(Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel)
Jennifer Sass, Höchstädt a. d. Donau
(Notarstelle Schmid)
Stefanie Schönwasser, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Sommerhäuser/Dr. Reindl)
Jürgen Thomann, Erlangen
(Notarstellen Dr. Schwanecke/Braun)
Mit Wirkung zum 1.2.2017:
Zur Oberamtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 12):
Ursula Scharf, Erlangen (Notarstellen Dr. Martini/Siegler)
Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):
Johann Hamperl, Oberviechtach
(Notarstelle Dr. Mächtel)
Zum Amtmann i. N. (Entgeltgruppe 10):
Bernd Modlmair, Rain (Notarstelle Dr. Hörmann)

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

München, Notarstellen Dr. Thiele/Dr. Satzl
Leopoldstraße 16, 80802 München
Pfaffenhofen, Notarstellen Grosser/Struck
Hauptplatz 37, 85276 Pfaffenhofen

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de