

# MittBayNot

Begründet 1864

## 4|2019

Juli/August 2019

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 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:

Benedikt Mack,  
Notarassessor  
Angelika Strähuber,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Becker:** Mit oder ohne Voreintragung?  
– zugleich Anmerkung zu OLG Stuttgart . . . . . 315
- **Everts:** Strafflosigkeit erschlichener Grundstückskaufverträge  
– zugleich Anmerkung zu BGH. . . . . 320
- **Herrler:** § 566 BGB und Veräußerung von Miteigentumsanteilen  
– zugleich Anmerkung zu BGH. . . . . 323

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Kanzleiter** zu **BGH:** Anspruch auf amtswegige Löschung  
einer Grunddienstbarkeit . . . . . 340
- **Böttcher** zu **OLG Stuttgart:** Belastung eines Grundstücks mit  
einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht . . . . 346
- **Grziwotz** zu **OLG München:** Inhaltsänderung des Sonder-  
eigentums durch Änderungsvermerk im Bestandsverzeichnis . . . . . 350
- **Salzmann** zu **BGH:** Keine Mit-Elternschaft in  
gleichgeschlechtlicher Ehe . . . . . 355
- **Sagmeister** zu **OLG Hamm:** Genehmigungsfreiheit der lenkenden  
Ausschlagung der Erbschaft nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB . . . . . 366
- **Vilgertshofer** zu **KG:** Auslegung und Formwirksamkeit eines  
Testaments bei Bezugnahme auf ein weiteres Schriftstück . . . . . 371
- **Wagner** zu **OLG München:** Nachweis der Erbfolge gegenüber  
dem Registergericht durch Vorlage eines Erbscheins . . . . . 374
- **Weigl** zu **BGH:** Mängelgewährleistung beim Rechtskauf . . . . . 381
- **Strauß** zu **OLG München:** Wertfestsetzung für ein Vorkaufsrecht  
am Erbbaurecht . . . . . 396
- **Aigner** zu **BFH:** Erbauseinandersetzung bei zivilrechtlicher  
Nachlassspaltung. . . . . 402

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München  
Telefon: (089) 551660  
Telefax: (089) 55166234  
E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de)  
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,  
Notarassessorin Angelika Strähuber

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2019

## AUFSÄTZE 315

**Becker:** Mit oder ohne Voreintragung? – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 17.10.2018, 8 W 311/18 315

**Everts:** Strafflosigkeit erschlichener Grundstückskaufverträge – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 6.3.2018, 3 StR 552/17 320

**Herrler:** § 566 BGB und Veräußerung von Miteigentumsanteilen – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 9.1.2019, VIII ZB 26/17 sowie zum Urteil des BGH vom 25.4.2018, V ZR 176/17 323

## BUCHBESPRECHUNGEN 329

**Bayer/Koch:** Offene Fragen zum Wohnungseigentumsrecht und deren Bedeutung für die notarielle Praxis (**Lotz**) 329

**Döbereiner/Frank:** Internationales Güterrecht für die Praxis (**Menne**) 330

**Limmer/Hertel/Herrler/Weber:** Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut (**Noack**) 331

**Reul/Heckschen/Wienberg:** Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis – Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht (**Grimm/Köpfung**) 332

## RECHTSPRECHUNG 334

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

1. Kein Erfordernis der Begründung von Wohneigentum für die Kündigungsbeschränkung des § 577 Abs. 1a Satz 1 BGB (BGH, Urteil vom 21.3.2018, VIII ZR 104/17 – Ls.) 334

2. Betrugsrelevanter Vermögensschaden bei Grundstücksgeschäften (BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17) 334

3. Unternehmereigenschaft einer GbR bei Beteiligung einer juristischen Person (OLG Brandenburg, Urteil vom 7.3.2018, 4 U 26/17 – Ls.) 335

#### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Anspruch auf amtswegige Löschung einer Grunddienstbarkeit (BGH, Beschluss vom 13.9.2018, V ZB 2/18) 336  
mit Anmerkung **Kanzleiter** 340

5. Löschung des Erbbaurechts bei Ausschluss der Entschädigungsforderung (KG, Beschluss vom 4.12.2018, 1 W 369-370/18) 341

6. Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortalen Vollmacht (OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18) 343  
mit Anmerkung **Böttcher** 346

7. Inhaltsänderung des Sondereigentums durch Änderungsvermerk im Bestandsverzeichnis (OLG München, Beschluss vom 24.9.2018, 34 Wx 194/18) 349  
mit Anmerkung **Grziwotz** 350

8. Pflicht zur Vorlage des Grundschuldbriefs im Flurbereinigungsverfahren (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.2.2018, 20 W 309/17 – Ls.) 351

#### FAMILIENRECHT

9. Keine Mit-Elternschaft in gleichgeschlechtlicher Ehe (BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18) 351  
mit Anmerkung **Salzmann** 355

10. Zu den Voraussetzungen der Gesamtnichtigkeit eines Ehevertrages bei unwirksamer Beschränkung des Betreuungsunterhalts (OLG Celle, Beschluss vom 13.9.2018, 17 UF 28/18) 358

#### ERBRECHT

11. Genehmigungsfreiheit der lenkenden Ausschlagung einer Erbschaft nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB (OLG Hamm, Beschluss vom 28.6.2018, II-11 WF 112/18) 362  
mit Anmerkung **Sagmeister** 366

12. Auslegung einer gegenseitigen Erbeinsetzung von Eheleuten mit Pflichtteilsstrafklausel (KG, Beschluss vom 6.4.2018, 6 W 13/18 – Ls.) 368

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2019

13. Auslegung und Formwirksamkeit eines Testaments bei Bezugnahme auf ein weiteres Schriftstück (KG, Beschluss vom 13.12.2017, 26 W 45/16) mit Anmerkung <b>Vilgertshofer</b>	368 371
---	------------

14. Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Registergericht durch Vorlage eines Erbscheins (OLG München, Beschluss vom 17.10.2017, 31 Wx 330/17) mit Anmerkung <b>Wagner</b>	372 374
--	------------

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Mängelgewährleistung beim Rechtskauf (BGH, Urteil vom 26.9.2018, VIII ZR 187/17) mit Anmerkung <b>Weigl</b>	376 381
---	------------

16. Zustimmung des Aufsichtsrats vor Durchführung zustimmungspflichtiger Geschäfte (BGH, Urteil vom 10.7.2018, II ZR 24/17 – Ls.)	384
---	-----

17. Sozialversicherungsrechtlicher Status von Fremd- und Gesellschafter-Geschäftsführern (BSG, Urteil vom 14.3.2018, B 12 KR 13/17 R – Ls.)	384
---	-----

18. Ausübung der Gesellschafterrechte an einer Komplementär-GmbH in einer sog. Einheitsgesellschaft (KG, Beschluss vom 21.12.2018, 22 W 84/18 – Ls.)	384
--	-----

19. Beendigung einer KG durch Übertragung aller Anteile an einen Dritten (KG, Beschluss vom 30.11.2018, 22 W 69/18)	384
---	-----

20. Verwendung der Bezeichnung „Partners“ in der Firma einer GmbH (KG, Beschluss vom 17.9.2018, 22 W 57/18 – Ls.)	386
---	-----

## Internationales Privatrecht

21. Grunderwerb in einer Gütergemeinschaft niederländischen Rechts (OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.2.2019, 12 W 143/17)	386
--	-----

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

22. Schenkungsanfechtung im Insolvenzverfahren (BGH, Urteil vom 5.7.2018, IX ZR 126/17)	390
---	-----

23. Vollstreckbarkeit aus einer Unterwerfungserklärung (BGH, Urteil vom 6.7.2018, V ZR 115/17 – Ls.)	392
--	-----

## Kostenrecht

24. Wertfestsetzung für ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht (OLG München, Beschluss vom 31.10.2018, 34 Wx 448/17 Kost) mit Anmerkung <b>Strauß</b>	392 396
---	------------

## Öffentliches Recht

25. Fristen der Pflichtteilergänzung verfassungsgemäß (BVerfG, Beschluss vom 26.11.2018, 1 BvR 1511/14)	399
---	-----

## Steuerrecht

26. Generationen- und betriebsübergreifende Totalgewinnprognose bei Übertragung eines Landwirtschaftsbetriebs unter Nießbrauchsvorbehalt (BFH, Urteil vom 23.10.2018, VI R 5/17 – Ls.)	400
--	-----

27. Erbauseinandersetzung bei zivilrechtlicher Nachlassspaltung (BFH, Urteil vom 10.10.2018, IX R 1/17) mit Anmerkung <b>Aigner</b>	401 402
---	------------

28. Betrieb eines Blockheizkraftwerks – Wohnungseigentümergeinschaft als gewerbliche Mitunternehmerschaft (BFH, Urteil vom 20.9.2018, IV R 6/16)	405
--	-----

## SONSTIGES 411

<b>Tagungsbericht</b>	411
-----------------------	-----

**Winkelmann:** Gesellschaftsgründung

<b>Veranstaltungshinweise</b>	413
-------------------------------	-----

<b>Neuerscheinungen</b>	415
-------------------------	-----

## STANDESNACHRICHTEN 416

## AUFSÄTZE

# Mit oder ohne Voreintragung?

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 17.10.2018, 8 W 311/18\*

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

§ 39 Abs. 1 GBO bringt im Grundbuchrecht den sog. „Voreintragungsgrundsatz“ zum Ausdruck. Die Voreintragung des Betroffenen soll dabei die Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt erleichtern und damit dem eingetragenen Berechtigten ein erhöhtes Maß an Sicherheit vor ihn benachteiligenden Verfügungen bieten. Zudem dient der Voreintragungsgrundsatz der Darstellung der Entwicklungsschritte im Grundbuch.<sup>1</sup> Von diesem Grundsatz macht unter anderem § 40 GBO eine Ausnahme.<sup>2</sup> Zweck der Ausnahmeregelung ist es, das Grundbuch von überflüssigen Eintragungen freizuhalten, Kosten zu sparen und das Eintragungsverfahren zu beschleunigen.<sup>3</sup> Zuletzt ist in der Rechtsprechung der OLG vor allem die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO in den Fällen des Handelns eines transmortal General- und Vorsorgebevollmächtigten von Bedeutung gewesen. Das OLG Frankfurt a. M.<sup>4</sup> und das OLG Köln<sup>5</sup> haben insoweit für die Frage der Voreintragung des oder der Erben bei Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld im Rahmen der Abwicklung eines Immobilienkaufvertrags eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem Handeln eines Nachlasspflegers und eines transmortal Bevollmächtigten – wie auch die für eine analoge Anwendung erforderliche Regelungslücke – erkannt. Dagegen hatte das KG<sup>6</sup> bereits im Jahre 2011 in diesen Fällen gerade keine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz annehmen wollen. Nun liegt mit der nachstehend dargestellten Entscheidung des OLG Stuttgart eine weitere Entscheidung zu diesem Themenbereich vor.

## I. Entscheidung des OLG Stuttgart

### 1. Sachverhalt

Der im Grundbuch als Eigentümer eingetragene Erblasser hatte der Beteiligten zu 1 vor seinem Ableben eine notariell

\* MittBayNot 2019, 334 (in diesem Heft).

- 1 Zum Ganzen: BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 1.9.2018, § 39 Rdnr. 1 m. w. N.
- 2 Zu weiteren Ausnahmen vgl. BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 39 Rdnr. 11 ff.
- 3 Statt vieler: *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 2.
- 4 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZNotP 2018, 233 = ZfR 2017, 833 = MittBayNot 2018, 247.
- 5 OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18, RNotZ 2018, 397 = MittBayNot 2018, 538.
- 6 KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, ZfR 2011, 764 = FGPrax 2011, 270.

beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt, welche – ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus – auch die Vermögenssorge umfasste. Unter Verwendung dieser Vollmacht schloss die Beteiligte zu 1 mit den Beteiligten zu 2 und 3 einen notariell beurkundeten Kaufvertrag. Darin bevollmächtigte die Beteiligte zu 1 die Beteiligten zu 2 und 3 zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises zulasten des Kaufgegenstandes Grundpfandrechte jeder Art zu bestellen. Auf Grundlage dieser (Unter-)Vollmacht bestellten die Beteiligten zu 2 und 3 eine Grundschuld und bewilligten und beantragten deren Eintragung im Grundbuch im Rang nach der Auflassungsvormerkung, ohne jedoch die Erben namentlich bekannt zu geben.

Mit Zwischenverfügung beanstandete das Grundbuchamt, dass zur Eintragung der Grundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich sei. Der Rechtsprechung der OLG Frankfurt a. M. und Köln, wonach bei Veräußerung eines Grundstücks durch einen transmortal Bevollmächtigten die Voreintragung der Erben für die Eintragung einer Finanzierungsbelastung in entsprechender Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich sei, könne nicht gefolgt werden.

### 2. Gründe

In seiner Beschlussbegründung stellt das OLG zunächst fest, dass keine Verpflichtung bestehe, im Grundbuchverfahren den bzw. die Erben namhaft zu machen. Sodann fasst das Gericht schulbuchmäßig den Meinungsstand zur Geltung des Voreintragungsgrundsatzes für Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld sowie in der notariellen Literatur vorgeschlagene Ausweichstrategien zusammen. Vor diesem Hintergrund wendet sich der Senat zunächst einer analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO zu. Hierbei betont das Gericht jedoch die Unterschiede zwischen der akzessorischen Erwerbsvormerkung, für deren Bestellung § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO anerkanntermaßen analog anzuwenden ist, und der grundsätzlich rechtlich unabhängigen Finanzierungsgrundschuld. Diese Abweichungen stünden einer analogen Anwendung der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO auf die Finanzierungsgrundschuld entgegen.

Dagegen sei das Handeln eines Bevollmächtigten vergleichbar mit dem Handeln eines Nachlasspflegers im Sinne des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO. Wie der Nachlasspfleger solle auch der transmortal Bevollmächtigte die Erben – gerade auch im Grundbuchverkehr – vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zur Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechnete Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des

§ 40 GBO sei es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen sei. Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolge, um gegen die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können. Allein die Stellung des Nachlasspflegers als gesetzlichen Vertreter und die für den Nachlasspfleger gegebene Genehmigungsbefähigung verschiedener Verfügungen, die für den Bevollmächtigten nicht gelte, rechtfertigten es nicht, von einer analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO abzuweichen. Es sei ferner insoweit unbeachtlich, dass nach der Rechtsprechung des BGH, selbst bei Bestehen einer transmortalen Generalvollmacht, ein Bedürfnis für die Bestellung eines Nachlasspflegers gegeben sein könne, wenn konkrete Umstände für den Verdacht eines Vollmachtsmissbrauchs sprechen würden. Auch der weiter gegen die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO erhobene Einwand, die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten könne nicht weiter gehen als die der Erben, die einer Voreintragung nach § 39 GBO bedürften, überzeuge nicht. Zu Recht werde darauf hingewiesen, dass der trans- oder postmortal Bevollmächtigte vom Erblasser unter Ausnutzung seiner über den Tod hinauswirkenden privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit mit einer weiter gehenden, bloße Erbenbefugnisse überschneidenden Rechtsmacht ausgestattet sei, die es ihm ermöglichte gegenüber dem Grundbuchamt als Bevollmächtigter für den Nachlass der noch unbekanntem Erben aufzutreten. Aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ergebe sich, dass – im Hinblick auf den Grundbuchverkehr – auch dem Nachlasspfleger insoweit weiter gehende Kompetenzen zustünden als den Erben.

## II. Überlegungen

Aus Sicht eines Praktikers ist diese Entscheidung zu begrüßen, ermöglicht sie doch den Beteiligten und damit dem Notar durch das bewusste Gebrauchmachen von dieser (neuen) Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz die Kosten für den Erbscheinsantrag beim Notar (§ 40 GNotKG, KV 23300 GNotKG), die Erbscheinerteilung beim Nachlassgericht (§ 40 GNotKG, KV 12210 GNotKG) und die Grundbucheintragung (KV 14110 Nr. 1 GNotKG) – außerhalb des Anwendungsbereichs des Gebührenbefreiungstatbestandes der Anm. 1 zu KV 14110 GNotKG<sup>7</sup> – zu sparen. Ausweichlösungen, wie etwa die Verpfändung des Übereignungsanspruchs des Erwerbers an die finanzierende Bank,<sup>8</sup> kann man daher nunmehr in diesem Bereich als obsolet ansehen.

Notare sind gehalten, den für die Beteiligten kostengünstigsten Weg zu wählen, wollen sie sich nicht dem Einwand der unrichtigen Sachbehandlung nach § 21 GNotKG aussetzen. Diese Vorgabe gilt jedoch nur, wenn mehrere gleich sichere

Wege vorhanden sind.<sup>9</sup> Dabei gelten diese Grundsätze sicher nicht (uneingeschränkt) für das Gerichtskostenrecht, da dessen Kenntnisse vom Notar im Regelfall nicht erwartet werden können.<sup>10</sup> Jedoch stellt sich vorliegend aufgrund der Aktualität und der allgemeinen Bekanntheit der hier entschiedenen Problematik die Frage, ob dem Notar in Fällen des Verzichts auf die Voreintragung nicht der Vorwurf einer Amtspflichtverletzung gemacht werden könnte, weil er nicht den sichersten Weg gewählt hat. Wird dem Erwerber durch den Verzicht auf die Voreintragung des bzw. der Erben doch der Schutz der §§ 891 ff. BGB in Bezug auf die Person des bzw. der Erben, zum Beispiel im Hinblick auf das Nichtbestehen von Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB,<sup>11</sup> versagt.

Im Folgenden sollen daher anhand bestimmter in der Praxis häufiger Störfälle die Risiken eines Verzichts auf die Voreintragung beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten aufgezeigt werden. Dabei wird unterstellt, dass der Erwerber gutgläubig ist und dem Grundbuchamt sowie dem Notar der jeweilige Mangel nicht bekannt ist. Andernfalls würde sich die Frage stellen, inwieweit es der allgemeine Legalitätsgrundsatz dem Grundbuchamt<sup>12</sup> oder (auch) dem Notar verbietet, an einem unter Umständen gutgläubigen Erwerb mitzuwirken.

### 1. Der Erblasser war nicht Eigentümer

War der Erblasser nicht Eigentümer des Grundbesitzes, aber im Grundbuch als solcher eingetragen, hilft dem gutgläubigen Erwerber § 892 Abs. 1 BGB weiter. Der Inhalt des Grundbuchs wird als „richtig“ vermutet. Unterbleibt die Voreintragung des bzw. der Erben helfen dem (gutgläubigen) Erwerber also die Gutglaubensvorschriften der §§ 892 f. BGB gleichwohl über diese Divergenz zwischen Buch- und Rechtslage hinweg.

Ein Mangel in der Erbenstellung des bzw. der Vertretenen muss hier nicht näher betrachtet werden, da die Vollmacht stets zur Vertretung des bzw. der wahren (!) Erben des Vollmachtgebers berechtigt. Die Legitimation des Bevollmächtigten folgt hier auch aus dem Zusammentreffen der Eintragung des Erblassers im Grundbuch und der Vorlage der Urschrift oder einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde.

### 2. Die Vollmacht wurde bereits widerrufen

Wurde die Vollmacht durch den bzw. die Erben jedoch bereits widerrufen und handelt der transmortal Bevollmächtigte gleichwohl bei Abschluss des Kaufvertrags in deren Namen unter Vorlage einer Urschrift oder Ausfertigung der Vollmachtsurkunde, so ist § 172 Abs. 2 BGB zu beachten. Hier bleibt die Vollmacht im Außenverhältnis wirksam, bis die Vollmachtsur-

<sup>7</sup> Hierzu: BeckOK-Kostenrecht/Becker, Stand: 1.9.2018, KV 14110 GNotKG Rdnr. 20 ff. m. w. N.

<sup>8</sup> Becker, ZNotP 2018, 225.

<sup>9</sup> Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl. 2014, § 17 Rdnr. 13 f.; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2018, § 17 Rdnr. 269 m. w. N.

<sup>10</sup> Becker, RNotZ 2018, 163, 168.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 20.2.1970, V ZR 54/67, NJW 1970, 943 = DNotZ 1970, 412; MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 892 Rdnr. 64.

<sup>12</sup> BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Stand: 1.8.2018, § 892 Rdnr. 21 ff. m. w. N.

kunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben (§ 175 BGB) oder für kraftlos erklärt (§ 176 BGB) wird. Mit Wirksamwerden der Kraftloserklärung verliert die Vollmachtsurkunde ihre Rechtscheinwirkung für die Zukunft.<sup>13</sup> Das Vertrauen des Dritten wird also ab diesem Zeitpunkt nicht mehr geschützt, unabhängig davon, ob der Geschäftsgegner von der Kraftloserklärung weiß oder nicht. Der Bevollmächtigte kann den Geschäftsherrn nicht mehr wirksam vertreten.<sup>14</sup> Dies könnte also auch schon beim Kaufvertragsabschluss der Fall sein. Da das Verfahren nach § 176 BGB ohne materielle Prüfung erfolgt, wird auch das bloß behauptete, nicht aber (in besonderer Form) nachgewiesene Erbrecht ausreichen, um die öffentliche Bekanntmachung zu erwirken.<sup>15</sup>

Hierbei handelt es sich jedoch um ein allgemeines Risiko des Einsatzes von Vollmachten, sodass daraus keine Schlüsse für die hier interessierende Fragestellung gezogen werden können. Andernfalls wäre die Beurkundung mit einem Bevollmächtigten generell amtspflichtwidrig, was weder der Rechtspraxis noch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht werden würde.

### 3. Über das Vermögen eines Erben wurde das Insolvenzverfahren eröffnet

Wurde über das Vermögen eines Erben das Insolvenzverfahren eröffnet, so verliert dieser gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Diese geht auf den Insolvenzverwalter über. Im Grundbuch wäre diese Verfügungsbeschränkung auch bei einem im Gesamthandseigentum der Erbengemeinschaft stehenden Grundstück durch Insolvenzvermerk zu verlautbaren.<sup>16</sup> Grundsätzlich erlöschen auch alle „vom Schuldner“ erteilten Vollmachten nach § 117 Abs. 1 InsO. Ob dies auch für die transmortale General- und Vorsorgevollmacht gilt, wenn Insolvenzschuldner nicht der Erblasser, sondern ein Erbe ist, wird – soweit ersichtlich – nicht diskutiert.<sup>17</sup> Dagegen spräche zwar einerseits der Wortlaut der Vorschrift, da die Vollmacht gerade nicht vom Schuldner selbst erteilt wurde, dafür andererseits aber Sinn und Zweck der Vorschrift, der gerade darin liegt, den Insolvenzverwalter nicht durch fortbestehende Vollmachten in seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu beeinträchtigen.<sup>18</sup> Unabhängig davon kommt dem Erwerber hier jedenfalls auch nicht der Schutz des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB zugute. Denn – wie der BGH bereits zur Vor- und Nacherbschaft im Jahre 1970 entschieden hat<sup>19</sup> – bietet das Grundbuch nur Schutz des guten Glaubens an das Fehlen von Beschränkungen der Verfügungsmacht des eingetragenen Bucheigentümers:

„(...) Denn steht derjenige, von dem ein Dritter annimmt, er sei keiner unter § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB fallenden

Beschränkung in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht unterworfen, gar nicht als Berechtigter im Grundbuch, so ist für den Schutz des guten Glaubens an das Fehlen solcher Beschränkungen kein Raum. (...)“

In Fällen der (unbekannten) Insolvenz eines Erben bleiben der Erwerber und seine finanzierende Bank daher schutzlos, falls die Voreintragung unterblieben ist und der Insolvenzverwalter nicht beteiligt wurde.

### 4. Ein Erbe unterliegt güterrechtlichen Beschränkungen

Lebt ein Erbe im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und stellt die Veräußerung eine Verfügung über sein „Vermögen im Ganzen“ im Sinne des § 1365 BGB (Gesamt- vs. Einzeltheorie) dar, schützt den Erwerber die vom BGH zu § 1365 BGB vertretene subjektive Theorie.<sup>20</sup> Danach weist § 1365 BGB ein ungeschriebenes subjektives Tatbestandsmerkmal auf und greift nur ein, wenn der Vertragspartner positiv weiß, dass es sich um das ganze oder nahezu ganze Vermögen handelt oder zumindest die entsprechenden Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt.<sup>21</sup> Problematischer ist daher die Rechtslage im Falle des Eingreifens eines ausländischen Güterstandes oder des Vorliegens des vertraglichen Güterstands der Gütergemeinschaft. Ähnliche Probleme ergeben sich auch beim deutsch-französischen Wahlgüterstand im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1,<sup>22</sup> wenn die Familienwohnung betroffen ist, etwa weil ein Miterbe in der veräußerten Immobilie mit seinem Ehegatten wohnt. Insoweit helfen jedoch weder § 1412 BGB (vgl. § 1519 Satz 3 BGB) noch Art. 16 EGBGB weiter. Statistisch gesehen werden diese Fälle aber zu vernachlässigen sein.

Da die Vollmacht nur zur Vertretung des bzw. der Erben berechtigt, stellt sich die Frage, inwieweit der Schutz des guten Glaubens die fehlende Mitwirkung auch des Ehegatten des bzw. der Erben zu überwinden vermag.

Art. 16 EGBGB bzw. – für ab dem 29.1.2019 geschlossene Ehe – Art. 28 EuGÜVO<sup>23</sup> enthalten insoweit Schutzvorschriften zugunsten Dritter. Art. 16 EGBGB schützt dabei den Erwerber in seinem Vertrauen auf die Geltung des deutschen gesetzlichen Güterstands im Sinne eines Wahlrechts,<sup>24</sup> wenn ein Erbe in einem ausländischen Güterstand verheiratet wäre, der die Mitwirkung des Ehegatten am Geschäft verlangen würde, und das Güterrechtsregister – wie regelmäßig – hierzu jedoch schweigt.

Im Falle des vertraglichen Güterstands der Gütergemeinschaft bietet § 892 Abs. 1 BGB in diesen Fällen keinerlei Schutz, weil der Allein- oder Miterbe eben nicht eingetragen wird (siehe

13 BeckOK-BGB/Schäfer, § 176 Rdnr. 5 f.

14 BeckOK-BGB/Schäfer, § 176 Rdnr. 5 f.

15 MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 172 Rdnr. 3.

16 BGH, Beschluss vom 19.5.2011, V ZB 197/10, WM 2011, 1337 = NJW-RR 2011, 1030 = DNotI-Report 2011, 101.

17 Vgl. Braun/Kroth, InsO, 7. Aufl. 2017, § 117 Rdnr. 2.

18 Braun/Kroth, InsO, § 117 Rdnr. 1.

19 BGH, Urteil vom 20.2.1970, V ZR 54/67, NJW 1970, 943 = DNotZ 1970, 412 = MDR 1970, 497.

20 St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 26.2.1965, V ZR 227/62, BGHZ 43, 174, 177 = NJW 1965, 909.

21 BeckOK-BGB/Siede, § 1365 Rdnr. 17 f. m. w. N.

22 Hierzu: Hoischen, RNotZ 2015, 317, 331.

23 Hierzu: Döbereiner, MittBayNot 2018, 405, 422 f.

24 BeckOK-BGB/Märsdorf, Stand: 1.11.2017, Art. 16 EGBGB Rdnr. 21 ff.

oben).<sup>25</sup> Hier greift jedoch der Schutz des § 1412 Abs. 1 BGB ein. Danach darf der gutgläubige Dritte von der Geltung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft ausgehen, wenn die Gütergemeinschaft – wie regelmäßig – nicht in das Güterrechtsregister eingetragen wurde.<sup>26</sup> Wurde sie eingetragen, versagt der Schutz freilich, unabhängig von der Kenntnis des Erwerbers von der Eintragung.

### 5. Ein Erbe ist beschränkt geschäftsfähig/ ein Erbe ist geschäftsunfähig und/oder steht unter rechtlicher Betreuung

Ist ein Erbe beschränkt geschäftsfähig, liegt die Frage nahe, ob dessen gesetzlicher Vertreter (d. h. regelmäßig die Eltern) zustimmen und das Familiengericht genehmigen (§§ 1626, 1629, 1643 BGB) muss, mit der Folge, dass die Veräußerung andernfalls (schwebend) unwirksam wäre. Dies ist umstritten, wird von der Rechtsprechung<sup>27</sup> und der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur jedoch verneint.<sup>28</sup> Allein *Bestelmeyer*<sup>29</sup> weist hier jedoch darauf hin, dass es nicht in der Rechtsmacht der Vollmachtgebers liege, zwingende Normen des Minderjährigenschutzes auszuschalten; auf die fehlende Kenntnis des Erwerbers käme es dann mangels Schutzes des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit nicht an.

Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn ein volljähriger, unter rechtlicher Betreuung stehender Geschäftsunfähiger Erbe wird. Auch hier stellt sich die Frage nach der Anwendung der §§ 1896 ff. BGB. Anders als vorstehend kann hier jedoch argumentativ auf die Subsidiarität der Betreuung (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB) und die fehlenden Genehmigungserfordernisse bei Handeln eines Bevollmächtigten im vermögensrechtlichen Bereich (arg. e. § 1904 Abs. 5, § 1906 Abs. 5 BGB) verwiesen werden.<sup>30</sup>

Gegenwärtig müssen beide Rechtsfragen m. E. als „offen“ angesehen werden.

### 6. Der Erblasser hat in einem privatschriftlichen Testament Testamentsvollstreckung angeordnet

Der Testamentsvollstrecker ist nach § 2205 BGB verwaltungs- und verfügungsbefugt. Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen (§ 2211 Abs. 1 BGB). Mangels Eintragung des bzw. der Erben im Grundbuch kommen dem Erwerber die Gutglaubenswirkungen des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 2211 Abs. 2 BGB nicht zugute (siehe oben). Anders als im Verhältnis zur Insolvenz, führt die Anordnung der Testamentsvollstreckung jedoch nicht zum Erlöschen der General- und Vorsorgevollmacht ab dem Todesfall. Testamentsvollstreckung und transmortale General- und Vorsorgevollmacht

treten vielmehr nach h. L. in Konkurrenz zueinander, ohne dass die Anordnung von Testamentsvollstreckung im Testament automatisch das Erlöschen der Vollmacht zur Folge hätte.<sup>31</sup> Der dadurch entstehende Regelungsbedarf sollte in Vorsorgevollmacht und/oder Testamentsvollstreckeranordnung gelöst werden.<sup>32</sup>

### 7. Anordnung von Nachlassverwaltung

Wie wohl die Insolvenz eines Erben (siehe oben 3.), führt auch die Anordnung von Nachlassverwaltung zum Erlöschen der Vollmacht nach § 1984 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 117 InsO.<sup>33</sup> Antragsberechtigt ist der Erbe, ein Testamentsvollstrecker (§ 317 InsO)<sup>34</sup>, aber auch ein Nachlassgläubiger (§ 1981 Abs. 2 BGB).

### 8. Vollmachtnehmer ist Alleinerbe

Unabhängig von der Konfusionsproblematik erwirbt der Erwerber vom wahren Berechtigten, wenn der Alleinerbe zugleich Vollmachtnehmer ist. Die Konfusionsproblematik stellt sich als Legitimationsproblem dar. Im Falle der Miterbenstellung des Vollmachtnehmers bleibt die Vollmacht wirksam.<sup>35</sup>

### 9. Anordnung von Vor- und Nacherbfolge (nicht-befreiter Vorerbe/befreiter Vorerbe)

Im Hinblick auf eine möglicherweise durch handschriftliches Testament angeordnete Vor- und Nacherbfolge ist zunächst daran zu erinnern, dass das Schweigen des Grundbuchs, wie der BGH zur Vor- und Nacherbschaft entschieden hat,<sup>36</sup> nur den guten Glauben an das Fehlen von Beschränkungen der Verfügungsmacht des eingetragenen Bucheigentümers schützt (siehe oben). Sowohl bei befreiter (§ 2136 BGB) Vorerbschaft (im Hinblick auf § 2113 Abs. 2 BGB) als auch bei nicht-befreiter Vorerbschaft (im Hinblick auf § 2113 Abs. 1 BGB), stellt sich daher die Frage, inwieweit die ggf. notwendige Mitwirkung der Nacherben durch das Handeln des Bevollmächtigten ersetzt wird. Hierbei ist umstritten, ob der Bevollmächtigte den oder die Nacherben vor dem Nacherbfall vertreten kann.<sup>37</sup> Dagegen wird etwa angeführt, dass das Erbrecht als Instrument zur Einflussnahme auf die Rechtsstellung des Nacherben nur die Nacherbenvollstreckung kenne (§ 2222 BGB). § 2136 BGB erlaube es weiterhin nicht, den Vorerben umfassend von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB zu befreien. Hierzu würde ein solches Vollmachtsverständnis aber führen. *Amann* hält dem zu Recht entgegen,

25 Anders beim zu Unrecht allein eingetragenen Ehegatten, vgl. KG, Beschluss vom 12.12.1972, 1 W 1781/72, NJW 1973, 428, 429 f.

26 Gernhuber/*Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 33 IV 2, S. 366.

27 RG, Urteil vom 10.1.1923, V 385/22, RGZ 106, 185, 186.

28 *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 61 m. w. N.

29 *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 160 ff.

30 *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 61 f.

31 Vgl. *Bengel/Reimann/Bengel/Dietz*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, S. 8 ff.

32 Vgl. mit Formulierungsbeispielen: *Becker*, ZEV 2018, S. 692 ff.

33 Vgl. BeckOK-BGB/*Lohmann*, Stand: 1.5.2018, § 1984 Rdnr. 3 m. w. N.

34 MünchKomm-BGB/*Küpper*, § 1981 Rdnr. 4 m. w. N.

35 Zum Ganzen z. B. *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 63. Zur Rspr: OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, DNotZ 2013, 689 (Vollmachtnehmer ist Alleinerbe); OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, MittBayNot 2015, 132 (Vollmachtnehmer ist Miterbe).

36 BGH, Urteil vom 20.2.1970, V ZR 54/67, NJW 1970, 943 = DNotZ 1970, 412 = MDR 1970, 497.

37 Vgl. zum Streitstand DNotI-Report 2018, 60, 61.



dass der Bevollmächtigte sämtliche Erben des Erblassers vertritt;<sup>38</sup> dazu zählen eben auch die Nacherben. Dies würde diesen Fall als weniger problematisch erscheinen lassen.

### 10. Nachweisfragen im Bereich der Grunderwerbsteuerbefreiungstatbestände

Gestattet sei an dieser Stelle noch der Hinweis, dass im Anwendungsbereich der Grunderwerbsteuerbefreiungstatbestände, etwa des § 3 Nr. 3 S. 3 GrEStG, sich durch den Verzicht auf die Erteilung eines Erbscheins erhebliche Nachweisprobleme für den Erwerber ergeben können, wenn dieser etwa aufgrund einer transmortalen Vollmacht von dem bzw. den Erben des Erblassers erwirbt, selbst (nicht durch Erbschein legitimierter) Miterbe ist und zusammen mit seinem Ehegatten erwirbt.

### III. Fazit

Auch wenn die Rechtsprechung der OLG nunmehr vermehrt die Möglichkeit zur Kostenersparnis und vereinfachten Abwicklung der Veräußerung eröffnet, sollte der Notar diesen Weg nicht unbesehen beschreiten. Die notarielle Vorsicht ge-

bietet es, den Erwerber auf die Risiken einer unterbliebenen Voreintragung hinzuweisen, zumal § 40 GBO eben dem Veräußerer (!) die Kosten der Erlangung eines Erbnachweises und der Grundbuchberichtigung erspart. Risikotransparenz erfordert hier zumindest einen deutlichen Hinweis in der notariellen Urkunde, der wie folgt aussehen könnte:

Der Notar hat die Beteiligten, insbesondere den Erwerber, auf die Risiken einer unterbliebenen Voreintragung des bzw. der Erben des verstorbenen Eigentümers hingewiesen. Er hat u. a. aufgezeigt, dass sich der gutgläubige Erwerber auch nicht auf das Schweigen des Grundbuchs, etwa im Falle der Insolvenz eines Erben, berufen kann.

Auf die Voreintragung sollte m. E. daher nur verzichtet werden, wenn der formgerechte (§ 35 GBO) Erbnachweis fehlt, die Erben aber bekannt sind (zum Beispiel bei gesetzlicher Erbfolge oder handschriftlichen Testament), nicht aber dann, wenn es sich um ein Problem der Erbenermittlung, d. h. völlig unbekanntes Erben, handelt.

<sup>38</sup> MittBayNot 2013, 367, 367.

# Straflosigkeit erschlichener Grundstückskaufverträge

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 6.3.2018, 3 StR 552/17\*

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden

„Wer unter Vortäuschen seiner Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit als Käufer die Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags mit dem Verkäufer erschleicht, ist wegen Betruges strafbar, wenn dem Verkäufer dadurch ein Schaden entsteht“ – dass dies mitnichten immer so ist, zeigt der 3. Strafsenat des BGH in einer aktuellen Entscheidung<sup>1</sup> schulmäßig auf. Zugleich wird dadurch mittelbar ein Licht auf die kautelarjuristische Bedeutung einer Zug-um-Zug-Abwicklung im Grundstücksrecht geworfen. Dies erhellt einmal mehr, wie problematisch die Verabredung eines ungesicherten vorzeitigen Besitzübergangs sein kann. Auch insofern ein Schulfall.

## I. Sachverhalt

Der Käufer schloss einen notariellen Vertrag über den Erwerb einer Wohnimmobilie. Eine Eigentumsvormerkung für ihn wurde in das Grundbuch eingetragen. Dem Käufer wurde vor Zahlung des Kaufpreises der Besitz am Objekt eingeräumt, um bereits mit Umbauarbeiten beginnen zu können – was er auch tat. Den Kaufpreis blieb der Käufer bei Fälligkeit, seiner vorgefassten Absicht entsprechend, gleichwohl schuldig. Der Verkäufer erreichte in der Folgezeit die Löschung der Vormerkung des Käufers und konnte die Immobilie anderweitig verkaufen. Allerdings erlöste er dabei wegen des „Baustellencharakters“ seines Objekts rund 18.000 € weniger als zuvor. Das LG hatte zunächst wegen Eingehungsbetrugs verurteilt. Der BGH hielt insofern die Revision des Angeklagten für begründet und verweist zurück.

Den Gründen, einschließlich der dem *Verfasser* vorliegenden, das Verfahren sodann abschließenden Entscheidung des LG Bad Kreuznach (in der der Käufer in diesem Anklagepunkt dann freigesprochen wurde), lässt sich dabei nicht entnehmen, wie die Löschung der Vormerkung bewerkstelligt wurde. In Betracht kommen klageweise Durchsetzung (ggf. vereinfacht im Urkundenprozess nach §§ 592 ff. ZPO), freiwillige Abgabe einer Löschungsbewilligung durch den Käufer oder „Schubladelöschung“ durch entsprechende Vorsorge in der notariellen Kaufvertragsurkunde.

## II. Täuschung und Irrtum

Der Käufer täuschte, insofern unproblematisch, im vorstehenden Fall zunächst über Tatsachen. Darunter sind alle Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die entweder die Außenwelt (äußere Tatsachen) oder psychi-

sche Vorgänge (innere Tatsachen) betreffen und dem Beweis zugänglich sind, zu verstehen.<sup>2</sup> Bei Rechtsgeschäften stellt die Zahlungsfähigkeit des Käufers eine solche äußere Tatsache dar, die Zahlungswilligkeit eine innere.<sup>3</sup> Ein Kaufvertragsabschluss enthält jedenfalls schlüssig die Erklärung, dass der Käufer sowohl zahlungsfähig als auch zahlungswillig ist.<sup>4</sup> Über diese Tatsachen hatte sich der Verkäufer auch geirrt, andernfalls wäre es weder zum Vertragsschluss mit ihm (einschließlich Vormerkungseintragung) noch zur vorzeitigen Besitzübergabe durch ihn gekommen.

## III. Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Ferner müsste der Verkäufer aber bedingt durch diesen Irrtum auch über sein Vermögen verfügt haben und ihm ein Vermögensschaden entstanden sein. Angeknüpft werden könnte dabei bereits an den Abschluss des Kaufvertrags (Eingehungsbetrag), aber auch an die vorzeitige Besitzeinräumung am Vertragsobjekt (Erfüllungsbetrag). Für einen Eingehungsbetrag müsste bereits in der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung eine Vermögensbelastung angenommen werden können,<sup>5</sup> d. h. der Wert des Anspruchs des Getäuschten müsste objektiv hinter dem Wert seiner Verpflichtung zurückbleiben.<sup>6</sup>

Ein Erfüllungsbetrag – zu verstehen als der („endgültige“) Eintritt eines täuschungsbedingten Vermögensschadens<sup>7</sup> – liegt nahe, weil auch der Besitz zum geschützten Vermögen gehört. Neben dem endgültigen Besitzverlust kann auch der zeitweilige Verlust desselben jedenfalls dann einen Vermögensschaden begründen, wenn damit – wie beim Verbrauch, bei der Abnutzung oder dem Erfordernis einer Ersatzbeschaffung – wirtschaftliche Nachteile verbunden sind.<sup>8</sup> Die Erzielung eines geringeren Erlöses bei einem späteren Deckungskauf könnte ebenso dazu gehören wie die unmittelbaren Aufwendungen für das Objekt zur Beseitigung des „Baustellencharakters“.

2 BGH, Urteil vom 26.4.2001, 4 StR 439/00, NJW 2001, 2187, 2188.

3 BGH, Urteil vom 3.6.1960, 4 StR 121/60, NJW 1961, 182.

4 BGH, Urteil vom 26.10.1977, 2 StR 432/77, NJW 1978, 173, 174; Urteil vom 3.6.1960, 4 StR 121/60, NJW 1961, 182.

5 BGH, Beschluss vom 18.2.1999, 5 StR 193-98, NJW 1999, 1485, 1486.

6 BGH, Urteil vom 15.12.2006, 5 StR 181/06, NJW 2007, 782, 785; Beschluss vom 18.2.1999, 5 StR 193-98, NJW 1999, 1485, 1486; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 263 Rdnr. 176.

7 *Fischer*, StGB, § 263 Rdnr. 177.

8 Vgl. neben BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 Tz. 10 (in diesem Heft) schon BGH, Urteil vom 5.7.1960, 5 StR 80/60, NJW 1960, 1729, 1730.

\* MittBayNot 2019, 334 (in diesem Heft).

1 Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 (in diesem Heft).

## 1. Keine Vorleistungspflicht – kein Eingehungsbetrug

Ein Eingehungsbetrug bei Zug-um-Zug-Geschäften kommt von vornherein nicht in Betracht, wenn der Getäuschte nicht vorleistungspflichtig ist – beim Grundstückskauf namentlich deshalb nicht, wenn und weil die Eigentumsübertragung durch Umschreibung im Grundbuch von der vorherigen Kaufpreiszahlung abhängig ist.<sup>9</sup> Dies ist freilich nichts Neues, sondern ständige Rechtsprechung des BGH.<sup>10</sup>

### a) (Ir-)Relevanz der Eigentumsvormerkung

Nun ist aber in Grundstückskaufverträgen der Verkäufer typischerweise gleichwohl vorleistungspflichtig, nämlich insofern, als er sich regelmäßig verpflichtet, vor Kaufpreiszahlung für den Käufer eine Eigentumsvormerkung in das Grundbuch eintragen zu lassen. So war es laut Sachverhalt auch im geschilderten Fall des BGH. Das dürfte allerdings für einen Gefährdungsschaden im Sinne von § 263 StGB nicht ausreichen. Die Sicherungsfunktion der Vormerkung ist zwar unter Umständen nachteilig für den Grundstückseigentümer, der sie bei Nichtzahlung erst wieder mit Aufwand und Kosten beseitigen muss und in der Zwischenzeit faktisch an der Verwertung seines Grundstücks gehindert ist. Auf der Seite des Käufers, der das Grundstück als Vermögensvorteil erstrebt, ist sie für sich genommen aber noch ohne messbaren Vermögenswert.<sup>11</sup> Der BGH hat dies bislang offengelassen,<sup>12</sup> scheint sich der vorstehenden Auffassung jedoch nunmehr anzuschließen.<sup>13</sup> Sollten dem Verkäufer durch die Vormerkung und/oder ihre Beseitigung Vermögensnachteile entstanden sein, wären diese in subjektiver Hinsicht jedenfalls nicht „stoffgleich“.<sup>14</sup>

### b) Anwartschaftsrecht als Vorleistung

Fraglich ist, ob sich an dieser Sichtweise dann etwas ändert, wenn neben der Vormerkung auch die Auflassung im notariellen Kaufvertrag bereits wirksam erklärt worden ist. Der BGH äußert sich hierzu explizit nicht. In der Praxis ist die Mitbeurkundung der Auflassung im Kaufvertrag mittlerweile gängig, lediglich die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuchamt wird durch verschiedene Techniken verhindert.<sup>15</sup> Es lässt sich durchaus vertreten, dass in diesem Fall mit der (mehraktigen) Eigentumsübertragung bereits begonnen wor-

den ist und dem Käufer gegenüber tatsächlich eine Vorleistung erbracht wurde, nämlich in Gestalt eines Anwartschaftsrechts.<sup>16</sup> Dieses ist ein dem Volleigentum wesensähnliches Recht, ein „wesensgleiches Minus“, das selbstständig verkehrsfähig (insbesondere übertragbar und pfändbar) ist und somit den geforderten eigenen wirtschaftlichen Wert hat.<sup>17</sup> Falls also die Auflassung erklärt wurde, könnte der Tatbestand des Erfüllungsbetrugs verwirklicht sein.<sup>18</sup>

Dabei würde aber übersehen, dass nach herrschender Meinung ein Anwartschaftsrecht an einer Immobilie dann nicht entsteht, wenn der Vollzug der Auflassung durch entsprechende Anweisung in der Urkunde gesperrt ist.<sup>19</sup> Hält man dies für richtig, kann die andere typische Variante der Umschreibungssicherung („Bewilligungsvollmacht“) ein Anwartschaftsrecht erst recht nicht stützen<sup>20</sup> – und damit, mangels Vermögensschadens, gleichfalls keine Strafbarkeit nach § 263 StGB.

## 2. Erfüllungsbetrug durch vorzeitige Besitzverschaffung?

Denkbar wäre aber, die Betrugsstrafbarkeit wie zuvor<sup>21</sup> kurz dargestellt mit der vorzeitigen ungesicherten Vermögensverfügung „Besitzeinräumung“ zugunsten des Käufers als Erfüllungsbetrug zu begründen. Der zeitweise Besitzverlust wird allerdings nicht absolut geschützt, sondern nur dann, wenn hierdurch ein konkret bezifferbarer Vermögensschaden wegen entgangener Nutzungsmöglichkeit durch den Verkäufer eingetreten ist.<sup>22</sup> Im hier interessierenden Fall war dies zu verneinen, weil nach den Feststellungen des LG die Immobilie bereits vor der Veräußerung leer stand und der Verkäufer auch nicht beabsichtigt hatte, diese zu vermieten. Auch unterlag das bebaute Grundstück nicht der Abnutzung oder dem Verbrauch, weil der Käufer nicht in das Haus eingezogen war und die Dauer der bloßen Inbesitznahme (für die Umbauarbeiten) hierfür nicht ausreichte. Zudem war zwischen den Vertragsteilen kein Nutzungsentgelt für die vorzeitige Besitzeinräumung vereinbart worden.<sup>23</sup>

## IV. Folgeschäden – keine Stoffgleichheit

Im vorliegenden Fall hat der Verkäufer indes unstreitig einen Vermögensschaden erlitten, nämlich i. H. v. 18.000 € aufgrund seines Mindererlöses beim späteren anderweitigen Verkauf – infolge der „Baustelle“, die der Käufer hinterlassen hatte. Klar

9 BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 Tz. 7 (in diesem Heft).

10 Zuvor siehe etwa BGH, Beschluss vom 27.11.1991, 2 StR 312/91, StV 1992, 117 sowie die w. N. in der Besprechungsentscheidung.

11 OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.6.2001, 2 Ws 68/2001, NJW 2002, 384, 385 mit zutr. Hinweis, dass auch die weitere Funktion der Rangwahrung i. S. d. § 883 Abs. 2 BGB nicht zum Tragen kommt, wenn die Eintragung des gesicherten Rechts (Eigentum) absehbar wegen Zahlungsausfalls nicht erfolgt.

12 Im Beschluss vom 27.11.1991, 2 StR 31/91, StV 1992, 117.

13 BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 Tz. 9 a. E. (in diesem Heft): „Die Auflassungsvormerkung ist diesbezüglich ohne Bedeutung.“

14 Siehe hierzu noch unten IV.

15 Vgl. hierzu jüngst etwa J. Weber/Wesiack, DNotZ 2019, 164 ff.

16 So OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.6.2001, 2 Ws 68/2001, NJW 2002, 384, 385.

17 BGH, Urteil vom 30.4.1982, V ZR 104/81, NJW 1982, 1639, 1640.

18 So explizit OLG Stuttgart, Beschluss vom 8.6.2001, 2 Ws 68/2001, NJW 2002, 384, 385.

19 MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl. 2017, § 925 Rdnr. 37; Keller/Munzig/Keller, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 11 Rdnr. 7; a. A. Weser, MittBayNot 253, 260.

20 J. Weber/Wesiack, DNotZ 2019, 164, 171.

21 Siehe oben III.

22 BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 Tz. 9 (in diesem Heft).

23 Vgl. BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 Tz. 10 (in diesem Heft).

ist auch, dass ebendieser Schaden kausal auf Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung (Besitzeinräumung) beruht. Aus Sicht des Täters eines Betrugers muss jedoch der erstrebte Vermögensvorteil gleichsam die Kehrseite des Schadens und diesem „stoffgleich“, d. h. unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Verfügung (hier: der vorzeitigen Besitzeinräumung) sein, welche den Schaden des Opfers herbeiführt.<sup>24</sup> Statt des nebulösen Wortes „Stoffgleichheit“ sollte man vielleicht von einem „subjektiven Zurechnungszusammenhang“ sprechen – dann wird es sichtbar: Daran fehlt es bei dem erzielten Mindererlös von 18.000 €, denn der Käufer begehrte selbst keinen Vorteil im Hinblick auf diesen Differenzbetrag.<sup>25</sup>

Solche bloßen „Folgeschäden“ aufgrund erschlichener Gebrauchsüberlassung sind daher ebenso wenig stoffgleich wie Aufwendungen des Opfers zur Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs, Kosten der Rückabwicklung eines durch Täuschung erschlichenen Vertrags oder Vermögensnachteile aufgrund der Nichtdurchführung eines Vertrags.<sup>26</sup> Somit wären auch die Notarkosten, derentwegen der Verkäufer als Zweitschuldner vermutlich in Anspruch genommen worden sein dürfte, ebenso wenig geeignet, eine Betrugsstrafbarkeit zu begründen, wie die Kosten der wie auch immer<sup>27</sup> bewerkstelligten Löschung der Eigentumsvormerkung und die wirtschaftlichen Nachteile, die sich für den Verkäufer aus der faktischen Verkehrsunfähigkeit der Immobilie bis zur Löschung der Vormerkung ergäben.

## V. Fazit und Praxishinweis:

Für die notarielle Praxis liefert die aktuelle und nur auf den ersten Blick überraschende Entscheidung des BGH zur Strafbarkeit (oder besser: Straflosigkeit) wegen Betrugs bei erschlichenen Grundstückskaufverträgen interessantes An-

schauungsmaterial. In dogmatischer Hinsicht ist ihr uneingeschränkt zuzustimmen. Wenn aber offenbar schon das Strafrecht solchen Fällen nicht beikommen kann, ist umso mehr Prävention durch vorsorgende Rechtspflege geboten.

Es gehört dabei zu den Grundsätzen ausgewogener Grundstücks-Kaufvertragsgestaltung, dem Käufer die Immobilie erst nach Kaufpreiszahlung zu überlassen.<sup>28</sup> Egal, ob der vorzeitige Besitzübergang erst später unter den Vertragsteilen formlos<sup>29</sup> vereinbart oder schon im notariellen Kaufvertrag so beurkundet wurde: Dazu raten durften und dürfen Notarinnen und Notare nie. Beurkunden sie dies, ist über die Folgen der damit verbundenen ungesicherten Vorleistung zu belehren. Das war schon immer so.<sup>30</sup> Der Rat von *Drasdo*, für den Zeitraum der vorzeitigen Besitzüberlassung ein Entgelt zu vereinbaren,<sup>31</sup> ist daher unter dem Aspekt der Strafbarkeitsbegründung zwar richtig. Allerdings darf es sich dabei nicht um eine „Anzahlung“ aus dem Kaufpreis und in Anrechnung auf diesen handeln; das Entgelt für die vorzeitige Nutzungsüberlassung muss vielmehr zusätzlich zum Gesamtkaufpreis bezahlt werden. Selbst wenn man dies berücksichtigt, hilft der Rat aber in zivilrechtlicher Hinsicht dem Verkäufer nicht – seinen Kaufpreis erhält er trotzdem nicht, eventuell nicht einmal das vorzeitige Nutzungsentgelt, und der „Baustellenschaden“ kann weitaus höher ausfallen – und ersetzt zudem nicht die notarielle Belehrungspflicht in puncto ungesicherte Vorleistungen. Insofern folgt aus der BGH-Rechtsprechung zu erschlichenen Grundstückskaufverträgen kein neuer oder gesteigerter Handlungsbedarf im Notariat.

24 BGH, Beschluss vom 25.11.2003, 4 StR 239/03, NJW 2004, 454, 456; Urteil vom 6.4.1954, 5 StR 74/54, NJW 1954, 1008; *Fischer*, StGB, § 263 Rdnr. 187.

25 BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17, MittBayNot 2019, 334 Tz. 11 f. (in diesem Heft).

26 *Fischer*, StGB, § 263 Rdnr. 189 m. w. N.

27 Siehe oben I.

28 Statt aller Beck'sches Notarhandbuch/*Krauß*, 6. Aufl. 2015, A. I. Rdnr. 291.

29 Vgl. Urteil des BGH vom 14.9.2018, V ZR 213/17, DNotZ 2019, 183 m. Anm. *Raff* – was auch hier nochmals das Problematische dieser Entscheidung deutlich macht!

30 Statt aller Beck'sches Notarhandbuch/*Krauß*, A. I. Rdnr. 296.

31 NJW-Spezial 2018, 577, allerdings missverständlich bezogen auf „den Zeitraum bis zur Eigentumsumschreibung“; denn wirtschaftlicher Eigentümer wird bzw. würde der Käufer ja jedenfalls schon mit der Kaufpreiszahlung, also bereits einige Zeit zuvor.

# § 566 BGB und Veräußerung von Miteigentumsanteilen

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 9.1.2019, VIII ZB 26/17\* und zum Urteil des BGH vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17\*

Von Notar **Sebastian Herrler**, München

In jüngster Vergangenheit hatte der BGH gleich zweimal zu Fragen rund um § 566 BGB bei der Veräußerung eines bloßen Miteigentumsbruchteils an einer vermieteten Immobilie zu entscheiden. In der Entscheidung vom 25.4.2018 ging es um die Anwendbarkeit von § 566 Abs. 1 BGB im Falle der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung an einen Miteigentümer bei anschließender Veräußerung an einen Dritten in Abgrenzung zu einer gegenüber dem Rechtsnachfolger nur bei Grundbucheintragung wirkenden Benutzungsregelung (§ 745 i. V. m. § 1010 Abs. 1 BGB; näher unter Ziffer II.). In der Entscheidung vom 9.1.2019 verneinte der VIII. Zivilsenat die (direkte sowie analoge) Anwendbarkeit von § 566 BGB bei Veräußerung eines Miteigentumsbruchteils an einen Miteigentümer (näher unter Ziffer III.). Im Folgenden sollen die beiden Entscheidungen sowie etwaige Konsequenzen für die Gestaltungspraxis erörtert werden.

## I. Einführung

### 1. Tatbestand von § 566 Abs. 1 BGB

Grundsätzlich entstehen Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis unmittelbar beteiligten Personen. Hiervon macht § 566 BGB im Interesse des Mieterschutzes<sup>1</sup> eine Ausnahme und leitet das bestehende Mietverhältnis auf den Erwerber über,<sup>2</sup> sofern „der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert“ wird. Der gesetzliche Vermieterwechsel tritt bei Vorliegen folgender Tatbestandsvoraussetzungen ein:

- Bestehen eines Mietvertrags
- Überlassung der Mietsache
- anschließend Veräußerung des Wohnraums an einen Dritten
- Identität zwischen Vermieter und Veräußerer und Eigentümer

### 2. Exkurs: fehlende Personenidentität von Vermieter und Veräußerer/Eigentümer

Bei fehlender Personenidentität von Vermieter und Veräußerer/Eigentümer ist § 566 Abs. 1 BGB nicht einschlägig. Eine groß-

zügig analoge Anwendung muss schon mit Blick auf die schutzwürdigen Interessen des Vermieters ausscheiden, in dessen Mietvertrag ohne dessen Beteiligung am Veräußerungsgeschäft eingegriffen würde, zumal es sich bei § 566 BGB um eine Ausnahmevorschrift handelt. Um einer Umgehung des bezweckten Mieterschutzes (vertragliches Besitzrecht gegenüber dem Erwerber) durch strategische Aufspaltung von Vermieter- und Eigentümerstellung vorzubeugen, wendet der BGH § 566 Abs. 1 BGB entsprechend an, wenn die Vermietung der veräußerten Immobilie mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat.<sup>3</sup> Unter diesen Umständen stehen dem Übergang des Mietverhältnisses keine schutzwürdigen Interessen des Vermieters entgegen, da dieser in der Regel kein eigenes Interesse am Fortbestand seiner Vermieterstellung im Falle des Eigentumswechsels hat.<sup>4</sup> Aufgrund der Publizitätsfunktion des Tatbestandsmerkmals „nach der Überlassung an den Mieter“ sind auch keine entgegenstehenden, schützenswerten Erwerberinteressen ersichtlich.<sup>5</sup>

Angesichts dessen, dass der Mietvertrag bei fehlender Personenidentität nur unter bestimmten Voraussetzungen auf den neuen Eigentümer übergeht, hat der Mieter bzw. qualifizierte Mietinteressent<sup>6</sup> ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 GBO an einer Einsicht in das Bestandsverzeichnis und in Abt. I des Grundbuchs (streitig).<sup>7</sup> Mietinteressenten ist darüber hinaus ein Einsichtsrecht in Abt. II und III des Grundbuchs zuzugestehen, da sie nur dadurch insbesondere die Risiken einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses durch Zwangsversteigerung abschätzen können.<sup>8</sup> Eine Obliegenheit des Mieters zur Grundbucheinsicht besteht – schon aufgrund der unklaren Rechtslage – allerdings nicht.<sup>9</sup> In der Praxis dürfte

3 Vgl. BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 = DNotI-Report 2017, 135, insbesondere Tz. 36 zum Besitzrecht (§ 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB).

4 BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Tz. 38.

5 BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Tz. 39.

6 Jedenfalls bei unmittelbar bevorstehendem Vertragsabschluss, wohl auch schon im Vorfeld, etwa nach Besichtigung des Mietobjekts als Entscheidungsgrundlage.

7 Näher zum Streitstand BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.3.2019, § 12 Rdnr. 68 m. w. N.

8 BayObLG, Beschluss vom 9.12.1992, 2 Z BR 98/92, NJW 1993, 1142; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 12 Rdnr. 9.

9 BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Tz. 37.

\* MittBayNot 2019, 245.

\* MittBayNot 2019, 37.

1 Vgl. BeckOGK-BGB/Harke, Stand: 1.4.2019, § 566 Rdnr. 2 ff.

2 Nach dem BGH soll zwischen Erwerber und Mieter mit Eigentumserwerb kraft Gesetzes ein neues, mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis entstehen (vgl. BGH, Urteil vom 15.10.2014, XII ZR 163/12, NJW 2014, 3775 Tz. 10 m. w. N.).

eine Grundbucheinsicht durch Mietinteressenten vor Abschluss des Mietvertrags dann auch die Ausnahme darstellen.

Erfolgt die Vermietung zwar mit Zustimmung, aber nicht im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers und hat der Vermieter ein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses wie beispielsweise bei der Untervermietung, scheidet eine analoge Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB aus.<sup>10</sup> Durch diese vom BGH aufgestellte Anforderung an die entsprechende Anwendung wird ein Eingriff in schutzwürdige Positionen des Vermieters vermieden, der am Veräußerungsgeschäft überhaupt nicht beteiligt ist.

## II. Entgeltliche Gebrauchsüberlassung an Miteigentümer und Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einen Dritten

Eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Wohnräumen kommt auch dergestalt in Betracht, dass Miteigentümer einer Person aus ihrer Mitte den Gebrauch der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Immobilie gegen Entgelt überlassen. Wird anschließend ein Miteigentumsbruchteil an einen Dritten veräußert, stellt sich die Frage, ob sich der nutzungsberechtigte Miteigentümer gegenüber dem Dritten auf die Mieterschutzvorschriften berufen kann. Eine derartige Konstellation lag dem Urteil des BGH vom 25.4.2018 (VIII ZR 176/17) zugrunde:<sup>11</sup>

Im Jahr 2009 schlossen sämtliche damaligen Miteigentümer eines Mehrfamilienhauses in Berlin mit einer Miteigentümerin Frau K einen als „Wohnung-Einheitsmietvertrag“ überschriebenen Vertrag über die entgeltliche Nutzung einer im Anwesen befindlichen Wohnung. Nach dem Tod eines anderen Miteigentümers erwarb ein Dritter einen Miteigentumsanteil am Anwesen. Nach erfolglosen Versuchen, die übrigen Miteigentümer zum Verkauf zu bewegen, forderte der neue (Mit-)Eigentümer Frau K zum Auszug aus der Wohnung auf. Er begründete dieses Verlangen damit, dass kein Mietvertrag im Sinne von §§ 535 ff. BGB bestehe, der auf ihn nach § 566 Abs. 1 BGB übergegangen sein könnte, und die Abrede über die Nutzung der Wohnung aus dem Jahr 2009 ihm gegenüber als Rechtsnachfolger des damaligen Miteigentümers mangels Eintragung im Grundbuch im Sinne von § 1010 Abs. 1 BGB nicht wirksam sei. Die hiergegen von Frau K erhobene Klage blieb in den Instanzen erfolglos. Erst vor dem BGH hatte sie Erfolg. Entgegen der Vorinstanzen sei der Vertrag aus 2009 nicht nur als bloße gemeinschaftliche Verwaltungs- und Benutzungsregelung im Sinne von § 745 BGB, sondern (jedenfalls auch) als Mietvertrag zu qualifizieren, sodass ein Mietverhältnis über Wohnraum zustande gekommen sei, welches den neuen Miteigentümer gemäß § 566 Abs. 1 BGB binde.

Im Einzelnen:

### 1. Keine Konfusion bei Vermietung an Miteigentümer

Mit Urteil vom 27.4.2016 (VIII ZR 323/14)<sup>12</sup> hatte der VIII. Zivilsenat des BGH entschieden, dass ein Mietverhältnis nicht wirksam entstehen kann, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich die Vermieterstellung einnimmt. In gleicher Weise erlischt ein zunächst wirksam begründetes Mietverhältnis durch Konfusion, wenn der Mieter nachträglich das mit dem Recht zur Gebrauchsnutzung verbundene Eigentum an der Mietsache erwirbt. In der damaligen Entscheidung wurde vorausgesetzt, aber nicht ausdrücklich klargestellt, dass ein derartiger Fall der (anfänglichen oder nachträglichen) Konfusion nur vorliegt, wenn der Mieter zugleich alleiniger Vermieter der Wohnung ist, wenn sich also Gläubiger- und Schuldnerposition (und somit Forderung und Schuld) in einer Person vereinigen.<sup>13</sup> Demgegenüber steht das Rechtsinstitut der Konfusion einem Vertrag über die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer im Miteigentum stehenden Immobilie bzw. einzelnen Räumen daran an einen Miteigentümer nicht entgegen.

### 2. Mietvertrag vs. Benutzungsregelung im Sinne von § 745 BGB

Eine Miteigentümergeinschaft kann ihre Immobilie bzw. einzelne Räume derselben selbstverständlich durch vertragliche Vereinbarung entgeltlich einem ihrer Mitglieder zur Nutzung überlassen. Geht die dem Miteigentümer eingeräumte Nutzungsmöglichkeit nicht nur ganz unerheblich über den seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Umfang hinaus und wird dieser Umstand durch ein Entgelt ausgeglichen, ist dies – unabhängig von der Höhe des Entgelts – nach ständiger Rechtsprechung des BGH Indiz für das Vorliegen eines Mietvertrags (= Überlassung einer Wohnung gegen Entgelt, vgl. § 535 BGB).<sup>14</sup> Zwar kann in dem Abschluss des Mietvertrags zugleich eine gemeinschaftsrechtliche Regelung im Sinne von § 745 BGB liegen und daher zusätzlich die Regelungen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sein. Dies ändert aber nichts daran, dass bei Vorliegen eines Wohnraummietvertrags die für diesen geltenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere solche zum Schutz des Mieters, grundsätzlich auch im Rahmen einer Miteigentümergeinschaft anzuwenden sind.<sup>15</sup>

Ohne es ausdrücklich auszusprechen, scheint der VIII. Zivilsenat des BGH auf das meines Erachtens (typischerweise) ent-

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Tz. 40.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 37 = NJW 2018, 2472 = RNotZ 2018, 613 m. Anm. *Mach*.

<sup>12</sup> NJW-RR 2016, 784; vgl. hierzu Herrler/Hertel/Kesseler/Hertel, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2016/2017, DAI-Tagungsskript Feb./März 2017, S. 83 ff.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 37 = NJW 2018, 2472 = RNotZ 2018, 613 m. Anm. *Mach*. Anders noch die Vorinstanzen LG Berlin, Urteil vom 13.6.2017, 63 S 278/16, BeckRS 2017, 128021 und AG Berlin-Schöneberg, Urteil vom 28.10.2016, 15 C 130/16, BeckRS 2016, 131317.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 37 Tz. 26 m. w. N.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 37 Tz. 29 m. w. N.

scheidende Kriterium für die Annahme eines Mietvertrags im Falle einer entgeltlichen Nutzungsregelung unter Miteigentümern abzustellen, die Ausschließlichkeit der Nutzungsbefugnis an bestimmten Räumen. Solange die anderen Miteigentümer lediglich einen bevorrechtigten Gebrauch durch einen der ihren zu dulden haben, ihr Nutzungsrecht aber im Grundsatz behalten, sind die mietrechtlichen Vorschriften jedenfalls nicht vorrangig anzuwenden. Sobald die anderen Miteigentümer aber vertraglich vom Gebrauch ausgeschlossen werden, steht der mietrechtliche Charakter der Vereinbarung im Vordergrund und die gesetzlichen Regelungen des Rechts der Gemeinschaft finden allenfalls ergänzende Anwendung.<sup>16</sup>

### 3. § 566 Abs. 1 BGB und Veräußerung eines Miteigentumsbruchteils

Jedenfalls im Falle der entgeltlichen Gewähr des ausschließlichen Gebrauchs an im Miteigentum stehenden Räumen an einen Miteigentümer finden daher die mietrechtlichen Vorschriften Anwendung. Auch die bloße Veräußerung eines Miteigentumsbruchteils an einen Dritten führt nach allgemeiner Ansicht gemäß § 566 Abs. 1 BGB zum Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber, der zum Mitglied der Vermietermehrheit wird,<sup>17</sup> bzw. zur Neubegründung eines mit dem alten inhaltsgleichen Mietverhältnisses.<sup>18</sup> Aufgrund der vorrangigen Anwendbarkeit der §§ 535 ff. BGB steht die fehlende Eintragung einer – ggf. neben dem Mietvertrag – getroffenen Nutzungsregelung im Sinne von § 745 BGB in das Grundbuch (§ 1010 Abs. 1 BGB) dem Übergang des Mietverhältnisses nach § 566 Abs. 1 BGB nicht entgegen. Unabhängig davon, ob neben der Anwendbarkeit von §§ 535 ff. BGB überhaupt Raum für die Anwendung der gemeinschaftlichen Regelungen bleibt, darf der vom Gesetz bezweckte Mieterschutz nicht durch Letztere unterlaufen werden. Der VIII. Zivilsenat verweist zudem – überzeugend – darauf, dass nicht einzusehen wäre,

„warum derjenige, der (nur) einen Miteigentumsanteil an dem vermieteten Wohnraum erwirbt, rechtlich stärker geschützt werden soll als derjenige, der den vermieteten Wohnraum insgesamt erwirbt.“<sup>19</sup>

### 4. Fazit

Mit der Entscheidung vom 25.4.2018 hat der VIII. Zivilsenat nochmals klargestellt, dass in der Überlassung einer im Miteigentum stehenden Immobilie bzw. einzelner Räume derselben an einzelne Miteigentümer zur alleinigen Benutzung gegen Entgelt in aller Regel ein Mietvertrag zu sehen ist. Unabhängig von der etwaigen ergänzenden Anwendung der Vorschriften

16 Ähnlich MünchKomm-BGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 743 Rdnr. 15 f.

17 BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 37 = NJW 2018, 2472 Tz. 35; Urteil vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NJW-RR 2012, 237 Tz. 23.

18 Vgl. BGH, Urteil vom 15.10.2014, XII ZR 163/12, NJW 2014, 3775 Tz. 10 m. w. N. Ob bei der bloßen Veräußerung eines Miteigentumsbruchteils ebenfalls durch Neubegründung eines inhaltsgleichen Mietvertrags oder durch bloße Auswechslung eines Bruchteilseigentümers wird – soweit ersichtlich – nicht erörtert.

19 BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 37 Tz. 40.

des Rechts der Gemeinschaft sind jedenfalls die dem Schutz des Mieters dienenden gesetzlichen Regelungen vorrangig anwendbar. Auch der Erwerber eines Miteigentumsanteils ist daher gemäß § 566 Abs. 1 BGB an das zuvor bestehende Mietverhältnis gebunden, ohne dass es insoweit auf eine Grundbucheintragung (§ 1010 Abs. 1 BGB) ankäme.

Unbeschadet dessen, dass hierfür ohnehin ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 573 BGB erforderlich wäre, kann er dieses ohne Mitwirkung der anderen Miteigentümer nicht einseitig kündigen (vgl. § 744 Abs. 1 BGB),<sup>20</sup> insoweit hilft auch eine Teilungsversteigerung nicht weiter, da sich die Wirkungen des nach § 57a ZVG bestehenden Sonderkündigungsrechts darauf beschränken, eine vertragliche Kündigungsfrist auf die gesetzliche Frist abzukürzen. Das Erfordernis eines Kündigungsgrunds (berechtigtes Interesse) bleibt hiervon unberührt.

### 5. Vertragsgestaltung

Folgen für die Vertragsgestaltung hat die vorliegende Entscheidung nur insoweit, als der Notar, dem die tatsächlichen Umstände der Begründung eines Mietverhältnisses zwischen einer Miteigentümergeinschaft und einem ihrer Mitglieder bekannt werden,<sup>21</sup> auf die Rechtsfolgen des § 566 BGB hinweisen sollte. Gleiches gilt beim Erwerb eines bloßen Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück.

### III. Veräußerung unter Miteigentümern

Wie gesehen, findet § 566 BGB auch bei Veräußerung von bloßen Miteigentumsbruchteilen von vermieteten Immobilien grundsätzlich Anwendung. Ist der Erwerber allerdings kein außenstehender Dritter, sondern ein anderer Miteigentümer, der schon bislang Vermieter war, bedarf es im Interesse des Mieterschutzes keiner Überleitung des Mietvertrags. Eine Entlastung des veräußernden Miteigentümer-Vermieters nach § 566 Abs. 2 BGB ist ebenso wenig selbstverständlich. Anzutreffen sind derartige Fallkonstellationen bei der Auseinandersetzung von in Trennung bzw. Scheidung lebenden Eheleuten, die ihre in Miteigentum stehenden, vermieteten Immobilien (ggf. wechselseitig) zuordnen wollen, bei einer Aufteilung eines vermieteten Mehrfamilienhauses in Wohnungseigentum nach § 3 WEG, bei der den vormaligen Bruchteilseigentümern jeweils einzelne Wohnungen zum Alleineigentum zugewiesen werden, und bei der Auseinandersetzung nicht rechtsfähiger Gesamthandsgemeinschaften (Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft), die zunächst als Vermieter aufgetreten sind.

#### 1. Relevanz

In der Rechtsprechung hat sich die Frage der Anwendbarkeit von § 566 BGB in der Vergangenheit insbesondere im Zusammenhang mit der Kündigung von Mietverhältnissen nach vorangehender Auseinandersetzung der Miteigentümer gestellt. Verneint man diese, bleibt der veräußernde Miteigentümer (Mit-)Vermieter. Eine Kündigung ist demzufolge nach § 744

20 Vgl. Mach, RNotZ 2017, 621, 624.

21 Keine Nachforschungspflicht (zutr. Mach, RNotZ 2018, 618, 619).

Abs. 1 BGB weiterhin auch durch diesen auszusprechen.<sup>22</sup> Andernfalls ist die Kündigung unwirksam. Zudem hat der veräußernde Miteigentümer keine Möglichkeit, seine eigene Haftung für die Erfüllung der vertraglichen Vermieterpflichten nach Maßgabe von § 566 Abs. 2 BGB zu beseitigen.

## 2. Keine unmittelbare Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB

Im Unterschied zu der in Ziffer II. geschilderten Konstellation – der Anwendbarkeit von § 566 Abs. 1 BGB bei Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einen Dritten –, findet § 566 Abs. 1 BGB schon seinem Wortlaut nach keine Anwendung, wenn die Veräußerung des Miteigentumsanteils zwischen zwei Miteigentümern erfolgt. Da der Erwerber schon bisher (Mit-)Vermieter war, fehlt es an der tatbestandsmäßigen Veräußerung an einen Dritten. Eine unmittelbare Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB scheidet im Falle einer Veräußerung unter Miteigentümern somit aus.<sup>23</sup>

Hiervon abzugrenzen ist die Veräußerung durch eine Vermieter-GbR in Auseinandersetzung dieser GbR an ihre Gesellschafter. In dieser Konstellation hat der BGH die Anwendbarkeit von § 566 Abs. 1 BGB bejaht, da die GbR gegenüber ihren Gesellschaftern seit Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit – anders als eine Miteigentümergeinschaft – als eigenständiges Rechtssubjekt anzusehen ist.<sup>24</sup>

## 3. Keine analoge Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB

Methodologisch denkbar wäre daher nur eine analoge Anwendung von § 566 BGB auf die Veräußerung an einen Bruchteilseigentümer. Der BGH hat die mögliche Analogie mit knappen Worten unter schlichtem Hinweis darauf verneint, § 566 BGB diene (allein) dem Mieterschutz. Vor diesem Hintergrund bedürfte es keiner Überleitung des Mietverhältnisses auf den Erwerber, da dieser als schon bisheriger Mitvermieter weiterhin an die mietvertraglichen Pflichten gebunden sei. Folglich fehle es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke aus Sicht des Normzwecks.<sup>25</sup> Der gleichen Meinung war das KG, das am 8.10.2018 über einen ähnlichen Sachverhalt zu entscheiden hatte.<sup>26</sup> Das KG verwies ergänzend darauf, dass der Mieter – entgegen dem Schutzzweck von § 566 Abs. 1 BGB – durch eine analoge Anwendung sogar schlechter gestellt würde, da er bei Nichtkündigung trotz Mitteilung des Eigentumsübergangs den veräußernden Miteigentümer gemäß § 566 Abs. 2 BGB als Schuldner verlieren würde.<sup>27</sup>

22 Vgl. BGH, Urteil vom 30.10.2013, XII ZR 113/12, NJW 2014, 536 Tz. 15; Palandt/Sprau, 78. Aufl. 2019, § 744 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/K. Schmidt, § 744 Rdnr. 5 m. w. N.

23 Vgl. BGH, Beschluss vom 9.1.2019, VIII ZB 26/17, MittBayNot 2019, 245 Tz. 10 = NJW-RR 2019, 332.

24 BGH, Urteil vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NJW-RR 2012, 237.

25 BGH, Beschluss vom 9.1.2019, VIII ZB 26/17, MittBayNot 2019, 245 Tz. 11 f. = NJW-RR 2019, 332.

26 KG, Urteil vom 8.10.2018, 8 U 111/18, DNotZ 2019, 104 Tz. 13.

27 KG, Urteil vom 8.10.2018, 8 U 111/18, DNotZ 2019, 104 Tz. 15. So auch MünchKomm-BGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, § 566 Rdnr. 22.

Mitunter wurde in der Literatur für eine Analogie zu § 566 BGB angeführt, bei fortbestehender Vermieterstellung des veräußernden Eigentümers würde das Mietverhältnis insoweit bei einer nachfolgenden Veräußerung mangels Identität zwischen Vermieter und Veräußerer/Eigentümer gegebenenfalls nicht gemäß § 566 Abs. 1 BGB auf den Erwerber übergehen. Identität bestehe nur im Hinblick auf den erwerbenden, später die gesamte Immobilie veräußernden Miteigentümer vor. Zwar liege es nahe, die (oben dargestellten, vgl. Ziffer I. 2) Anforderungen an eine Ausnahme vom Erfordernis der Personenidentität von Vermieter und Veräußerer/Eigentümer anzunehmen und § 566 BGB insoweit analog anzuwenden. Sowohl für das Innenverhältnis der Vermieter als auch im Außenverhältnis zum Mieter sei es indes praktikabler, bereits mit Veräußerung des Miteigentumsbruchteils eine Überleitung der Vermieterstellung analog § 566 BGB anzunehmen.<sup>28</sup> Der BGH sieht in diesem Argument „offensichtlich keine tragfähige Grundlage für eine Analogie“.<sup>29</sup>

Eine gewisse Sonderstellung nimmt die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft ein. Die Veräußerung der Immobilie an ein Mitglied der Erbengemeinschaft als schon bisherigen Vermieter erfüllt nach dem Wortlaut nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 566 BGB. Aus Gründen des durch § 566 Abs. 1 BGB bezweckten Mieterschutzes besteht – jedenfalls prima facie – kein Anlass für eine entsprechende Anwendung dieser Norm. Wendet man § 566 Abs. 2 BGB nicht an, verbleibt es aber einstweilen bei einer (für den Mieter nachteiligen) Beschränkung der Vermieterhaftung auf den Nachlass. Selbst bei einer Gesamtbetrachtung, die nicht nur die mietrechtlichen Regelungen in den Blick nimmt, sondern auch diese erbrechtliche Folge miteinbezieht, dürfte dieser Umstand jedoch nicht ausreichen, eine entsprechende Anwendung von § 566 BGB zu rechtfertigen.<sup>30</sup>

## 4. Stellungnahme

Ob dieses restriktive Verständnis von § 566 BGB, das zugegebenermaßen den Wortlaut und die primäre Intention der Norm (Schutz des Mieters) für sich hat, zu interessengerechten Ergebnissen führt, erscheint indes zweifelhaft. Der Mieter ist gerade nicht davor geschützt, dass ein Vermieterwechsel ohne sein Zutun eintritt. Hätte die Miteigentümergeinschaft an einen Dritten veräußert, hätte der Mieter seine bisherigen Vermieter – mit lediglich geringer zeitlicher Nachhaftung, § 566 Abs. 2 BGB – unweigerlich verloren. Für die Anwendung des § 566 BGB genügt es aufgrund des Schutzzwecks, wenn einer von mehreren Erwerbern (zum Beispiel der Ehegatten eines bisherigen Miteigentümers) nicht zugleich Veräußerer

28 Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 566 BGB Rdnr. 77; ebenso für eine Aufteilung nach § 3 WEG: BayObLG, Urteil vom 24.11.1981, Allg. Reg. 64/81, NJW 1982, 451; Weitemeyer, ZMR 2004, 164.

29 BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17, MittBayNot 2019, 245 Tz. 13 = NJW RR 2019, 332. Ebenso (wenngleich weniger streng) KG, Urteil vom 8.10.2018, 8 U 111/18, DNotZ 2019, 104 Tz. 17; MünchKomm-BGB/Häublein, § 566 Rdnr. 22.

30 Im Ergebnis ebenso, allerdings ohne Erörterung der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass: Becker, BWNotZ 2013, 98, 103.



ist.<sup>31</sup> Nicht zuletzt das Beispiel der GbR,<sup>32</sup> bei der ein Vermieterwechsel im Falle der Auseinandersetzung unter Haftentlassung aller anderen Gesellschafter trotz der grundsätzlich unveränderten Haftungssituation eintritt,<sup>33</sup> zeigt, dass die Anwendbarkeit von § 566 BGB von juristischen Feinheiten (Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit des Verbands) abhängt, die im Laufe der Zeit mitunter unterschiedlich beurteilt werden.

Beschränkt man den Schutzzweck von § 566 BGB nicht allein auf den Mieterschutz, sondern legt man einen weniger eindimensionalen Normzweck zugrunde, der darüber hinaus die Interessen der Vermieter und des Rechtsverkehrs an klaren Verhältnissen, Rechtssicherheit und praktischer Handhabbarkeit berücksichtigt, lässt sich eine entsprechende Anwendung von § 566 BGB bei der Auseinandersetzung von Vermietermehrheiten rechtfertigen, zumal der damit einhergehende Gleichlauf von Eigentümer- und Vermieterstellung der typischen Erwartungshaltung der Beteiligten entspricht. Der hierfür vom Mieter zu zahlende „Preis“, die auslaufende Haftung des Veräußerers (vgl. § 566 Abs. 2 BGB), fällt nicht wesentlich ins Gewicht, zumal diese ohnehin stets gestalterisch herbeigeführt werden kann (etwa durch eine Treuhandkonstellation, Zwischenschaltung einer [mindestens teil-]rechtsfähigen Gesellschaft), ohne dass der Mieter dies verhindern könnte.

## 5. Gestaltungshinweise

Einstweilen ist freilich aufgrund der unmissverständlichen Position des BGH von einer Nichtanwendung von § 566 BGB im Falle der Auseinandersetzung von Miteigentümergeinschaften auszugehen, sodass die veräußernden Miteigentümer im Außenverhältnis weiterhin Vermieter bleiben. Der dadurch bedingten eingeschränkten Handlungsfähigkeit des Erwerbers betreffend das Mietverhältnis und der fortbestehenden Haftung des Veräußerers ist daher gestalterisch angemessen Rechnung zu tragen.

### a) Umfassende Vollmacht und Ermächtigung im Sinne von § 185 Abs. 1 BGB

Um dem erwerbenden Miteigentümer die Ausübung der Vermieterrechte zu ermöglichen, sollte bei einer derartigen Übertragung zwischen Miteigentümern stets eine umfassende, unbefristete und unwiderrufliche<sup>34</sup> Vollmacht zur Ausübung aller Vermieterrechte – unter Freistellung des veräußernden Miteigentümers von sämtlichen aus der Ausübung der Vollmacht entstehenden Ansprüchen, Verbindlichkeiten etc. (näher sogleich b)) – erteilt werden. Bei der späteren Ausübung seiner Vermieterrechte gegenüber dem Mieter muss der erwerbende Eigentümer gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB stets

offenlegen, dass er nicht nur im eigenen Namen, sondern zugleich für seinen Mitvermieter und früheren Miteigentümer handelt, schon um dem Mieter die effektive Ausübung seines Zurückweisungsrechts nach § 174 BGB zu ermöglichen. Ein stillschweigendes Handeln auch im Namen des früheren Miteigentümers dürfte allenfalls im Ausnahmefall anzunehmen sein.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann der Eigentümer indes einen Dritten ebenso zur Geltendmachung der Vermieterrechte im eigenen Namen ermächtigen. Der – hier ohnehin nicht anwendbare § 566 BGB – stehe dem auch unter den Gesichtspunkt des Mieterschutzes nicht entgegen.<sup>35</sup> Die Ermächtigung kann sich grundsätzlich auf alle Vermieterrechte beziehen (namentlich Kündigung,<sup>36</sup> Geltendmachung von Mieterhöhungsbegehren,<sup>37</sup> Ankündigung von Modernisierungsmaßnahmen<sup>38</sup>). Lediglich die Kündigung wegen Eigenbedarfs des Erwerbers im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist im Anwendungsbereich von § 566 Abs. 1 BGB nach herrschender Meinung erst mit Eigentumsumschreibung möglich.<sup>39</sup> Vorliegend ergeben sich hieraus für den erwerbenden Miteigentümer ohnehin keine Beschränkungen, da bei mehreren Miteigentümern der Eigenbedarf eines von ihnen ausreichend ist.<sup>40</sup> Somit ermöglicht die umfassende Ermächtigung dem Erwerber die Ausübung aller Vermieterrechte.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Mieter die Ausübung des Gestaltungsrechts hätte zurückweisen können, wenn die Ermächtigung nicht gleichzeitig nachgewiesen wird. Geht man von einem derartigen Zurückweisungsrecht aus, müsste die Zurückweisung nach Ansicht des BGH unverzüglich erfolgen.<sup>41</sup> Bei einer entsprechenden vertraglichen Regelung ist ein derartiger Nachweis unschwer möglich. Sofern eine (auch auszugsweise) Übermittlung der notariellen Urkunde nicht gewünscht wird, sollte eine Verpflichtung des Veräußerers aufgenommen werden, dem Erwerber eine entsprechende Vollmacht und Ermächtigung mit Besitzübergang zu gesonderter Urkunde zu erteilen. In jedem Fall setzt die Wirksamkeit der Ausübung des Gestaltungsrechts keine Offenlegung des Handelns aufgrund Ermächtigung voraus, da dem Ermächtigten das Handeln im eigenen Namen gerade (anders als bei der Erteilung einer bloßen Vollmacht) gestattet ist.<sup>42</sup>

### b) Freistellung im Innenverhältnis vs. Haftentlassung im Außenverhältnis

Da der veräußernde Miteigentümer aufgrund Nichtanwendbarkeit von § 566 Abs. 2 BGB für die Erfüllung der vertragli-

31 MünchKomm-BGB/Häublein, § 566 Rdnr. 22.

32 Bei Veräußerung durch eine Wohnungseigentümergeinschaft an ein Verbandsmitglied dürfte § 566 Abs. 1 BGB aufgrund der (Teil-)Rechtsfähigkeit der WEG ebenfalls Anwendung finden.

33 Vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NJW-RR 2012, 237.

34 Hier ist der grundsätzliche Ausschluss des Widerrufs der Vollmacht ausnahmsweise zulässig, da die Vollmacht im alleinigen Interesse des Erwerbers erteilt wird, der auch die Vermieterstellung bei wirtschaftlicher Betrachtung allein innehat.

35 BGH, Urteil vom 19.3.2014, VIII ZR 203/13, DNotZ 2014, 675 Tz. 16 ff. = MittBayNot 2014, 325 = NJW 2014, 1802.

36 BGH, Urteil vom 10.12.1997, XII ZR 119/96, DNotZ 1998, 807 = MittBayNot 1998, 250 = NJW 1998, 896.

37 BGH, Urteil vom 19.3.2014, VIII ZR 203/13, DNotZ 2014, 675 = MittBayNot 2014, 325 = NJW 2014, 1802.

38 BGH, Urteil vom 13.2.2008, VIII ZR 105/07, DNotl-Report 2008, 77 = NJW 2008, 1218.

39 Vgl. MünchKomm-BGB/Häublein, § 573 Rdnr. 82 m. w. N.

40 MünchKomm-BGB/Häublein, § 573 Rdnr. 82 m. w. N.

41 Vgl. BGH, Urteil vom 19.3.2014, VIII ZR 203/13, DNotZ 2014, 675 Tz. 21 = MittBayNot 2014, 325 = NJW 2014, 1802.

42 BGH, Urteil vom 19.3.2014, VIII ZR 203/13, DNotZ 2014, 675 Tz. 19 = MittBayNot 2014, 325 = NJW 2014, 1802.

chen Vermieterpflichten weiterhin haftet und die erteilte Vollmacht dieses Haftungsrisiko vergrößert, ist dieser in jedem Fall vertraglich im Innenverhältnis von jeglicher Haftung im Zusammenhang mit dem fortbestehenden Mietverhältnis freizustellen. Eine Haftentlassung im Außenverhältnis sollte jedenfalls angestrebt werden, wenn diese unschwer möglich ist, jegliche künftigen Berührungspunkte zwischen den bisherigen Miteigentümern nach Kräften vermieden werden sollen (zum Beispiel bei Trennung/Scheidung) oder konkrete Haftungsrisiken im Raum stehen. In derartigen Konstellationen liegt es nahe, eine Übernahme des Mietvertrags durch den Erwerber zu vereinbaren, eine Verpflichtung des Erwerbers zur Beschaffung der Zustimmung des Mieters vorzusehen und im Regelfall die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen dieser Zustimmung abhängig zu machen. Wird auf eine Haftentlassung im Außenverhältnis (warum auch immer) einstweilen verzichtet, sollten die Vertragsteile darauf hingewiesen werden, dass der Veräußerer für die Erfüllung der Vermieterpflichten aufgrund seiner fortbestehenden Vermieterstellung weiterhin haftet und es sich empfiehlt, nach Möglichkeit später eine Haftentlassung durch den Mieter herbeizuführen.<sup>43</sup>

Formulierungsvorschlag:

Bestehendes Mietverhältnis und Veräußerung unter Mitvermietern

1. Der vertragsgegenständliche Grundbesitz ist vermietet. Der Erwerber tritt im Innenverhältnis bereits mit Wirkung zur Besitzübergabe in alle Rechte und Pflichten des Veräußerers aus dem Mietverhältnis ein. Der Mietzins steht dem Erwerber ab dem Tag der Besitzübergabe zu. Die Vertragsteile sind sich über die Abtretung aller Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis ab dem Tag der Besitzübergabe einig.
2. Der Veräußerer ermächtigt und bevollmächtigt hiermit den Erwerber unwiderruflich und mit dem Recht zur Erteilung

<sup>43</sup> Einen ähnlichen Hinweis haben wir im Regelfall im Hinblick auf die Pflicht zur Rückgabe der Kaution bei Beendigung des Mietverhältnisses.

von Untervollmacht in gleichem Umfang, ab dem Tag der Besitzübergabe für ihn jegliche im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis nach Ansicht des Bevollmächtigten erforderlichen oder zweckmäßigen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, insbesondere Kündigungen, Mieterhöhung, Mietvertragsänderung oder Ankündigung von Modernisierungsmaßnahmen. Auf Verlangen des Erwerbers ist diese Ermächtigung bzw. Vollmacht schriftlich zu gesonderter Urkunde zu erteilen.

3. Der Erwerber hat den Veräußerer ab dem Tag der Besitzübergabe von jeglicher Haftung aus dem Mietverhältnis (auch gegenüber Dritten) auf erstes Anfordern freizustellen, insbesondere von Ansprüchen, die aus dem Gebrauch vorstehender Ermächtigung bzw. Vollmacht resultieren.<sup>44</sup>

4. Eine Mietsicherheit wurde nach Angabe nicht geleistet.<sup>45</sup>

5. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass das Mietverhältnis aufgrund der bereits vor Veräußerung bestehenden Vermieterstellung des Erwerbers voraussichtlich nicht automatisch mit Eigentumsübergang gemäß § 566 Abs. 1 BGB auf den Erwerber übergeht. Gleichwohl sollte dem Mieter der Eigentumswechsel vorsorglich angezeigt werden (§ 566 Abs. 2 BGB). Der Notar hat den Vertragsteilen empfohlen, auf eine Vereinbarung mit dem Mieter hinzuwirken, wonach der Erwerber das Mietverhältnis im Außenverhältnis als alleiniger Vermieter unter Haftentlassung des Veräußerers übernimmt. Der Notar wird nicht beauftragt, insoweit tätig zu werden. Die Veranlassung des Eigentumsübergangs soll ausdrücklich nicht von einer entsprechenden Haftentlassung im Außenverhältnis abhängig gemacht werden.

<sup>44</sup> Sofern ein relevantes Haftungsrisiko des Vermieters im Raum bzw. eine fortbestehende Haftung des Veräußerers für nicht hinnehmbar erachtet wird, sollte eine Haftentlassung im Außenverhältnis vorgesehen und die Eigentumsumschreibung davon abhängig gemacht werden.

<sup>45</sup> Andernfalls Hinweis darauf, dass der Veräußerer für die Rückgabe der Mietsicherheit weiterhaftet, wenn der Mieter ihn nicht aus dieser Haftung entlässt.

## BUCHBESPRECHUNGEN

Walter Bayer/Elisabeth Koch (Hrsg.):

### Offene Fragen zum Wohnungseigentumsrecht und deren Bedeutung für die notarielle Praxis

Nomos, 2018. 158 S., 42 €

Von Notarassessor **Maximilian Lotz**, Waldsassen

Das Wohnungseigentumsrecht ist für die notarielle Praxis stets von erheblicher Bedeutung. Aufgrund der Diversität der Wohnungseigentümergeinschaften müssen Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung stets an die Gegebenheiten der konkreten Gemeinschaft angepasst werden. Das 11. Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität am 22.4.2016 hat sich mit ausgewählten Problemen der notariellen Gestaltung in diesem Bereich beschäftigt. Die Vorträge sind in dem hier rezensierten Tagungsband gebündelt. Trotz der vornehmlich wissenschaftlichen Ausrichtung der Mehrzahl der Autoren gelingt es dem schmalen Band, der insgesamt fünf Beiträge umfasst, in weiten Bereichen den Bogen zur notariellen Praxis zu spannen.

Der Überblick von Prof. *Wolfgang Lüke* über die Folgen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft behandelt ausgewählte Grundlagenprobleme im Zusammenhang mit der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. *Lüke* geht dabei insbesondere auf die Grundstrukturen der Haftung der Gemeinschaft und ihrer Mitglieder nach außen ein. Insgesamt fehlt dem Beitrag aber teilweise ein konkreter Bezug zur notariellen Gestaltungspraxis.

Der zweite Beitrag von Prof. *Jan Lieder* beschäftigt sich mit Öffnungs- und Mehrheitsklauseln im Wohnungseigentums- und Gesellschaftsrecht. Schwerpunkt und These von *Lieder* ist, dass weitgehende Parallelen der Probleme im Wohnungseigentumsrecht zu entsprechenden Problematiken im (Personen-)Gesellschaftsrecht zu ziehen sind, insbesondere da eine materielle Kontrolle jeweils erst auf Ebene der konkreten Beschlussfassung der Gesellschafter und nicht auf Ebene der Öffnungsklausel erfolge. Die Betrachtung *Lieders* gibt hier wertvolle Denkanreize für eine zukünftige Entwicklung in beiden Gebieten. Aufgrund dieser zukunftsgerichteten Prognosen bleibt der Beitrag aber vor allem an den wissenschaftlich interessierten Leser gerichtet.

Die nachfolgenden Beiträge von Prof. *Martin Häublein* und Dr. *Andreas Ott* dagegen enthalten auch für den Praktiker wertvolle Überblicke über die Thematiken der Abgrenzung von

Sonder- und Gemeinschaftseigentum und der Möglichkeiten flexibler Zuweisung von Sondernutzungsrechten. *Häublein* gibt insbesondere einen knappen, aber lesenswerten Überblick über die Rechtsprechung des BGH zu einigen „Klassikern“ der Abgrenzungsfragen („Luftschranke“, Duplex-Parker, Heiz- und Versorgungsleitungen, Wohnungseingangstüren) und den Folgen unrichtiger Einordnungen. Der Beitrag eignet sich daher zum einen, ebenso wie der von *Ott*, hervorragend als Einstieg in diese für die notarielle Praxis bedeutenden Fragen, zum anderen sind sie aber auch für den erfahrenen Leser geeignet, um das Problembewusstsein in diesen Bereichen erneut zu schärfen. Beiden Autoren gelingt es auch stets die Auswirkungen der Grundsätze auf die notarielle Gestaltungspraxis in den Blick zu nehmen.

Der letzte Beitrag des Tagungsbandes von Dr. *Oliver Elzer* befasst sich mit Regelungen der Gemeinschaftsordnung in Mehrhausanlagen. Für den Notar wichtiger Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist zu Recht, dass ein Regelungsbedarf insoweit nicht auf tatsächlich baulich getrennte Anlagen beschränkt ist, sondern in der Gestaltung stets gedanklich zu überprüfen ist, ob aufgrund von Besonderheiten der betreffenden Wohnungseigentümergeinschaft gesonderte Regelungen für einen bestimmten Teil der Sondereigentümer interessengerecht erscheinen. Auf dieser Grundlage gibt *Elzer* sodann einen lesenswerten Überblick über die in den Gemeinschaftsordnungen solcher Wohnungseigentümergeinschaften erforderlichen Sonderregelungen. Die Gestaltungsvorschläge *Elzers* runden den Beitrag zu einem guten Überblick für die notarielle Praxis ab.

Insgesamt bietet der Tagungsband hilfreiche Überblicke über Problemfelder des Wohnungseigentumsrechts. Während die ersten beiden Beiträge vornehmlich für den wissenschaftlich interessierten Leser von Interesse sind, eignen sich die Kapitel von *Häublein*, *Ott* und *Elzer* auch als (Wieder-)Einstieg in einzelne Themenbereiche und zur weiteren Schärfung des diesbezüglichen Problembewusstseins. Ein Nachschlagewerk für die Gestaltung in konkreten Problemsituationen kann und will der Tagungsband dagegen nicht sein.

Christoph Döbereiner/Susanne Frank:

## Internationales Güterrecht für die Praxis. Die neuen EU-Güterrechtsverordnungen

Giesecking, 2019. 135 S., 44 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Seit dem 28.1.2019 gelten im internationalen Güterrecht die Verordnungen (EU) 2016/1103 und 2016/1104 jeweils vom 24.6.2016 zur Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (= EuGüVO) bzw. in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften (= EuPartVO). Beide Rechtsinstrumente gehen zurück auf Vorschläge, die die Europäische Kommission bereits 2011 vorgelegt hat. Nachdem eine Reihe von Mitgliedstaaten Bedenken gegenüber gleichgeschlechtlichen Ehen und Partnerschaften vorgebracht haben und klar wurde, dass sich im Rat die erforderliche Einstimmigkeit nicht würde erzielen lassen, kamen letztlich insgesamt 18 Mitgliedstaaten überein, das Vorhaben in Gestalt einer verstärkten Zusammenarbeit weiter zu verfolgen. In den betreffenden Mitgliedstaaten gelten die neuen Verordnungen unmittelbar, wohingegen die verbleibenden weiteren zehn Mitgliedstaaten aus Sicht der neuen Instrumente Drittstaaten sind, die im Bereich des internationalen Güterrechts weiterhin ihr bisheriges Kollisionsrecht anwenden. Für die Praxis ist das höchst misslich, weil die Mitgliedstaaten der Güterrechtsverordnungen nicht mit denen der Rom III-VO oder denjenigen der EuErbVO übereinstimmen (Rdnr. 4).

Der Übergang von der bisherigen, in Art. 15 Abs. 1 EGBGB verorteten güterrechtlichen „Regelanknüpfung“ an das sog. „Antritsrecht“ der Ehegatten auf eine Regelanknüpfung güterrechtlicher Verhältnisse an das Recht ihres (ersten) gemeinsamen Aufenthalts (Art. 26 Abs. 1 EuGüVO) und die teilweise geänderten Rechtswahlmöglichkeiten (Art. 22 EuGüVO) bringt für die deutsche Praxis, worauf die Verfasser des vorliegenden Bandes in dessen Vorwort deutlich hinweisen, erhebliche Umstellungen mit sich. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass die Verordnungen nicht nur klären sollen, welches nationale Gericht in güterrechtlichen Fragen zuständig ist, sondern dass die Verordnungen insbesondere bestimmen, welches nationale Recht gilt, wenn es unter anderem um die Aufteilung des gemeinsamen Vermögens aus Anlass der Auflösung von Ehe bzw. Lebensgemeinschaft geht, um die Befugnisse, Rechte und Pflichten der Ehegatten (Lebenspartner) in Bezug auf das Vermögen oder um die materielle Wirksamkeit von Vereinbarungen über den Güterstand. Das nach den Verordnungen anwendbare Recht kann aber auch den Abschluss von Rechtsgeschäften jeglicher Art mit einem verheirateten Vertragspartner berühren (Art. 27 lit. f EuGüVO), sodass die Verordnungen, wie die beiden Verfasser betonen, eine weitaus größere Bedeutung haben, als man auf den ersten Blick annehmen möchte, zumal der erforderliche Auslandsbezug nicht immer offen zutage tritt – etwa, wenn bei einem Grundstückskauf ein Vertragsteil zwar deutscher Staatsangehöriger ist, aber sich für gewöhnlich im Ausland aufhält oder mit einem ausländischen Partner verheiratet ist,

sodass sich der Güterstand möglicherweise nach einem ausländischen Sachrecht beurteilt, das dann auch darüber entscheidet, ob der kontrahierende Ehegatte bzw. Partner zum Abschluss des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts ohne seinen Ehegatten (Partner) befugt ist oder nicht (Rdnr. 1). Allein schon das ist Grund genug, sich ausführlich mit der Materie zu befassen.

Dafür eignet sich der vorliegende, von zwei bayerischen, sich in besonderer Weise mit grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen beschäftigenden Notaren verfasste Band in hervorragender Weise, weil er einen ersten, profunden Überblick gibt, die Grundlagen aufzeigt und vor allem, weil er den Stoff anhand von insgesamt 75 gut gewählten Beispielfällen nebst zahlreichen Musterformulierungen leicht fassbar aufbereitet. Der Band beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf die Frage nach dem anwendbaren Recht (Rdnr. 16). Fragen nach der gerichtlichen Zuständigkeit sowie der Anerkennung, Vollstreckbarkeit und Vollstreckung von Entscheidungen werden genauso wenig behandelt wie das IntGüRVG, das deutsche Ausführungsgesetz zu den beiden Güterrechtsverordnungen, das Regelungen insbesondere zur (gerichtlichen) Zuständigkeit und die Verfahrensregelungen für die Anerkennung und die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus ausländischen Titeln enthält: Diese Themenbereiche hätten für den (anwaltlichen und richterlichen) Praktiker, an den das Werk ebenfalls gerichtet ist, vielleicht durch einige weiterführende Literaturhinweise erschlossen werden können.

Der Band ist dabei durchaus konventionell aufgebaut und gut gegliedert: Ausgangspunkt der Betrachtungen ist die EuGüVO, die ausführlich behandelt wird; auf die Besonderheiten der EuPartVO wird nur in einem kurzen, etwa fünfseitigen Abschnitt eingegangen, in dem die erforderliche Abgrenzung zwischen Ehe und Partnerschaft – erstere unterfällt, auch wenn gleichgeschlechtliche Partner die Ehe eingegangen sind, der EuGüVO – dargestellt wird (Rdnr. 417 ff.) und die Unterschiede zwischen EuGüVO und EuPartVO herausgearbeitet werden (Rdnr. 427 ff.). Auf eine kurze Einleitung zur Entstehung des Normsetzungsvorhabens und zur Drittstaatenproblematik folgt dann ein erster, umfangreicher Abschnitt, in dem die Auslegung, der Anwendungsbereich und die Vorfragenproblematik der EuGüVO geklärt werden. Bei der Aufbereitung besticht, dass die beiden Verfasser dabei eine erste Groborientierung über das Güterrecht in den verschiedenen Rechtskreisen – romanisch beeinflusste Rechtsordnungen, US-amerikanische Güterrechtssysteme und Rechtsordnungen des *Common law* sowie islamische Rechtssysteme – und deren hauptsächliche, charakteristischen Merkmale geben (Rdnr. 67 ff.). Außerdem sind sie stets auf das Aufzeigen der Querverbindungen zum Erbrecht bedacht. In den beiden folgenden Abschnitten werden sodann ausführlich die Regelanknüpfung des Güterrechts-

statuts bei fehlender Rechtswahl und die Rechtswahlmöglichkeiten beleuchtet. Die Darstellungsweise ist sehr eingängig und überzeugt, weil die Sachprobleme zumeist anhand von kurzen, „Standardsituationen“ nachgebildeten Beispielsfällen entwickelt werden, die dann zusätzlich durch hilfreiche Praxistipps ergänzt werden; beispielsweise bei der empfehlenswerten Harmonisierung durch Rechtswahl zwischen Aufenthaltsrecht und gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, wenn sie einem Drittstaat angehören, sie dort über Vermögenswerte verfügen und das IPR des Heimatrechts die Rechtswahl zulässt (Rdnr. 320 ff.). Einen weiteren, großen Vorteil erlangen die Nutzerinnen und Nutzer des Bandes durch die insgesamt fünf, über den Text verstreuten Musterformulierungen, etwa zur Darlegung des gewöhnlichen Aufenthalts (Rdnr. 134, 135) oder um bei einem Doppelstaater zu klären, welche die effektive Staatsangehörigkeit ist (Rdnr. 156) – der Vorrang der deutschen Staatsangehörigkeit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB gilt gerade nicht – und schließlich durch Formulierungsvorschläge für die Rechtswahlklauseln (Rdnr. 323 ff.). In einem weiteren Abschnitt wird sodann der für die Praxis äußerst wichtige Bereich des Abschlusses von Eheverträgen und sons-

tigen Vereinbarungen zum ehelichen Güterstand näher untersucht und es werden die sich hierbei stellenden Herausforderungen aufgezeigt (Rdnr. 325 ff.). Ein klein wenig „mehr“ hätte man sich dabei vielleicht bei der Frage der zulässigen, durch Ehevertrag zu regelnden Inhalte und namentlich den Schranken sowie bei der richterlichen Ausübungs- und Inhaltskontrolle gewünscht; und sei es nur durch einige gezielte, weiterführende Literaturhinweise (Rdnr. 379 ff., 383 f.). Im abschließenden Kapitel, vor der Darstellung der EuPartVO, wird dann noch auf den Verkehrsschutz und die Wirkung gegenüber Dritten eingegangen: Die Autoren entwickeln hier sehr schön die verschiedenen Konstellationen, in denen ein Dritter Kenntnis von den maßgeblichen güterrechtlichen Vorgängen hat und sich nicht mehr auf den Verkehrsschutz berufen kann (Rdnr. 400 ff.).

Alles in allem: Ein gelungener, zu empfehlender Band, durch den der Praktiker einen soliden Überblick über das internationale Güterrecht erlangt und mit dem er für den „Einstieg“ in die Materie gut gewappnet ist.

**Peter Limmer/Christian Hertel/Sebastian Herrler/Johannes Weber:**

### **Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut**

C. H. Beck, 2018. 849 S., 199 €

Von Prof. Dr. **Ulrich Noack**, Düsseldorf

Eine Festschrift für eine verdiente Persönlichkeit versteht sich von selbst, sonst ginge sie fehl. Aber für ein junges Institut? So etwas will erklärt sein. „Die schönste Tochter der Bundesnotarkammer“ (Geleitwort) wird im schönen Alter von 25 Jahren gefeiert. Eine große Festschrift ist ihr gewidmet, erschienen im Oktober 2018, herausgegeben von *Limmer, Hertel, Herrler* und *Weber*, allesamt waren oder sind sie Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts. 56 Autoren haben sich als Gratulanten für das Erreichen des Instituts-Vierteljahrhunderts eingefunden. Sie kommen überwiegend aus dem Notariat, zahlreiche Hochschullehrer und zwei BGH-Richter sind dabei.

Über die Anfänge und die Aufbaujahre berichten *Frenz* und *Limmer*, während *Weber* den Impact Factor des DNotI-Reports behandelt. In fünf Abteilungen gegliedert werden sodann die wesentlichen Aufgabengebiete des Notariats angesprochen: Immobilienrecht, Beurkundungs- und Verfahrens- sowie Berufsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Erb- und Familienrecht und das Internationale Privatrecht. Schon diese Aufzählung zeigt, dass jeder Notar hinreichend Anlass hat, die Inhalte dieser Festschrift auf ihre Brauchbarkeit im Berufsalltag zu konsultieren. Im Folgenden sollen eher willkürlich einige Beiträge hervorgehoben werden, ausdrücklich mit der Bemerkung versehen, dass auch die nicht genannten Aufsätze gehörige Aufmerksamkeit verdienen.

*Stürner* äußert sich sehr kritisch über die im Jahr 2008 erfolgte Reform des Grundschuldrechts, die „bedenkliche handwerk-

liche Mängel“ aufweise und teilweise „laienhaft“ formuliert sei. Es ging seinerzeit um die Doppelleistung nach der Abtretung von Grundschulden, ein durch zweifelhafte Praktiken angeheiztes Problemfeld. Immerhin: Die deutsche Regelung mit ihrer starken Betonung des Sicherungsvertrags kommt wohl an in Europa, die Arbeiten an einer sog. „Eurohypothek“ verlaufen in diesem Sinne. *Stürner* fordert das deutsche Notariat auf, sich wissenschaftlich mit dem Notarinstitut und auch rechtspolitisch einzubringen, wenn es um die europäische Harmonisierung der Grundpfandrechte geht.

Zwei Beiträge befassen sich aus unterschiedlicher Warte mit dem notariellen Protokoll der Hauptversammlung. *Drescher*, Vorsitzender des II. Zivilsenats des BGH, erörtert die „Berichtigung des Hauptversammlungsprotokolls“ mit der einleitenden Bemerkung: Nobody is perfect, nicht einmal deutsche Notare. Also zeigt er Wege, die fehlsame Niederschrift in sachlicher und zeitlicher Korrektheit zu ändern. Wem ein Lapsus unterläuft, dürfte diesen Beitrag mit erhöhtem Puls lesen, ob noch etwas zu retten ist. Ebenfalls um Beurkundungsfehler kreist der Aufsatz von *Koch*, aber mit ganz anderem Ansatz. Dem bekannten Kommentator des AktG (und Gutachter des Deutschen Juristentages 2018 zum Beschlussrecht) geht es um die harsche Fehlerfolge, die § 241 Nr. 2 AktG anordnet. Diese „übermäßige Strenge“ sei übertrieben, Nichtigkeit nur angebracht, wo die unzureichende Beurkundung nicht erkennen lasse, ob und mit welchem Inhalt ein Beschluss gefasst wurde.

In allen anderen Fällen genüge die Anfechtbarkeit als Sanktion. Diese Auffassung findet den Beifall des Rezensenten – und nach Andeutungen aus dem BMJV könnte sich bald auch eine Gesetzesreform mit einem solchen Zurückschneiden der Nichtigkeitsfolge befassen.

Sehr lesenswert ist der Beitrag von *Reymann* zur GmbH-Gesellschafterliste, der die BGH-Rechtsprechung in stringenter Argumentation gleich mehrfach ins Visier nimmt. Zum einen wendet er sich mit guten dogmatischen Gründen gegen den II. Zivilsenat, der einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb nach aufschiebend bedingter Abtretung versagt; zum zweiten greift er die Rechtsprechung an, die den Listeneintrag eines Testamentsvollstreckervermerks ablehnt. Damit schwäche sie Transparenz und Publizität der Liste nicht unerheblich. Diese Wortmeldung verdient eine genaue Würdigung in den GmbHG-Kommentaren und sollte Anlass für nochmaliges Nachdenken sein, bevor der eiserne Besen einer herrschenden Meinung durch die Landschaft fegt.

Der Präsident der Bundesnotarkammer befasst sich mit dem „Verkehrsschutz durch öffentliche Register im internationalen Vergleich“ (*Bormann* und Co-Autor *Stelmaszczyk*). Der Beitrag weist auf eine für das deutsche Register- und Notariatswesen bedenkliche Entwicklung hin, die dahin führen könnte, im Gesellschaftsrecht elektronische Verfahren ohne Notar unter Verwendung von wenigen Standard-Templates einzuführen. Dies käme einem Paradigmenwechsel im kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrecht gleich. Als Folge dieser durch Automatisierung hervorgerufenen Simplifizierung des Rechts sehen die Autoren das Ausweichen der Beteiligten in intransparente individuelle Nebenabreden.

Die vorgestellten Aufsätze behandeln überwiegend rechtspolitische Entwicklungen oder wenden sich gegen die höchstgerichtliche Rechtsprechung. Nichts wäre falscher, als wenn da-

durch der Eindruck entsteht, die Festschriftbeiträge hätten hier ihren Schwerpunkt. Im Gegenteil, es haben zahlreiche Notare eine Fülle ihrer Berufserfahrung eingebracht, die ganz praktische Sorgen behandeln: vom Umgang mit Vorkaufsrechten (*Everts*: „Valium für das Volk!“), vom Erbbaurecht und Erbbauzins, von der Zuordnung von Überbauten bei Tiefgaragen oder mitverkauften Photovoltaikanlagen ist in der Abteilung Immobilienrecht die Rede. Das Zusammenspiel von insolvenz- und notarrechtlichen Regelungen behandelt der Beitrag von *Preuß*, betreffend die „Abwicklung notarieller Verwahrungsgeschäfte in der Insolvenz eines Beteiligten“. In der Abteilung Ehe- und Familienrecht interessieren *Müller-Engels* die Stiefkinder im Erbrecht. *Dutta* informiert über die „Will-substitutes“, die im US-amerikanischen Recht beheimatet sind und es ermöglichen, Vermögen von Todes wegen außerhalb des formalen Erbrechts zu transferieren. Derlei Gestaltungen spürt der Autor für das deutsche Recht nach, interessante Querbezüge herausarbeitend. *Hertel* skizziert die Entstehung der EuErbVO mit eindrücklichen Erfahrungen aus seiner Beteiligung hieran nebst Stellungnahmen zu aktuellen Auslegungsfragen und zur ersten EuGH-Rechtsprechung. Dieser Verordnung widmet sich auch *Dörner*, der die Europäisierung des Rechts öffentlicher Urkunden nachzeichnet. *Süß* befasst sich mit den notariellen Herausforderungen aufgrund der Europäischen Güterrechtsverordnungen. Schließlich sei auf *Coester-Waltjens* Beitrag hingewiesen, die neue Aufgaben für die Notariate im Familienrecht sieht, und zwar bei den künftigen Eltern-Kind-Zuordnungen im Hinblick auf ein reformiertes Abstammungsrecht.

Der Platz fehlt, um weitere Beiträge zu würdigen oder auch nur zu nennen. Das ist auch nicht die Aufgabe dieser Besprechung, vielmehr soll der Leseappetit geweckt werden. Diese so schöne Festschrift für das Deutsche Notarinstitut darf nicht zu den apokryphen Schriften zählen.

**Adolf Reul/Heribert Heckschen/Rüdiger Wienberg:**

## **Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis – Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht**

2. Aufl., C. H. Beck, 2018. 1002 S., 159 €

Von Notarassessor **Benedikt Grimm**, Dachau, und Notarassessorin **Laura Köpf**, Annweiler am Trifels

Dem Insolvenzrecht kommt in der Praxis, in der notariellen im Besonderen, eine hohe Bedeutung zu. Zentrale Aufgabe der Kautelarpraxis ist es, praxismgerechte und rechtssichere Vertragsgestaltungen zu gewährleisten. Dafür sind zumindest Grundkenntnisse des Insolvenzrechts unabkömmlich.

Das Werk Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis herausgegeben von Reul/Heckschen/Wienberg, mittlerweile in der 2. Auflage erschienen, nimmt den insolvenzrechtinteressierten Kautelarjuristen an die Hand und hält für ihn in elf Kapiteln dogmatisch hochwertige und zugleich praxistaugliche Vorschläge für die sich stellenden Gestaltungsfragen zur Behandlung der

Auswirkungen einer (drohenden) Insolvenz eines Beteiligten im Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht bereit.

Durch die übersichtliche und umfangreiche Gliederung des Werkes lässt sich für nahezu jede insolvenzrechtliche Problematik eine zügige und dennoch fundierte Antwort finden. Die zahlreichen Formulierungsbeispiele und Mustertexte, die sich zusätzlich online abrufen lassen, runden das Werk ab.

Ausgehend von einem allgemeinen Überblick über das deutsche Insolvenzrecht im ersten Kapitel, der weniger lehrbuchartige Überblickserschaffung ist als mehr eine Darstellung der

Entwicklungen des Insolvenzrechts, werden im anschließenden Kapitel im Sinne eines allgemeinen Teils die generellen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf eine potenzielle Insolvenz eines jeden Vertragspartners beleuchtet. Empfohlen werden kann bei einer Lektüre des gesamten Werkes, im Anschluss an dieses Kapitel das gleichsam dem allgemeinen Teil zuordenbare achte Kapitel über die Aufgaben des Insolvenzverwalters zu lesen. In diesem werden zum einen die Ausführungen zum Überblick über das deutsche Insolvenzrecht konkretisiert, zum anderen lässt sich von den Befugnissen des Insolvenzverwalters bereits ableiten, welche Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf eine eingetretene Insolvenz bestehen.

Als „besonderer Teil“ folgen – entsprechend dem Untertitel des Werkes – die Kapitel 3, 4, 5 und 6 mit konkreten Ausführungen zum Immobilienrecht, zum Gesellschaftsrecht, zum Erb- sowie zum Familienrecht. Durch den umfassenden Blick auf alle genannten Rechtsgebiete und den Hinweis auf die gegenseitigen Verzahnungen füllt das Werk ein wichtiges Desiderat des Kautelarrechts. Denn im Gegensatz zu Insolvenzrechtsfragen im Immobilienrecht, die teilweise in Fachaufsätzen erkundet wurden, finden sich praxistaugliche Ausführungen zur Insolvenz im Gesellschafts-, Erb-, Familienrecht bisher nur vereinzelt – einen Gesamtüberblick wie den von Reul/Heckschen/Wienberg bietet die Fachliteratur noch überhaupt nicht.

Großes Augenmerk wird dabei mit über 200 Seiten auf das Kapitel 6 zum Gesellschaftsrecht gelegt, in dem sich mit den gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, von Vorschlägen zur Satzungsgestaltung mit Rücksicht auf die Krise über gesellschaftsrechtliche Instrumente zur Sanierung eines Unternehmens in der Krise, massenhafte Haftungsansprüchen des Insolvenzverwalters, Folgen der Gesellschafterfremdfinanzierung in der Krise, Insolvenzstatuten, Konzerninsolvenzen bis hin zu Unternehmenskäufen in der Insolvenz beschäftigt wird.

Alle Rechtsgebiete betreffende Spezialthemen, wie die Behandlung von Vollmachten in der Insolvenz (Kapitel 7) und die Thematik der Insolvenzanfechtung (Kapitel 9), werden im Anschluss zusammen behandelt.

Gezielt den Pflichten des Notars ist ein weiteres Kapitel (10) gewidmet, das für den Notar kurz und bündig – ohne jedoch Wichtiges zu unterschlagen – einen Handlungsleitfaden etwa für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel sowie für notarielle Verschwiegenheits-, Urkundsgewährungs- und Belehrungspflichten speziell im insolvenzrechtlichen Kontext bereit hält.

Die im letzten Kapitel (11) folgenden Muster bieten eine gute Grundlage für im Insolvenzkontext erforderliche Vertragsgestaltungen, wie etwa Gesellschaftsverträge, Kapitalschnitte, Verpfändungen von Geschäftsanteilen, Verschmelzungen, Abspaltungen und Formwechsel. Die Mehrzahl der Muster betrifft dabei das Gesellschaftsrecht.

Die im gesamten Buch vorgeschlagenen Formulierungshilfen, Hinweisboxen und Muster, die den praktischen Nutzen unterstreichen, beziehen sich nicht nur auf neuralgische Situationen, in denen eine Insolvenz eines Vertragspartners droht oder bereits eingetreten ist. Vielmehr hält das Werk auch Muster für ganz alltägliche Situationen bereit und schärft allgemein das Problembewusstsein für die Folgen einer unerwarteten Insolvenz, wie etwa bei der Antragstellung zur Eintragung der Auflassungsvormerkung, die durch den Notar namens des Käufers erfolgen sollte (vgl. § 2 Rdnr. 99 ff.) oder bei der praxismäßig gerechten Gestaltung der Kaufpreiszahlung bei notwendiger Lastenfreistellung, zu der vorgeschlagen wird, sie als unechter Vertrag zugunsten der abzulösenden Gläubiger auszugestalten (vgl. § 3 Rdnr. 51 ff.).

Die Autoren sind allesamt Notare, in der Insolvenzrechtspraxis tätige Anwälte oder Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer, und so überrascht die praxismäßig gerechte Gestaltung des Buches nicht. Bemerkenswert ist jedoch, dass der wissenschaftliche Anspruch nicht vernachlässigt wird: Bei aufgezeigten Meinungsstreits erfolgt zumeist eine eigene Streitentscheidung – nicht jedoch ohne den für die Praxis essenziellen Hinweis, letztlich der praxisorientierten Meinung bzw. der Rechtsprechung zu folgen.

Als einziger Kritikpunkt ist die bisweilen noch nicht völlig vorgenommene Abstimmung der verschiedenen Autoren zwischen den verschiedenen Kapiteln aufzuführen, wenn sich etwa im 7. Kapitel (vgl. § 7 Rdnr. 21: „Anerkannt ist [...]“), mit der Frage, ob für den Insolvenzverwalter § 181 BGB (entsprechend) gilt, nicht auseinander gesetzt wird, um sie dann im folgenden Kapitel (vgl. § 8 Rdnr. 8) doch noch unter Hinweis auf eine abweichende Auffassung zu entscheiden.

Dennoch kann die Anschaffung dieses Werkes uneingeschränkt empfohlen werden. Einen so umfassenden, verlässlichen und dogmatisch wertvollen Überblick hinsichtlich der Einflüsse des Insolvenzrechts auf die notarielle Praxis, wie er durch das Werk von Reul/Heckschen/Wienberg gegeben wird, erhält der interessierte Kautelarjurist an keiner anderen Stelle. Die Anschaffung der neuerlichen Auflage des Werkes lohnt auch für den Besitzer der 1. Auflage, ist doch in den fünf Jahren zwischen Erst- und Zweitauflage das Insolvenzrecht nicht stillgestanden. Insbesondere im Bereich der Insolvenzanfechtung, auf die bei der rechtssicheren Vertragsgestaltung besonders Wert zu legen ist, haben sich Änderungen ergeben, die in der 2. Auflage berücksichtigt wurden. Zudem wurde auch die Gliederung vollständig überarbeitet und übersichtlicher gestaltet. Vorteil der neuen Auflage ist außerdem, dass die Bausteine und Muster nun online, statt zuvor auf CD-ROM, verfügbar sind.

Zusammenfassend legen die beiden Verfasser der Rezension den Kauf und die Nutzung des Buches in der täglichen Gestaltungspraxis daher jedem Notar ans Herz.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Kein Erfordernis der Begründung von Wohneigentum für die Kündigungsbe- schränkung des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB

BGH, Urteil vom 21.3.2018, VIII ZR 104/17 (Vorinstanz:  
LG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.4.2017, 11 S 292/16)

BGB § 546 Abs. 1, § 573 Abs. 2 Nr. 2, § 577a Abs. 1a,  
§ 558 Abs. 3 Satz 3  
GG Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Die Kündigungsbeschränkung nach § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB erfordert nicht, dass zusätzlich zu den im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen – hier die nach der Überlassung an den Mieter erfolgte Veräußerung des vermieteten Wohnraums an eine Personengesellschaft (§ 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB) – an dem vermieteten Wohnraum Wohnungseigentum begründet worden ist oder der Erwerber zumindest die Absicht hat, eine solche Wohnungsumwandlung vorzunehmen.
2. Diese Auslegung des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB verstößt weder gegen die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Vermieters gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 GG noch gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 774.

#### 2. Betrugsrelevanter Vermögensschaden bei Grundstücksgeschäften

BGH, Beschluss vom 6.3.2018, 3 StR 552/17 (Vorinstanz:  
LG Bad Kreuznach, Urteil vom 26.7.2017, 1025 Js 3136/16)

StGB § 263 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Der Schluss eines notariellen Kaufvertrags allein begründet bei Grundstücksgeschäften grundsätzlich auch bei Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit des Käufers noch keinen Eingehungsbetrug, da bei Zugum Zug-Geschäften aufgrund des Leistungsverwei-

gerungsrechts des Verkäufers kein Gefährdungsschaden gegeben ist.

2. Eine vorübergehende Einziehung des Besitzes ist nur dann vermögensschädigend, wenn die Sache einen wirtschaftlichen Wert hat und entweder abgenutzt oder verbraucht werden soll oder wenn für die Besitzübertragung gewöhnlich ein Entgelt verlangt wird und ein solches nicht erbracht wird.
3. Vermögensminderungen, die nicht durch die Besitzüberlassung selbst, sondern durch gesonderte schädigende Handlungen verursacht werden, sind nicht stoffgleiche Folgeschäden, die nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden können und keinen selbständigen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB darstellen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Das LG hat den Angeklagten wegen Betruges in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Dagegen wendet er sich mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision.

(...)

4 a) Die Strafkammer hat festgestellt, dass der Angeklagte am 5.11.2015 unter Vortäuschung der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit mit dem Zeugen L einen notariellen Vertrag über den Kauf eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks für einen Kaufpreis von 185.000 € schloss, der dem Marktwert entsprach. Zugunsten des Angeklagten wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen; der Verkäufer händigte dem Angeklagten sämtliche Schlüssel für das Haus aus und erteilte sein Einverständnis mit dem vorzeitigen Beginn von Umbauarbeiten an dem Objekt. Wie von vorneherein beabsichtigt, zahlte der Angeklagte den Kaufpreis nicht. Nachdem der Zeuge L die Löschung der Vormerkung hatte erreichen können, verkaufte er das Grundstück zirka neun Monate später an einen Dritten für einen Kaufpreis von 167.000 €. Er erzielte deshalb ein geringeres Entgelt, weil das Objekt infolge der nicht abgeschlossenen Baumaßnahmen „Baustellencharakter“ hatte.

5 b) Auf der Grundlage allein dieser Feststellungen ist ein Vermögensschaden des Zeugen L im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB nicht dargetan.

6 aa) Eine Vermögensschädigung ist nicht schon mit dem Abschluss des notariellen Vertrages eingetreten.

7 Im Fall eines erschlichenen Kaufvertrages kann zwar bereits der Vertragsschluss einen Gefährdungsschaden des Verkäufers begründen, wenn seine Gegenforderung (Zahlung des Kaufpreises) aufgrund mangelnder Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit des Käufers der gegen ihn entstandenen Forderung (Übereignung und Übergabe der Kaufsache) nicht gleichwertig ist. Das gilt indes grundsätzlich nicht, wenn der Vertrag nur zur



Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet. Das Leistungsverweigerungsrecht sichert die in ihrer Bonität beeinträchtigte Gegenforderung (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1964, 1 StR 471/64, juris Rdnr. 6; Beschluss vom 12.6.2001, 4 StR 402/00, NSTZ-RR 2001, 328, 329). Für Grundstücksgeschäfte bedeutet dies, dass in einem notariellen Kaufvertragsschluss noch kein Eingehungsbetrag liegt, wenn – wie im Regelfall – die Eintragung im Grundbuch von der vorherigen Kaufpreiszahlung abhängig ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3.1.1973, 4 StR 544/72, bei Holtz, MDR 1973, 370; vom 4.12.1974, 2 StR 95/74, bei Holtz, MDR 1975, 196; vom 27.11.1991, 2 StR 312/91, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 37). Eine Vorleistungspflicht des Verkäufers ist hier nicht festgestellt; in Anbetracht der gegebenen Umstände liegt sie im Übrigen auch fern.

**8 bb)** Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen, dass der Zeuge L durch die freiwillige Übertragung des Besitzes an seinem Vermögen geschädigt wurde.

**9** Bei Grundstücksgeschäften, bei denen der Verkäufer im Fall des Ausbleibens der Kaufpreiszahlung gegen den Verlust seines Eigentums abgesichert ist, kann ein Vermögensschaden zwar auch dadurch entstehen, dass irrtumsbedingt dem Käufer bereits vor Erfüllung seiner Verbindlichkeiten der Besitz eingeräumt wird (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1964, 1 StR 471/64, juris Rdnr. 7; Beschlüsse vom 3.1.1973, 4 StR 544/72, bei Holtz, MDR 1973, 370; vom 4.12.1974, 2 StR 95/74, bei Holtz, MDR 1975, 196). Ein solcher Schaden kann in der hiermit verbundenen Vereitelung einer anderweitigen Verwertung des Grundstücks und der dadurch entgangenen Nutzungsmöglichkeit zu sehen sein. Der negative Vermögenssaldo muss jedoch in Form eines ausgebliebenen Vermögenszuwachses konkret bestimmbar sein (vgl. BGH, Urteil vom 9.3.1982, 1 StR 872/81, wistra 1982, 148; Beschluss vom 27.11.1991, 2 StR 312/91, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 37; insoweit überholt BGH, Beschluss vom 20.7.1988, 2 StR 348/88, NJW 1989, 918 [gegenüber dem – zahlungsunfähigen – Täter nicht erhobene Entgeltforderung für die Gebrauchsüberlassung]). Die Urteilsgründe enthalten hierzu keine Feststellungen; selbst die Dauer des vom Angeklagten ausgeübten Besitzes wird nicht mitgeteilt. Die Auflasungsvormerkung ist diesbezüglich ohne Bedeutung.

**10** Ansonsten wirkt die vorübergehende Entziehung des Besitzes für sich gesehen vermögensschädigend nur dann, wenn die betroffene Sache einen wirtschaftlichen Wert hat und entweder – teilweise – abgenutzt oder verbraucht werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 17.10.1961, 1 StR 382/61, BGHSt 16, 280, 281) oder wenn die konkrete Besitzübertragung im Geschäftsverkehr gewöhnlich an ein Entgelt geknüpft ist (etwa Hotelzimmer) und ein solches nicht erbracht wird (vgl. Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 233 f.; ferner Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 263 Rdnr. 158; SSWStGB/Satzger, 3. Aufl., § 263 Rdnr. 152; Leipziger Kommentar-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rdnr. 191). Beide Varianten sind hier nicht gegeben. Weder unterliegt ein bebautes Grundstück bei einer Besitzüberlassung von maximal neun Monaten bestimmungsgemäß der Abnutzung oder dem Verbrauch noch war nach den Feststellungen für die vorzeitige Übergabe eine geldwerte

Gegenleistung vereinbart; dies ist bei einem Grundstückskauf auch nicht üblich.

**11 cc)** Anders als die Strafkammer angenommen hat, kann der Betrugsschaden ebenso wenig in der Differenz zwischen dem zunächst mit dem Angeklagten vereinbarten und dem später von einem Dritten erzielten Kaufpreis gesehen werden, auch wenn sich darin der Wertverlust infolge der – offensichtlich unsachgemäß ausgeführten – Umbauarbeiten niederschlagen sollte.

**12** Eine durch die Baumaßnahmen verursachte Vermögensminderung an dem Grundstück stellt einen – zu dem vom Angeklagten erstrebten Vorteil nicht „stoffgleichen“ – Folgeschaden dar. Sie ist nicht das unmittelbare Ergebnis der Besitzüberlassung, sondern beruht auf gesonderten schädigenden Handlungen des Angeklagten. Ein solcher Folgeschaden kann lediglich im Rahmen der Strafzumessung „als verschuldete Auswirkung der Tat“ (§ 46 Abs. 2 StGB) von Bedeutung sein (vgl. BGH, Beschluss vom 20.7.1988, 2 StR 348/88, NJW 1989, 918).

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Everts**, MittBayNot 2019, 320 (in diesem Heft).

### 3. Unternehmereigenschaft einer GbR bei Beteiligung einer juristischen Person

OLG Brandenburg, Urteil vom 7.3.2018, 4 U 26/17

BGB §§ 13, 14

HGB § 128

#### LEITSÄTZE:

- 1. Ist neben natürlichen Personen auch eine juristische Person an einer GbR beteiligt, ist die Gesellschaft nach dem Urteil des BGH vom 30.3.2017 (VII ZR 269/15), unabhängig davon, ob sie lediglich zu privaten Zwecken und nicht gewerblich oder selbstständig beruflich tätig ist, nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB in der bis zum 13.6.2014 geltenden Fassung. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Es ist nicht gerechtfertigt, aus Gründen des Verbraucherschutzes den akzessorisch analog § 128 HGB haftenden Gesellschaftern, soweit es sich um natürliche Personen handelt, ein Widerrufsrecht einzuräumen oder sie von der Haftung des GbR-Gesellschafters analog § 128 HGB für Gesellschaftsschulden auszunehmen. Die akzessorische Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB ist keine Folge eines von der GbR geschlossenen Darlehensvertrages, sondern gesetzliche Folge des Beitritts der Gesellschafter zur Gesellschaft. (Leitsatz der Schriftleitung)**

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 4. Anspruch auf amtswegige Löschung einer Grunddienstbarkeit

BGH, Beschluss vom 13.9.2018, V ZB 2/18 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.12.2017, 20 W 161/17)

BGB §§ 894, 985, 1018 Alt. 1, §§ 1019, 1020 Satz 2, § 1021 Abs. 1, §§ 1022, 1023 Abs. 1, § 1026, 1018 GBO § 53 Abs. 1 Satz 2  
ZPO § 256 Abs. 1 und 2, § 322 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

- 1. In dem Lösungsverfahren gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist das Grundbuchamt an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch ein rechtskräftiges Urteil des Prozessgerichts gebunden. Voraussetzungen ist hierbei, dass sich die Rechtskraft des Urteils auf das Recht, dessen Löschung begehrt wird, erstreckt und gegenüber allen an dem Grundbuchverfahren Beteiligten wirkt. Nicht ausreichend ist es, wenn das Bestehen des Rechts in dem Zivilprozess lediglich eine präjudizielle Rechtsfrage darstellt.**
- 2. Eine Grunddienstbarkeit kann als Gesamtbelastung für mehrere Grundstücke begründet werden, wenn sich die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigerweise auf diese Grundstücke erstreckt und die Belastung dort die gleiche Benutzung sichert.**
- 3. Die – nicht näher eingegrenzte – Nutzung einer auf dem dienenden Grundstück vorhandenen baulichen Anlage kann jedenfalls dann zulässiger Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn sich die Anlage nur auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks erstreckt und dem Eigentümer an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks die volle Nutzung verbleibt (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208).**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist seit März 2015 im Grundbuch als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. Dieser liegt in der Innenstadt von F und besteht aus mehreren Grundstücken (u. a.: Flurstücke 274/4 und 274/5), auf denen sich ein von der Firma K als Kaufhaus genutzter Gebäudekomplex befindet. Das Hauptgebäude des Kaufhauses ist über einen im ersten Obergeschoss verlaufenden Verbindungsbau an den sog. Patronatsbau angeschlossen. Eigentümerin des Grundstücks (Flurstück 268/10), auf dem der Patronatsbau errichtet wurde, ist seit 2014 die Beteiligte zu 2. Unterhalb des Verbindungsbaus befindet sich im Erdgeschoss auf den Flurstücken 274/4 und 274/5 ein unterkellertes und weitgehend aus Glas bestehender Gebäudeteil, der als „Vitrine“ bezeichnet wird und der weder zum K-Haupthaus noch zum Patronatsbau eine direkte Verbindung hat. Derzeit wird dort durch die Mieter der Beteiligten zu 2 ein Café betrieben. In Abt. II Nr. 6 des eingangs bezeichneten Grundbuchblatts ist zulasten der Grundstücke 274/4

und 274/5 der Beteiligten zu 1 (dienende Grundstücke) und zugunsten des Grundstücks der Beteiligten zu 2 (herrschendes Grundstück) folgendes Recht eingetragen:

„Grunddienstbarkeit (Recht zur Nutzung des Kellers und der Vitrine) für jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flurstück 268/10; gemäß Bewilligung vom 12.3.1981; eingetragen am 25.3.1981“.

2 In der Eintragungsbewilligung heißt es unter anderem wie folgt:

„Der jeweilige Eigentümer des im Grundbuch von (...) eingetragenen Grundstücks (...) hat das Recht, unentgeltlich die auf den Grundstücken (...) befindliche Vitrine einschließlich darunter liegendem Keller wirtschaftlich für seine Zwecke zu nutzen.“

3 Die Beteiligte zu 1 hat die Beteiligte zu 2 zunächst im Zivilrechtsweg auf Grundbuchberichtigung durch Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit und Feststellung, dass das Besitzrecht der Beteiligten zu 2 an dem Verbindungsbau mit Wirkung zum 9.1.2015 erloschen sei, in Anspruch genommen. Das LG hat diese Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beteiligten zu 1 hatte keinen Erfolg. Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Berufungsentscheidung hat der Senat mit Beschluss vom 19.1.2017 (V ZR 141/16) zurückgewiesen.

4 Mit Schreiben vom 10.3.2017 hat die Beteiligte zu 1 bei dem Grundbuchamt mit der Begründung, die Eintragung der Grunddienstbarkeit sei inhaltlich unzulässig, die Amtslöschung angeregt. Dies hat das Grundbuchamt abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihr Lösungsbegehren weiter. Die Beteiligte zu 2 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

5 II. Das Beschwerdegericht meint, das Grundbuchamt habe die Voraussetzungen für eine amtswegige Löschung der Grunddienstbarkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu Recht abgelehnt. Hierfür könne dahinstehen, ob einer Amtslöschung bereits die Rechtskraft des die Klage der Beteiligten zu 1 abweisenden Zivilurteils entgegenstehe. Der Inhalt des eingetragenen Rechts sei durch den Eintragungsvermerk in Verbindung mit der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung hinreichend bestimmt und auf die Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen beschränkt. Die Nutzung sei zu wirtschaftlichen Zwecken bestimmt und der Rahmen durch die Funktionsbezeichnung „Vitrine“ und „Keller“ festgelegt. Wenngleich die Bezeichnung „Vitrine“ keine konkrete Art der Nutzung vorgebe, sei die Benutzung auf eine Verwendung der Räumlichkeiten im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung des Berechtigten auf die bestimmungsgemäße Nutzung von ebenerdig gelegenen Geschäftsräumen mit Glasfassade beschränkt. Eine Nutzung zu anderen Zwecken, etwa Wohn- oder privaten Zwecken, wäre ebenso unzulässig wie eine bauliche Veränderung der Räumlichkeiten. Unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts der Eintragungsbewilligung und der Örtlichkeit, wie sie sich für jeden Betrachter darstelle, sei zudem zweifelsfrei erkennbar, dass mit der Umschreibung „Vitrine“ nur der im Erdgeschoss auf dem Grundstück befindliche Glasbau gemeint sein könne. Die wirtschaftliche Nutzung eines Kellers liege in seiner Verwendung als Lagerraum. Dass es in F auch Keller gebe, die anderweitig, zum Beispiel kulturell oder gastronomisch genutzt würden, ändere hieran nichts.

6 Mit der Grunddienstbarkeit sei auch ein objektivierbarer Vorteil für das mit dem sog. Patronatsbau herrschende Grundstück gegeben. Für die Beteiligte zu 2 als Grundstückseigentümerin stelle es einen Vorteil dar, wenn sie im Rahmen einer eigenen Nutzung des Patronatsbaus oder aber bei dessen Vermietung oder Verpachtung auf die bestehende Grunddienstbarkeit auf dem Nachbargrundstück verweisen könne. So könne sich etwa für im Patronatsbau angesiedelte Verkaufsgeschäfte die Existenz des derzeit im Glasbau angesiedelten Cafés im Sinne einer gegenseitigen Ergänzung als vorteilhaft erweisen. Dass die Unentgeltlichkeit nicht zum dinglichen Inhalt der Grunddienstbarkeit gemacht werden könne, rechtfertige die von der Beschwerde geforderte Löschung der gesamten Grunddienstbarkeit nicht.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**7** III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die angefochtene Entscheidung hält im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand.

**8** 1. Einer Amtslöschung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO steht allerdings entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 nicht bereits die Rechtskraft des in dem Berufungsverfahren bestätigten Urteils des LG vom 7.10.2015 entgegen.

**9** a) Bei der Prüfung, ob eine Eintragung im Grundbuch wegen inhaltlicher Unzulässigkeit zu löschen ist, ist das Grundbuchamt an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch ein rechtskräftiges Urteil des Prozessgerichts gebunden (vgl. BayObLG, NJW-RR 1992, 893, 894; OLG Köln, Rpfleger 1989, 405; OLG Zweibrücken, OLGZ 1984, 385 f.; KEHE/Schrandt, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 53 Rdnr. 52; Bauer/v. Oefele/Kohler, GBO, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 117; Hügel/Holzer, GBO, 3. Aufl., § 52 Rdnr. 62; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 22 Rdnr. 37). Vorauszusetzen ist hierbei, dass sich die Rechtskraft des Urteils auf das Recht, dessen Löschung begehrt wird, erstreckt und gegenüber allen an dem Grundbuchverfahren Beteiligten wirkt (vgl. BayObLG, NJW-RR 1992, 893; OLG Jena, FGPrax 2001, 56). Nicht ausreichend ist es, wenn das Bestehen des Rechts in dem Zivilprozess lediglich eine präjudizielle Rechtsfrage darstellt, die nicht in Rechtskraft erwächst (siehe OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2009, 253).

**10** b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Löschung der Grunddienstbarkeit nicht aufgrund der rechtskräftigen Abweisung der von der Beteiligten zu 1 gegen die Beteiligte zu 2 erhobenen Grundbuchberichtigungsklage (§ 894 BGB) ausgeschlossen. Wie der Senat jüngst entschieden hat, wird mit einem Urteil über eine solche Klage die dingliche Rechtslage ebenso wenig festgestellt wie mit einem Urteil über einen auf § 985 BGB gestützten Anspruch auf Herausgabe eines Grundstücks. Dies beruht entscheidend auf den objektiven Grenzen der Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO. Hiernach erwächst in Rechtskraft grundsätzlich nur der von dem Gericht aus dem vorgetragenen Sachverhalt gezogene Schluss auf das Bestehen und Nichtbestehen der beanspruchten Rechtsfolge, nicht aber die Feststellung der zugrunde liegenden präjudiziellen Rechtsverhältnisse oder sonstigen Vorfragen. Die Entscheidung über solche Vorfragen und präjudiziellen Rechtsverhältnisse erwächst in Rechtskraft nur, wenn sie durch eine den Leistungsantrag begleitenden Feststellungsantrag gemäß § 256 Abs. 1 ZPO, durch eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO oder durch eine nachträgliche, ggf. titelergänzende Feststellungsklage zum Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung gemacht werden (siehe zum Ganzen Senat, Urteil vom 9.2.2018, V ZR 299/14, ZNotP 2018, 186 Rdnr. 20 ff.).

**11** c) Eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über das Bestehen der Grunddienstbarkeit ist auch nicht dadurch getroffen worden, dass der von der Beteiligten zu 1 mit ihrer Grundbuchberichtigungsklage verbundene Antrag auf Feststellung, dass das Besitzrecht der Beteiligten zu 2 an dem Verbindungsbau mit Wirkung zum 9.1.2015 erloschen sei, ebenfalls

abgewiesen wurde. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Grunddienstbarkeit ist nämlich nur eine Vorfrage des zum Gegenstand des Feststellungsantrags gemachten Rechts zum Besitz. Ob dieser Antrag im Hinblick auf den Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage (vgl. dazu nur BGH, Versäumnisurteil vom 21.2.2017, XI ZR 467/15, NJW 2017, 1823 Rdnr. 14 ff.) überhaupt zulässig war und in einen Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens der Grunddienstbarkeit hätte umgedeutet werden können, bedarf keiner Entscheidung. Die Vorinstanzen haben nämlich eine solche Umdeutung nicht vorgenommen und folgerichtig nur über die von der Beteiligten zu 1 gestellten Anträge mit Rechtskraft entschieden.

**12** 2. Das Grundbuchamt und das Beschwerdegericht haben aber eine Amtslöschung der Grunddienstbarkeit im Ergebnis deshalb zu Recht abgelehnt, weil sich die Eintragung nicht nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist.

**13** a) Inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung, die ihrem – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbart, den es nicht geben kann, oder wenn sie etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann; ebenfalls als nach ihrem Inhalt unzulässig ist eine Eintragung anzusehen, die ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart. Dabei muss sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben (Senat, Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rdnr. 8 m. w. N.).

**14** b) An diesen Voraussetzungen fehlt es hier.

**15** aa) Das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot erfordert, dass der Umfang der Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich ist. Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, sodass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen oder zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 19). Haben die Parteien – wie hier – die Ausübung auf einen realen Grundstücksteil beschränkt (§ 1023 Abs. 1 BGB) und ist die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlicher Inhalt der Belastung, muss die Ausübungsstelle in der Eintragungsbewilligung eindeutig bezeichnet sein (vgl. Senat, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 15). Diese Bezeichnung muss für jedermann als nächstliegende Bedeutung ohne Weiteres erkennbar sein (vgl. Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 10).

**16** bb) Diesen Anforderungen genügt die hier zu beurteilende Eintragung in dem Grundbuch, die der Senat selbst auslegen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 10 m. w. N.). Bei der Auslegung ist vorrangig auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Allerdings dürfen auch außerhalb der Urkunden liegende Umstände mit herangezogen wer-

den, wenn sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 10 m. w. N.). Auf dieser Grundlage lässt sich die Beschreibung des Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeit in Übereinstimmung mit den tatsächlichen baulichen und örtlichen Gegebenheiten eindeutig zuordnen. Für jeden objektiven Betrachter der Örtlichkeit, der im Übrigen allein den Grundbucheintrag kennt, ist zweifelsfrei erkennbar, dass mit „Vitrine“ nur der gläserne Teil des Verbindungsbaus im Erdgeschoss gemeint sein kann, der sich an der im Bestandsverzeichnis näher aufgeführten Lage der beiden belasteten Grundstücke befindet. Demgegenüber ist die in dem ersten Obergeschoss befindliche Brücke nicht erfasst. Auch bezüglich des Kellers, der sich nach der Eintragungsbewilligung unter der „Vitrine“ befindet, bestehen hinsichtlich der Bestimmtheit des Ausübungsbereichs keine Bedenken.

**17 cc)** Der Wirksamkeit der Eintragung steht nicht entgegen, wovon auch das Beschwerdegericht unausgesprochen ausgeht, dass sich die Grunddienstbarkeit nicht nur auf ein, sondern auf zwei im Grundbuch selbstständig gebuchte Grundstücke (Flurstücke 274/4 und 274/5) bezieht. Nach ganz überwiegender und zutreffender Auffassung kann nämlich eine Grunddienstbarkeit auch als Gesamtbelastung für mehrere Grundstücke begründet werden, wenn sich – wie hier bei einer einheitlichen baulichen Anlage – die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigerweise auf diese Grundstücke erstreckt und die Belastung dort die gleiche Benutzung sichert (vgl. BayObLG, MittBayNot 1990, 41, 42 mit zust. Anm. von *Ertl*; Staudinger/*Weber*, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 61; MünchKomm-BGB/*Mohr*, 7. Aufl., § 1018 Rdnr. 20; *Demharter*, GBO, § 48 Rdnr. 8; Palandt/*Herrler*, 77. Aufl., § 1018 Rdnr. 2; NK/*Otto*, BGB, 4. Aufl. 2017, § 1018 Rdnr. 32; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1120; a. A. *Lemke/Böttcher*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 48 GBO Rdnr. 21 ff.; *KEHE/Keller*, Grundbuchrecht, § 48 Rdnr. 6). Durch die Zulassung einer solchen Gesamtbelastung wird vermieden, dass ein Recht, das einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck dient, grundbuchrechtlich aufgespalten wird. Dass eine solche Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke möglich ist, ergibt sich jedenfalls mittelbar aus § 1026 BGB, der zumindest eine nachträgliche Gesamtbelastung im Fall der Teilung des dienenden Grundstücks voraussetzt (vgl. Staudinger/*Weber*, § 1018 Rdnr. 61; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 20).

**18 dd)** Die Grunddienstbarkeit weist auch einen mit § 1018 Alt. 1 BGB zu vereinbarenden Inhalt auf. Die von dem Beschwerdegericht hierfür gegebene Begründung ist allerdings nicht tragfähig.

**19 (1)** Gemäß § 1018 Alt. 1 BGB kann ein Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit in der Weise belastet werden, dass der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstückes es in einzelnen Beziehungen benutzen darf (sog. Benutzungsdienstbarkeit). Eine derartige Nutzung steht als eine bestimmte, näher definierte Nutzungsart im Gegensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht. Ein nicht auf bestimmte Nutzungen beschränktes Nutzungsrecht kann Inhalt eines Nießbrauchs (§ 1030 Abs. 1 BGB), nicht jedoch Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach

§ 1018 Alt. 1 BGB sein. Dies gilt auch dann, wenn seine Ausübung auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks begrenzt ist (vgl. Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 14 m. w. N.).

**20 (2)** Die von dem Beschwerdegericht vorgenommene Auslegung, eine Beschränkung der Nutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“ ergebe sich hier durch die Funktionsbezeichnungen „Vitrine“ und „Keller“, der Berechtigte der Dienstbarkeit sei – bezogen auf die „Vitrine“ – auf die bestimmungsgemäße Nutzung von ebenerdig gelegenen Geschäftsräumen mit Glasfassade beschränkt, während eine Nutzung zu Wohn- und Privatzwecken unzulässig sei, ist rechtsfehlerhaft. Entsprechendes gilt für die von dem Beschwerdegericht angenommene Beschränkung der Nutzung des Kellers als Lagerraum. Für einen unbefangenen Betrachter ergeben sich solche Nutzungsbeschränkungen als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen nicht. Nach dem Wortlaut soll der Berechtigte das Recht zur Nutzung „der“ Vitrine und „des“ Kellers haben. Eine Einschränkung in dem Sinne, dass die Räumlichkeiten nur „als“ Vitrine, d. h. als Geschäftsraum mit Glasfassade bzw. „als“ Keller genutzt werden dürfen, lässt sich dem Grundbuch nicht entnehmen, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht einwendet. Vielmehr kann ein unbefangener Betrachter davon ausgehen, dass die Grunddienstbarkeit in dem Verhältnis zu dem Eigentümer des dienenden Grundstücks das Recht begründet, die näher beschriebenen Räumlichkeiten in jeder Hinsicht zu nutzen. Hieran ändert es nichts, dass im Hinblick auf die Lage und die Gestaltung der Räumlichkeiten einzelne Nutzungen wirtschaftlich sinnvoller sind als andere und bei einer Nutzung die öffentlichrechtlichen Vorschriften einzuhalten sind.

**21 (3)** Dieser Rechtsfehler des Beschwerdegerichts verhilft der Rechtsbeschwerde jedoch nicht zum Erfolg. Die – nicht näher eingegrenzte – Nutzung einer auf dem dienenden Grundstück vorhandenen baulichen Anlage kann jedenfalls dann zulässiger Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn sich die Anlage nur auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks erstreckt und dem Eigentümer an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks die volle Nutzung verbleibt. Hiervon ist vorliegend auszugehen.

**22 (a)** Im Grundsatz steht außer Streit, dass Inhalt einer Grunddienstbarkeit auch das Halten und Benutzen baulicher und technischer Anlagen sein kann (vgl. MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 31; Staudinger/*Weber*, § 1018 Rdnr. 103; BeckOGK-BGB/*Alexander*, Stand: 1.1.2018, § 1018 Rdnr. 353, 365; NK/*Otto*, BGB, § 1018 Rdnr. 79, jeweils m. w. N.). So ist es in der Rechtsprechung beispielsweise als zulässig angesehen worden, dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht einzuräumen, den auf dem dienenden Grundstück befindlichen Keller eines Gebäudes zu nutzen (vgl. zur sog. Kellerdienstbarkeit BayObLG, NJW-RR 2005, 604). Möglich soll auch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt sein, eine Scheune (vgl. LG Regensburg, NJW-RR 1987, 791, 792) oder sonstige bauliche Anlagen auf dem dienenden Grundstück zu nutzen, wie etwa eine Netzanlage (vgl. KG, NJW 1973, 1128) oder eine Gleisanlage (vgl. Senat, Urteil vom 21.11.1975, V ZR 237/75, WM 1976, 274). Mittelbar ergibt

sich die Unbedenklichkeit derartiger Grunddienstbarkeiten aus § 1020 Satz 2, § 1021 Abs. 1 und § 1022 BGB und den hierin getroffenen Regelungen zu der Unterhaltungspflicht von auf dem belasteten Grundstück befindlichen (baulichen) Anlagen.

**23 (b)** Nicht zulässig soll es demgegenüber nach verbreiteter Meinung sein, wenn dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks ohne weitere Einschränkung das Recht eingeräumt wird, bestimmte Räume oder Teile eines auf dem dienenden Grundstück vorhandenen Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers zu nutzen (vgl. OLG München, MittBayNot 2010, 388, 389; mit Anm. *Demharter*; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 30; Palandt/*Herrler*, § 1018 Rdnr. 15; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1130; so wohl auch BeckOK-BGB/*Wegmann*, Stand: 1.5.2018, § 1018 Rdnr. 49; NK/*Otto*, BGB, § 1018 Rdnr. 67 mit Fn. 311). Anders als bei Terrassen, Kellern oder Scheunen erlaube es der Bezug auf der Lage nach bestimmte und beschriebene „Zimmer“ bzw. einen „Gebäudeteil“ zwar, den Ausübungsbereich festzulegen, nicht aber auch den Umfang des Benutzungsrechts eindeutig zu bestimmen. Es seien insoweit verschiedene Nutzungsformen denkbar wie zum Beispiel als Wohnraum, Büro eines Freiberuflers, Gewerbefläche, Abstellraum, Hobbyraum oder – beim Gebäudeteil – auch als Stall/Scheune. Sei der Rechtsinhaber aber zu jeder nur denkbaren Nutzungsform an den Räumlichkeiten berechtigt, fehle es an der für eine Grunddienstbarkeit erforderlichen Benutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“ im Sinne des § 1018 BGB (vgl. OLG München, MittBayNot 2010, 388, 389).

**24 (c)** Letzteres überzeugt nicht. Bezugspunkt der von dem Gesetz verlangten Einräumung von Nutzungen „in einzelne Beziehungen“ ist das belastete Grundstück, nicht jedoch ein sich hierauf befindliches Gebäude. Es widerspricht deshalb nur scheinbar § 1018 BGB, wenn dem Berechtigten jede „denkbare Nutzungsform an den Räumlichkeiten“ eingeräumt wird; die Beschränkung der Nutzung des Grundstücks liegt gerade in der Bezugnahme auf eine bestimmte bauliche Anlage. Die Nutzung eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils – beispielsweise eines Raums – ist deshalb schon als solche eine Nutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“, weil das Gebäude und die Lage des Raums die Art der Nutzung langfristig bestimmen (so auch *Kanzleiter*, DNotZ 2010, 845, 851). Es macht deshalb einen entscheidenden Unterschied, ob dem Berechtigten die uneingeschränkte Nutzung an einer Teilfläche eines Grundstücks eingeräumt werden soll – dies ist unzulässig (Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 14) – oder ob der Berechtigte (nur) eine auf dem Grundstück befindliche bauliche Anlage nutzen darf. Ob diese Benutzung sämtliche Nutzungsarten erfassen oder auf eine bestimmte Nutzungsart beschränkt sein soll, bleibt der Vereinbarung der Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks überlassen. So ist es ohne Weiteres möglich, die eingeräumte Nutzung an einem Raum auf die Nutzung als Abstellraum zu beschränken. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1018 BGB ist eine solche weitere Beschränkung jedoch nicht. Hiervon unberührt bleibt die in § 1020 Satz 2 BGB geregelte Pflicht des Berechtigten, die von ihm zur Ausübung der Dienstbarkeit gehaltene Anlage in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigen-

tümers es erfordert (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, NJW 2005, 894, 897).

**25 (d)** Hiernach stellt die dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingeräumte Nutzungsmöglichkeit der Vitrine und des Kellers eine hinreichende Beschränkung der Nutzung des dienenden Grundstücks in einzelnen Beziehungen im Sinne des § 1018 Alt. 1 BGB dar.

**26 (e)** Die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit weiter voraussetzt, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Grundstücks möglich bleibt (vgl. zu dem Streitstand *Staudinger/Weber*, § 1018 Rdnr. 94 ff.; *Herrler*, RNotZ 2016, 368, 370 ff.; *Lemke* in FS Wenzel, 2005, S. 401 ff.), bedarf hier keiner Entscheidung. Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine hinreichend beschränkte Grunddienstbarkeit jedenfalls dann inhaltlich zulässig, wenn sie sich nur auf eine Teilfläche des belasteten Grundstücks erstreckt und dem Eigentümer zwar nicht an dieser Teilfläche, jedoch an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks die volle Nutzung verbleibt (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.1991, V ZR 196/90, NJW 1992, 1101; Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 21). Hiervon ist vorliegend auszugehen. Unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Unzulässigkeit (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) kann eine Eintragung nur dann gelöscht werden, wenn deren inhaltliche Unzulässigkeit feststeht (vgl. BayObLGZ 1989, 442; BayObLGZ 1987, 359, 363). Dabei muss sich die Unzulässigkeit – wie dargelegt (siehe oben III. 2. a) – aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben. Dies ist hier nicht der Fall. Weder aus der Eintragung noch aus der Eintragungsbewilligung ergibt sich, dass die Vitrine nebst dem sich darunter befindlichen Keller die gesamte Fläche der mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücke – diese sind wegen der Gesamtbelastung als Einheit zu werten – einnehmen. Der Senat weist deshalb lediglich ergänzend darauf hin, dass die von dem Beschwerdegericht in Bezug genommene Skizze der Örtlichkeit das Gegenteil belegt. Hiernach bleibt nämlich ein Teilbereich des Flurstücks 274/5 frei. Unabhängig davon erstreckt sich die Grunddienstbarkeit entsprechend der insoweit nicht zu beanstandenden Auslegung des Beschwerdegerichts nicht auf die über der Vitrine befindliche Brücke, die den Patronatsbau mit dem K-Gebäude verbindet und die von dem Eigentümer der dienenden Grundstücke uneingeschränkt genutzt werden kann.

**27 (f)** Unbegründet ist schließlich der Einwand der Rechtsbeschwerde, die Grunddienstbarkeit sei deshalb inhaltlich unzulässig, weil es an den Voraussetzungen des § 1019 BGB fehle. Nach dieser Vorschrift ist als Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur eine Belastung zulässig, die für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bietet. Voraussetzung dafür ist ein – wenn auch nur mittelbarer – wirtschaftlicher Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks nach dessen Lage, Beschaffenheit und Zweckbestimmung (Senat, Urteil vom 24.9.1982, V ZR 96/81, NJW 1983, 115, 116). Ein mittelbarer Vorteil wie die Förderung des Gewerbebetriebs auf dem herrschenden Grundstück genügt (vgl. OLG Nürnberg,

MDR 2013, 513, 514; Palandt/*Herrler*, § 1019 Rdnr. 2). So liegt der Fall hier, weil die Gewerbefläche des herrschenden Grundstücks durch die Grunddienstbarkeit vergrößert wird und die eingeräumte Nutzungsmöglichkeit insbesondere an der Vitrine geeignet ist, die Attraktivität des Geschäftsbetriebs im Gebäude auf dem herrschenden Grundstück, der aus Verkaufsgeschäften besteht, zu steigern.

**28 IV. 1.** Die Sache ist nach dem Vorstehenden gemäß § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG entscheidungsreif. Die Rechtsbeschwerde ist als unbegründet zurückzuweisen.

**29 2.** Die Zurückweisung erfolgt allerdings mit der Maßgabe, dass das Grundbuchamt von Amts wegen bei der Eintragung der Grunddienstbarkeit einen klarstellenden Vermerk über den zulässigen Umfang der Bezugnahme einzutragen hat.

**30 a)** Wie die Rechtsbeschwerde zu Recht geltend macht und im Ausgangspunkt auch von dem Beschwerdegericht nicht verkannt wird, gehört die „Unentgeltlichkeit“ des Nutzungsrechts nicht zu dem Inhalt der Grunddienstbarkeit und kann dementsprechend auch nicht als Rechtsinhalt im Grundbuch eingetragen werden (vgl. BayObLG, NJW-RR 1993, 283; OLG Hamm, MittBayNot 1997, 230; siehe auch Senat, Urteil vom 10.5.1968, V ZR 221/64, BB 1968, 767 zu einem dinglichen Wohnungsrecht und Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 9 zu einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit). Hiervon unberührt bleiben schuldrechtliche Vereinbarungen (vgl. MünchKomm-BGB/*Mohr*, BGB, § 1018 Rdnr. 7).

**31 b)** Enthält – wie hier – eine im Grundbuch in Bezug genommene Eintragungsbewilligung nicht eintragungsfähige Vereinbarungen, müssen diese Teile durch die Eintragung eines Vermerks von der Bezugnahme ausgenommen werden (Senat, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rdnr. 29). Dass die Beteiligte zu 1 die Löschung der gesamten Grunddienstbarkeit anstrebt, steht der Eintragung eines solchen Vermerks entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht entgegen, weil eine solche Eintragung als Minus von ihrem Rechtsschutzbegehren mit umfasst wird.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Rainer Kanzleiter**, Ulm

##### 1. Einführung

Der „Konfliktstoff“ zwischen dem Berechtigten einer „ewigen“ Nutzungsdienstbarkeit und dem Grundstückseigentümer ist regelmäßig offensichtlich und im konkreten Fall besonders deutlich: Beide Beteiligte sind jeweils Eigentümer eines geschäftlich genutzten Gebäudes im Zentrum einer Stadt. Zwischen den beiden Gebäuden erstreckt sich im ersten Obergeschoss ein Verbindungsbau, Grundstückseigentümer ist einer der Beteiligten. Unterhalb dieses Verbindungsbaus liegt im Erdgeschoss ein Glasbau (mit Keller), über den der andere Beteiligte als Berechtigter einer Grunddienstbarkeit gebietet. Für ihn ist die Grunddienstbarkeit von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks – nehmen wir an, er möchte es neu bebauen – ist an Veränderungen weitgehend gehindert.

Der Gesetzgeber des BGB war sich dieser Problematik bewusst, als er „die Bestimmung des Servituteninhaltes (...) innerhalb weit gezogener Grenzen verbunden mit der unbegrenzten Dauer der Servitutenbelastung“ den Beteiligten überließ.<sup>1</sup>

##### 2. Nutzung nur in einzelnen Beziehungen

Maßgebliche gesetzliche Einschränkung für den Inhalt der Nutzungsdienstbarkeit in §§ 1018, 1090 BGB ist, dass der Berechtigte das Grundstück – nur – „in einzelnen Beziehungen benutzen“ darf. Die Vorschriften setzen also eine *inhaltliche* Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit voraus. Notwendig ist diese Einschränkung auch dann, wenn der Berechtigte nur eine Teilfläche benutzen darf<sup>2</sup> und zulässig ist die Dienstbarkeit mit dieser Einschränkung andererseits auch dann, wenn die Nutzung der Teilfläche durch den Berechtigten den Eigentümer von der Mitbenutzung praktisch ausschließt.<sup>3</sup>

An der inhaltlichen Einschränkung des Nutzungsrechts fehlte es in dem Fall, über den der BGH im Beschluss vom 6.11.2014<sup>4</sup> zu entscheiden hatte: Der Dienstbarkeitsberechtigte durfte zwar nur eine Teilfläche, diese aber ohne Einschränkung nutzen (der Hinweis auf die öffentlichrechtlichen Schranken bedeutet keine zivilrechtliche Einschränkung zwischen Eigentümer und Berechtigtem). Aufgrund der Besonderheit des Falles – das Grundbuchamt hatte in einschränkender Interpretation der Bewilligung eine Berechtigung zu vier „Nutzungsarten“ eingetragen – sahen sowohl der BGH als auch *Joost* in seiner Anmerkung Möglichkeiten zur „Rettung“ der eingetragenen Dienstbarkeit.<sup>5</sup>

##### 3. Nutzungsmöglichkeit durch Auslegung der tatsächlichen Verhältnisse

Demgegenüber war im jetzt entschiedenen Fall die Nutzung auf den Teil eines Gebäudes, die Vitrine und den Keller, beschränkt (siehe Rdnr. 24 der Begründung) und das bedeutet, dass die Dienstbarkeit inhaltlich auf die Nutzungen beschränkt ist, die Vitrine und Keller typischerweise ermöglichen. Dass der BGH die vom Gesetz verlangte inhaltliche Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit durch

- 1 Mot. III, S. 480 unter 6.; die dauernde Trennung von Eigentum und Nutzung kann auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zu Nachteilen führen.
- 2 BGH, Urteil vom 6.11.2014, V ZB 131/13, MittBayNot 2015, 398 mit Anm. *Joost* = DNotZ 2015, 113; so auch schon BayObLG, Beschluss vom 13.3.1986, BReg. 2 Z 7/86, DNotZ 1986, 622 = BayObLGZ 1986, 54; die Literatur war früher geteilt, überzeugend aber schon zum Beispiel *Schöner*, DNotZ 1982, 416; nun *Herrler*, RNotZ 2016, 368, 370 und ders. in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 1018 Rdnr. 15; Staudinger/*Weber*, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 102.
- 3 BGH, Urteil vom 25.10.1991, V ZR 196/90, DNotZ 1993, 55 = NJW 1992, 1101 = MDR 1992, 582 = Rpfleger 1992, 338 mit Anm. *Schoch*; *Herrler*, RNotZ 2016, 368, 371; Palandt/*Herrler*, § 1018, Rdnr. 15; Staudinger/*Weber*, § 1018 Rdnr. 102.
- 4 V ZB 131/13, MittBayNot 2015, 398 mit Anm. *Joost* = DNotZ 2015, 113.
- 5 V ZB 131/13, MittBayNot 2015, 398 mit Anm. *Joost* = DNotZ 2015, 113.

Auslegung aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse feststellt, wird den Interessen der Beteiligten gerecht. Diese Auslegung erlaubt es auch, bei künftigen Änderungen der Verhältnisse die Interessen von Dienstbarkeitsberechtigtem und Grundstückseigentümer angemessen zu berücksichtigen.

#### 4. Fazit

Alle Ergebnisse überzeugen.

Offen lässt der BGH in Leitsatz 3 die Frage, ob eine Dienstbarkeit an einer Anlage auf dem Grundstück auch dann zulässig ist, wenn sie das ganze Grundstück in Anspruch nimmt.

Für die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit zur Nutzung einer Anlage, die das belastete Grundstück voll in Anspruch nimmt, spricht zunächst der Wortlaut von § 1018 und § 1090 Abs. 1 BGB: Dass dem Grundstückseigentümer restliche Nutzungen verbleiben, ist nur der regelmäßige tatsächliche Reflex. Macht man mit dem Gesichtspunkt ernst, dass sich die Rechte des Grundstückseigentümers nach § 905 BGB immer auch „auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche“ erstrecken, wird es an einer dem Eigentümer verbleibenden Nutzungsmöglichkeit niemals fehlen und bei der Dienstbarkeit zur Nutzung der gesamten Grundstücksfläche als Stellplatz werden die Rechte des Eigentümers zur Überbauung in oberen Stockwerken und Unterbauung oft durchaus reale Nutzungsmöglichkeiten bleiben.

Für die vertikale Aufteilung von Nutzungsmöglichkeiten ist der konkrete Fall ein Beispiel (die umgekehrte rechtliche Lösung mit Sicherung des Verbindungsbaus durch Grunddienstbarkeit zugunsten des Nachbargrundstücks wäre ebenso möglich gewesen).

Ist die Nutzungsdienstbarkeit erst einmal eingetragen und ausgeübt, ist der Vertrauensschutz des Berechtigten ein starkes (regelmäßig das ausschlaggebende) Argument: Man stelle sich bei einer umgekehrten Entscheidung des BGH das Knallen der Sektkorken beim Grundstückseigentümer und das Jammern des „Vitrinen- und Kellernutzers“ vor!

Andererseits können die möglichen Konflikte zwischen Grundstückseigentümer und Berechtigtem einer Nutzungsdienstbarkeit – besonders wenn sie zeitlich nicht begrenzt ist – nicht übersehen werden. Deshalb kann sich die Ablehnung einer Nutzungsdienstbarkeit durch Grundbuchamt und Gerichte als Appell an die Beteiligten erweisen, eine andere, bessere Lösung zu suchen. Das ist von vorneherein der Blickwinkel des Notars. Welche alternativen Vereinbarungen können in Frage kommen? Welche ergänzenden schuldrechtlichen Vereinbarungen sind zweckmäßig?<sup>6</sup> Bei der Bestellung von Nutzungsdienstbarkeiten ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten (vor allem, wenn sie ohne zeitliche Beschränkung oder jedenfalls für lange Zeit eingeräumt werden): Denn die Dienstbarkeit kann möglicherweise in der Zukunft eine optimale Nutzung des belasteten Grundstücks verhindern.

<sup>6</sup> Siehe etwa BGH, Urteil vom 4.10.1979, V ZR 179/78, NJW 1980, 179 zur Dienstbarkeit zum Betrieb einer Gaststätte bei Abtrennen des Gebäudes.

## 5. Löschung des Erbbaurechts bei Abschluss der Entschädigungsforderung

KG, Beschluss vom 4.12.2018, 1 W 369-370/18, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 891, 874, 894

Erbbaurecht §§ 1, 2, 10, 14, 27, 28, 32

GBO §§ 13, 19, 22

### LEITSATZ:

**Ein durch Zeitablauf erloschenes Erbbaurecht ist ohne gleichzeitige Eintragung einer Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten einzutragen, wenn der Abschluss einer solchen Forderung zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden ist. Dies erfordert eine Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten sowie die Eintragung im (Erbbaurechts-)Grundbuch. Ausreichend ist die Bezugnahme im Bestandsverzeichnis auf die Eintragungsbewilligung.**

### SACHVERHALT:

1 I. Am 28.1.1958 beurkundete die Notarin A (...) in B (...) ein an die F W W (...) Co. GmbH gerichtetes Angebot der damals im Grundbuch von Neukölln Blätter 1 (...) und 1 (...) in Erbengemeinschaft eingetragenen Eigentümer auf Abschluss eines in 14 Paragraphen aufgeteilten „Erbbaurechts“ (...). Unter anderem heißt es in der Urkunde:

„§ 8

das Erbbaurecht endet am 30.6.2018 (...). Die Grundstückseigentümer haben der Erbbauberechtigten keine Heimfallentschädigung zu zahlen. (...)

§ 13

Die Grundstückseigentümer bewilligen und beantragen, das Erbbaurecht zu den vorstehenden Bedingungen im Grundbuch einzutragen.

§ 14

An dieses Angebot halten sich die Grundstückseigentümer bis zum 31.3.1959 gebunden.

Zur Einhaltung der Frist genügt es, dass die Erbbauberechtigten die Annahmeerklärung bei einem Notar abgegeben hat.“

2 Am 5.3.1959 erklärte der Geschäftsführer der F W W (...) Co. GmbH zur UR-Nr. (...) der Notarin v S (...) in B (...) die Annahme des Angebots. Das Grundbuchamt trug das Erbbaurecht am 22.7.1959 jeweils in Abt. II lfd. Nr. 1 der Grundstücksgrundbücher unter Bezugnahme auf das zugleich angelegte Erbbaurechtsgrundbuch Blatt 2 (...) ein. Im Bestandsverzeichnis des Erbbaurechtsvermerkte das Grundbuchamt den Endtermin des Erbbaurechts – „30.6.2018“ – und nahm darüber hinaus Bezug auf die Bewilligung vom 28.1.1958.

3 Am 24.10.2016 wurde die Beteiligte als Erbbauberechtigten in Abt. I lfd. Nr. 3 des inzwischen auf Blatt 1 (...) umgeschriebenen Erbbaurechtsgrundbuchs eingetragen. Die eingetragene Eigentümerin wurde am 23.8.2017 als Alleineigentümerin in den Grundstücksgrundbüchern gebucht.

4 Mit Schreiben vom 27.8.2018 beantragte die eingetragene Eigentümerin die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des jeweils in Abt. II eingetragenen Erbbaurechts.

5 Am 8.10.2018 hat der Notar Dr. K (...) F H (...) seine UR-Nr. 1 (...) vom 12.9.2018 bei dem Grundbuchamt eingereicht, die den Antrag der Beteiligten auf „Eintragung einer Reallast als ‚Entschädigungsforderung‘“ an Stelle des in den Grundstücksgrundbüchern eingetragenen Erbbaurechts enthält.

6 Das Grundbuchamt hat am 22.10.2018 das jeweils in Abt. II lfd. Nr. 1 der Grundstücksgrundbücher gebuchte Erbbaurecht gelöscht und das Erbbaurechtsgrundbuchblatt 1 (...) geschlossen. Mit Beschluss vom selben Tag hat es den Antrag der Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren Beschwerde vom 5.11.2018, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 13.11.2018 nicht abgeholfen hat.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Insbesondere ist die Beteiligte berechtigt, das Rechtsmittel im eigenen Namen zu erheben. Im Antragsverfahren deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit dem Antragsrecht (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 63). Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO. Im Fall der Grundbuchberichtigung ist derjenige unmittelbar betroffen, der einen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB haben kann. Ein solcher Anspruch zugunsten der Beteiligten ist nicht ohne Weiteres ausgeschlossen, was für die Zulässigkeit der Beschwerde ausreicht.

8 2. In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

9 Mit Recht hat das Grundbuchamt den auf Eintragung eines Entschädigungsanspruchs nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG gerichteten Antrag der Beteiligten zurückgewiesen, weil es an der hierfür erforderlichen Bewilligung durch die eingetragene Eigentümerin fehlt, §§ 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 19 GBO. Den für eine Berichtigung des Grundbuchs ohne Bewilligung erforderlichen Nachweis seiner Unrichtigkeit, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO, hat die Beteiligte nicht erbracht.

10 a) Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten, § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG. Die Entschädigungsforderungen haften auf dem Grundstück an Stelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang, § 28 ErbbauRG. Insofern tritt kraft Gesetzes eine dingliche Surrogation ein (*v. Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., Rdnr. 236), mit der Folge, dass das aufgrund Zeitablaufs erloschene Erbbaurecht im Grundbuch nur gelöscht werden darf, wenn zugleich die Entschädigungsforderung eingetragen wird (BGHZ 197, 140, 145; OLG München, NJOZ 2018, 1782, 1783; *Staudinger/Rapp*, Neub. 2017, § 27 ErbbauRG, Rdnr. 2a; *Bauer/Schaub/Maaß*, GBO, 4. Aufl., AT F, Rdnr. 190).

11 b) Anders ist es hingegen, wenn ein Entschädigungsanspruch gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG ausgeschlossen worden ist. Voraussetzung ist eine entsprechende Vereinbarung des Ausschlusses als Inhalt des Erbbaurechts und seine Eintragung im Erbbaugrundbuch. Eine solche Vereinbarung ist im Rahmen des Erbbaurechtsvertrags vom 28.1.1958/5.3.1959 zu § 8 der Urkundenrollennummer (...) getroffen worden.

12 aa) Dagegen kann nicht eingewendet werden, § 8 Satz 2 regelt den Ausschluss von Vergütungsansprüchen des Erbbauberechtigten für den Fall, dass der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallanspruch Gebrauch macht, vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG.

13 Allerdings wird der Begriff „Heimfall“ im Gesetz selbst definiert. Danach handelt es sich um die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, § 2 Nr. 4 ErbbauRG. Das war im Zeitpunkt der Begründung des verfahrensgegenständlichen Erbbaurechts nicht anders, vgl. § 2 Nr. 4 ErbbauVO (*Ingenstau/Schnitzler*, Erbbaurecht, 1. Aufl., § 2, Anmerkung 5. A. II.).

14 In diesem Sinne ist der Begriff in § 8 S. 2 der UR-Nr. (...) hingegen nicht verwendet worden, was sich auch mit den im Grundbuchverfahren nur eingeschränkten Mitteln der Auslegung (vgl. BGH, *MittBayNot* 1995, 122, 123; Senat, Beschluss vom 6.4.2017, 1 W 169/17, *FGPrax* 2017, 149, 150) aus dem Zusammenhang der Urkunde zweifelsfrei ergibt.

15 Der Heimfall erfordert eine Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über die seinen Eintritt begründenden Voraussetzungen (*BeckOK-BGB/Maaß*, 2018, § 2 ErbbauRG Rdnr. 16). Eine solche Vereinbarung enthält der Erbbaurechtsvertrag hingegen nicht. An keiner Stelle findet sich eine Regelung, die den Grundstückseigentümer berechnigte, von dem Erbbauberechtigten die Übertragung des Erbbaurechts verlangen zu können.

16 Der Ausschluss der „Heimfallentschädigung“ steht vielmehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Laufzeit des Erbbaurechts bis zum 30.6.2018. Während § 8 Satz 1 – ausschließlich – die Laufzeit bestimmt, regelt Satz 2 den Ausschluss der „Heimfallentschädigung“. Das lässt allein den Schluss zu, dass hiermit eine Entschädigung des Erbbauberechtigten bei Laufzeitende ausgeschlossen werden sollte.

17 Tatsächlich verwendet auch das Gesetz in § 27 Abs. 1 ErbbauRG für diesen Fall den Begriff der „Entschädigung“, wohingegen dem Erbbauberechtigten beim Heimfall von Gesetzes wegen eine „Vergütung“ zu gewähren ist. Auch insoweit besteht kein Unterschied des geltenden Rechts zu demjenigen im Zeitpunkt der Begründung des Erbbaurechts, vgl. §§ 27 Abs. 1, 32 Abs. 1 ErbbauVO.

18 bb) Der Vereinbarung über den Ausschluss einer Vergütung des Erbbauberechtigten bei Laufzeitende des Erbbaurechts kommt dingliche Wirkung zu mit der Folge, dass auch die Beteiligte an sie gebunden ist (vgl. *BeckOK-BGB/Maaß*, § 2 ErbbauRG Rdnr. 1).

19 (1) Vereinbarungen über den Inhalt des Erbbaurechts binden auch die jeweiligen Rechtsnachfolger, wenn sie im (Erbbaurechts-)Grundbuch eingetragen sind. Auch der Ausschluss einer Vergütung kann als Inhalt des Erbbaurechts dort eingetragen werden, § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG. Das setzt keinen ausdrücklichen Vermerk im Bestandsverzeichnis voraus. Vielmehr kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG. Das ist vorliegend geschehen.

20 Das Grundbuchamt hat am 22.7.1959 im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs von Neukölln Blatt 1 (...) das auf den Grundstücken Blatt 1 (...) und 1 (...) lastende Erbbaurecht mit Hinweisen auf das Laufzeitende und die damaligen Grundstückseigentümer eingetragen und darüber hinaus auf



die Bewilligung vom 28.1.1958 verwiesen. Dort hatten die damaligen Grundstückseigentümer bewilligt und beantragt, „das Erbbaurecht zu den vorstehenden Bedingungen im Grundbuch einzutragen“. Dieser Bewilligung voranstehend ist in § 8 S. 2 der UR-Nr. (...) der Ausschluss einer Vergütung bei Laufzeitende des Erbbaurechts geregelt.

**21** (2) Der Beschwerde ist zuzugeben, dass es sich bei den der Bewilligung „vorstehenden Bedingungen“ nicht ausnahmslos um solche handelt, die durch Einigung und Eintragung im Erbbaugrundbuch mit Wirkung für die jeweiligen Rechtsnachfolger zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können.

**22** Darunter fallen die in § 2 ErbbauRG enumerativ aufgeführten Vereinbarungen sowie solche nach §§ 5, 27 Abs. 1 Satz 2, § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG (v. *Oefe/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 26). So können etwa Vereinbarungen über die Leistung eines Erbbauzinses nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden. Der Erbbauzins ist vielmehr eine Belastung des Erbbaurechts und muss, soll er dinglich wirken, durch die Bestellung einer Reallast auf dem Erbbaurecht gesichert werden (BGH, NJW 1982, 234). Deshalb konnten vorliegend die Regelungen in § 5 der UR-Nr. (...) nicht durch Bezugnahme in der Eintragungsbewilligung zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden.

**23** Das führt hingegen nicht dazu, dass die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung insgesamt unzulässig war mit der Folge, dass überhaupt keine der in dem Erbbaurechtsvertrag enthaltenen Regelungen zum Inhalt des Erbbaurechts werden konnten. Vielmehr werden nicht eintragungsfähige schuldrechtliche Vereinbarungen von der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung dann nicht erfasst (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 272). Der Senat hat dies bereits für den Fall entschieden, dass auch die Vereinbarung über den Erbbauzins zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden sollte (Senat, Beschluss vom 21.2.1984, 1 W 5129/83, DNotZ 1984, 384, 385).

**24** Nicht anders ist es vorliegend mit den von der Beteiligten auch beanstandeten Regelungen in §§ 6, 9, 10, 11 und 12 des Erbbaurechtsvertrages, während es sich bei den Regelungen in §§ 1 und 2 ohnehin um Bestimmungen zum gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bzw. seines Ranges, vgl. §§ 1 und 10 ErbbauRG, handelt. Insbesondere enthält § 1 des Erbbaurechtsvertrages entgegen der Beschwerde schon keine schuldrechtlichen Verpflichtungen der damaligen Grundstückseigentümer. Vielmehr werden allein die für die Ausübung des Erbbaurechts zur Verfügung gestellten Grundstücke näher bezeichnet. Soweit dort auf eine Verpflichtung der Grundstückseigentümer zur Abtretung von Straßenland an die Stadt Berlin verwiesen wird, diene auch dies offensichtlich nur der Klarstellung, dass sich das Erbbaurecht auf diese Flächen gerade nicht beziehen sollte.

**25** (3) Dem kann die Beschwerde nicht entgegenhalten, eine Erklärung, die sowohl Bestimmungen über das dingliche Recht als auch schuldrechtliche Vereinbarungen enthalte, dürfe durch Bezugnahme nicht zum Inhalt des Grundbuchs gemacht werden.

**26** Die von der Beschwerde hierfür in Anspruch genommene Rechtsprechung (BayObLG, NJW-RR 1993, 283, 284) ist vor-

liegend nicht einschlägig. Sowohl das BayObLG als auch der BGH (BGHZ 21, 34) hatten sich insoweit mit Fällen zu befassen, in denen es erst um die Eintragung entsprechender Rechte ging (vgl. auch BayObLGZ 1969, 97). Hiervon ist der vorliegende Fall zu unterscheiden, in dem das Recht unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bereits eingetragen worden war.

**27** Insofern gilt – auch für das Grundbuchamt (*Demharter*, GBO, Anhang zu § 13, Rdnr. 16) – § 891 BGB, wonach ein Recht ab seiner Eintragung mit dem eingetragenen Inhalt und seinem Rang als bestehend vermutet wird (Palandt/*Herrler*, 77. Aufl., § 891 Rdnr. 6). Grundlage der Vermutung ist damit die Eintragung einschließlich der in Bezug genommenen Urkunden. Hierzu zählt insbesondere auch die Eintragungsbewilligung, § 874 BGB, § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG, die vorliegend jedenfalls auch die Regelung in § 8 Satz 2 des Erbbaurechtsvertrages erfasste. Das genügt für die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB.

**28** (4) Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Einwand der Beschwerde, eine Einigung über den dinglichen Inhalt des Erbbaurechts habe nicht stattgefunden, bereits nach den voranstehenden Ausführungen im hiesigen Verfahren unbeachtlich ist. Das Vorbringen der Beschwerde rechtfertigt aber auch ansonsten keine hiervon abweichende Beurteilung.

**29** Es ist nicht erforderlich, dass die Parteien eines Erbbaurechtsvertrages eine der dortigen Regelungen ausdrücklich zum auch ihre Rechtsnachfolger bindenden – dinglichen – Inhalt des Erbbaurechts bestimmt haben. Die Einigung muss sich hierauf nicht gesondert beziehen, vielmehr ist es für diese Wirkung ausreichend, wenn die Parteien – wie hier – überhaupt Regelungen im Sinne der §§ 2 bis 8, 27, 32 ErbbauRG in dem Erbbaurechtsvertrag getroffen und diese zum Vollzug im Grundbuch vorgelegt haben (Staudinger/*Rapp*, § 2 ErbbauRG Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, 7. Aufl., § 2 ErbbauRG Rdnr. 4).

(...)

## 6. Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18

GBO §§ 15, 39, 40

### LEITSATZ:

**Die Eintragung einer von einem transmortal Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers ohne Namhaftmachung der Erben bewilligten Finanzierungsgrundschuld setzt nicht die Voreintragung der Erben voraus.**

## SACHVERHALT:

**1** I. Der am 20.8.2017 verstorbene, im Grundbuch als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragene (...) hatte der Beteiligten zu 1 am 28.1.2015 eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt, welche – ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus – auch die Vermögenssorge umfasste.

**2** Am 22.8.2018 schloss die Beteiligte zu 1 unter Verwendung der erteilten Vollmacht mit den Beteiligten zu 2 und 3 einen notariell beurkundeten Kaufvertrag mit Auflassungserklärung und bewilligte zu deren Gunsten eine Auflassungsvormerkung, nicht aber die Eintragung der Eigentumsänderung. Darüber hinaus bevollmächtigte die Beteiligte zu 1 die Beteiligten zu 2 und 3 zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises zulasten des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes Grundpfandrechte jeder Art – einschließlich Vollstreckungsunterwerfung – zu bestellen. Auf Grundlage dieser Vollmacht bestellten die Beteiligten zu 2 und 3 ebenfalls am 22.8.2018 zugunsten der Beteiligten zu 4 eine Grundschuld über einen Betrag von 450.000 € und bewilligten und beantragten deren Eintragung im Grundbuch im Rang nach der Auflassungsvormerkung, ohne die Erben namentlich bekannt zu geben. Der gemäß § 15 GBO vertretungsbefugte Notar hat diesen Antrag bei dem Grundbuchamt eingereicht.

**3** Mit Zwischenverfügung vom 6.9.2018 hat das Grundbuchamt beantragt, dass zur Eintragung der Grundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich sei, wofür ein formloser Antrag der Erben auf Grundbuchberichtigung und ein entsprechender Erbnachweis benötigt werde. Zur Beseitigung der aufgezeigten Hindernisse wurde eine Frist bis zum 2.11.2018 gesetzt. Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ausgeführt, der von dem vertretungsbefugten Notar herangezogenen Rechtsprechung der OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17) und Köln (Beschluss vom 16.3.2018, I-2 Wx 123/18), wonach bei Veräußerung eines Grundstücks durch einen transmortal Bevollmächtigten die Voreintragung der Erben für die Eintragung einer Finanzierungsbelastung in entsprechender Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich sei, könne nicht gefolgt werden. Der transmortal Bevollmächtigte sei dem Nachlasspfleger, für dessen Bewilligung die Anwendung des § 40 GBO ausdrücklich geregelt ist, nicht gleichzustellen, da dieser als gesetzlicher Vertreter bei Bestehen eines Fürsorgebedürfnisses handle. Unbeachtlich sei, dass es um eine Finanzierungsgrundschuld gehe, die im Interesse des Erwerbers bestellt werde. Ein alsbaldiges Wiederausscheiden des Erben aus dem Grundbuch, das bei Übertragung des Rechts Grund für den Verzicht auf die Voreintragung des Erben nach § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO sei, sei bei der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld keineswegs sichergestellt. Der Voreintragungsgrundsatz diene dem Zweck, den Rechtsstand des Grundbuchs nicht bloß im Endziel, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiederzugeben. Dem laufe eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 40 GBO zuwider.

**4** Gegen diese Entscheidung hat der vertretungsbefugte Notar mit Schriftsatz vom 20.9.2018 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 25.9.2018 nicht abgeholfen hat.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**5** II. Die nach §§ 71 GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat auch in der Sache Erfolg.

**6** Die von dem Grundbuchamt in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigten Eintragungshindernisse liegen nicht vor.

**7** Zu Recht lässt die Rechtspflegerin zunächst die begehrte Eintragung der Grundschuld nicht am Nachweis der Vollmacht scheitern. Ist der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde – wie vorliegend –, hat das Grundbuchamt regelmäßig von deren Fortbestand auszugehen (OLG Schleswig,

Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.8.1991, 11 W 32/91; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19 Rdnr. 80). Anhaltspunkte für das Erlöschen der Vollmacht bestehen nicht. Angaben über die Erben hat die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Grundbuchamt nicht gemacht. Die Frage, ob die Vollmacht durch Konfusion erlischt, wenn der Bevollmächtigte Allein- oder Miterbe des Vollmachtgebers wurde und ob der Rechtsschein der Vollmacht durch die nicht durch Erbschein belegte Angabe des Bevollmächtigten gegenüber dem Grundbuchamt, er sei Erbe oder Miterbe, zerstört wird (vgl. hierzu OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, 15 W 79/12; OLG Schleswig, a. a. O.; OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16 und Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16; *Wendt*, ErbR 2016 74; 2017, 19), bedarf mithin an dieser Stelle keiner Entscheidung. Auch wenn der transmortal Bevollmächtigte nach dem Ableben des Vollmachtgebers für die Erben und nicht für den Erblasser handelt, besteht eine Verpflichtung des Bevollmächtigten, die Erben gegenüber dem Grundbuchamt namhaft zu machen, nicht (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.6.2011, 20 W 168/11; LG Stuttgart, Beschluss vom 20.7.2007, 1 T 37/2007; *Weidlich*, ZEV 2016, 57).

**8** Der von der Rechtspflegerin indes für erforderlich gehaltenen Voreintragung der Erben bedarf es nicht.

**9** Nach § 40 Abs. 1 GBO ist – abweichend von dem in § 39 GBO geregelten Grundsatz – die Voreintragung des Erben des eingetragenen Berechtigten als Betroffener nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll (§ 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO) oder wenn aufgrund Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers eine Eintragung vorzunehmen ist (§ 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO). Gleiches gilt nach § 40 Abs. 2 GBO, wenn die Eintragung von einem Testamentsvollstrecker bewilligt wurde. Mit dieser Regelung soll in Fällen, in denen der Erbe das eingetragene Recht nicht behalten, sondern veräußern oder aufgeben will oder in Fällen, in denen der Erbe Erklärungen des Erblassers, des Nachlasspflegers oder des Testamentsvollstreckers gegen sich gelten lassen muss, das Grundbuchverfahren erleichtert und vermieden werden, dass dem Erben, wenn seine Eintragung durch Interessen Dritter nicht geboten ist, unnötige Kosten entstehen (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 142).

**10** Nach ganz überwiegender Meinung ist im Falle der Veräußerung eines vererbten Grundstücks zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber die Voreintragung der Erben nicht erforderlich (KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11; *Schöner/Stöber*, a. a. O.; *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl., § 40 Rdnr. 17; *Demharter*, 31. Aufl., § 40 Rdnr. 17; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 40 Rdnr. 26; *Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht, § 40 GBO Rdnr. 10, beck-online). Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Auflassungsvormerkung allein dem Zweck diene, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig sei.

**11** In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist indes die Frage, ob es in dieser Fallkonstellation einer Voreintragung der Erben auch dann nicht bedarf, wenn ein vererbtes Grundstück

mit einer für Rechnung des Erwerbers einzutragenden Finanzierungsgrundschuld belastet werden soll.

**12** Überwiegend wurde dies in der Vergangenheit abgelehnt (KG, a. a. O.; Schönher/Stöber, a. a. O.; *Demharter*, a. a. O.; Bauer/Schaub, a. a. O., Rdnr. 19; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 40 Rdnr. 20; *Bestelmeyer*, FGPrax 2018, 107; Kroiß/Horn/Solomon, a. a. O., Rdnr. 11). Ein Verzicht auf die Voreintragung sei bei einer solchen Verfügung grundsätzlich von dem Zweck des § 40 Abs. 1 GBO nicht gedeckt. Die als Ausnahmeregelung eng auszulegende Vorschrift solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören würde, Berechtigter zu sein. Die Belastung eines Grundstücks führe jedoch auch dann nicht zu einer Übertragung und damit zu einem vollständigen Ausscheiden des Berechtigten, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit einer beabsichtigten Übertragung, wie etwa zur Kaufpreisfinanzierung erfolge. Die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO sei zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden hat und sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinden würde (Schönher/Stöber, a. a. O., Fn. 27). Im Falle der Belastung mit einer Finanzierungsgrundschuld sei eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht gerechtfertigt. Weder würde der Berechtigte im Falle seiner Voreintragung bereits mit der Belastung wieder aus dem Grundstück verschwinden, noch beschränke sich die Eintragung auf ein Recht, das nur der Durchsetzung des Übertragungsanspruchs diene und bei einem Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass dauerhaft eine Belastung eingetragen bleibe, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden könne (so KG, a. a. O.). Die Bestellung einer Grundschuld sei nicht bloßes Anhängsel der Auflassungsvormerkung, die für die Vormerkung bestehende Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz könne daher nicht auf die Finanzierungsgrundschuld erweitert werden, die Installierung etwaiger weiterer Ausnahmen sei nicht die Aufgabe der Gerichte, sondern ausschließlich Sache des Gesetzgebers (so *Bestelmeyer*, a. a. O.).

**13** Eine neuere, im Vordringen befindliche Auffassung will auf das Erfordernis einer Voreintragung über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO hinausgehend auch bei der Belastung des vererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld verzichten, weil andernfalls das Ziel der Regelung, dem Erwerber die unter Umständen kostenpflichtige (GNotKG KV Nr. 14110 Abs. 1 Satz 1) und zeitaufwendige Berichtigung des Grundbuchs in Fällen häufig vorkommender Fremdfinanzierung zu ersparen, ohne sich notariell beratener Ausweichstrategien – Abwicklung des Übertragungsgeschäfts über ein Notaranderkonto, Verpfändung des Übereignungsanspruchs an die finanzierende Bank oder gar Verschweigen des Ablebens des Erblassers gegenüber dem Grundbuchamt (zu den Gestaltungsmöglichkeiten: *Wendt*, ErbR 2018, 137, zu II. 2.; *Becker*, ZNotP 2018, 225, C) – bedienen zu müssen, nicht erreicht werden könne (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17; OLG Köln Beschluss vom 16.3.2018, I-2 Wx 123/18; *Böttcher*, a. a. O., Rdnr. 28; *Ott*, notar 2018, 189; *Wendt* a. a. O., zu IV.; *Becker*, a. a. O.). Teilweise wird dies damit begründet, dass das Handeln des transmortal Be-

vollmächtigten rechtskonstruktiv vergleichbar sei mit dem Handeln des Nachlasspflegers, weshalb § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden sei. Teilweise wird argumentiert, die Finanzierungsgrundschuld könne nicht anders als die Auflassungsvormerkung behandelt werden. Diese sei für das Grundbuchamt auch ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von den Erben oder dem Erblasserbevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam mit oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt werde (so *Böttcher*, a. a. O.).

**14** Der Senat schließt sich der letztgenannten neueren Auffassung an. Allerdings ist der Einwand, die Belastung des ererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld könne im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO nicht mit einer Auflassungsvormerkung, für welche die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO allgemein anerkannt ist, gleichgesetzt werden, berechtigt. Da die Auflassungsvormerkung in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist, kann sie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO zugeordnet werden, was für die von dem Übertragungsgeschäft rechtlich unabhängige Finanzierungsgrundschuld nicht gilt (vgl. *Ott*, a. a. O.). Für überzeugend hält der Senat jedoch eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, weil das Handeln des transmortal Bevollmächtigten mit dem Handeln des Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar ist. Wie der Nachlasspfleger soll der transmortal Bevollmächtigte die Erben – gerade auch im Grundbuchverkehr – vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zur – unter Umständen zeitaufwendigen – Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechnete Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des § 40 GBO ist es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist (*Demharter*; a. a. O.; § 40 GBO Rdnr. 1). Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolgt, um gegen die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können. Die Stellung des Nachlasspflegers als gesetzlicher Vertreter und die für den Nachlasspfleger gegebene Genehmigungsbedürftigkeit verschiedener Verfügungen (siehe hierzu MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1960 Rdnr. 64), die für den Bevollmächtigten nicht gilt, rechtfertigen es nicht, von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO abzusehen. Solches ergibt sich insbesondere nicht aus dem von der Rechtspflegerin des Grundbuchamtes zur Begründung ihrer Rechtsauffassung herangezogenen Rechtsprechung des BGH, nach der selbst bei Bestehen einer transmortalen Generalvollmacht ein Bedürfnis für die Bestellung eines Nachlasspflegers gegeben sein kann, wenn konkrete Umstände für den Verdacht eines Vollmachtsmissbrauchs sprechen (BGH, Beschluss vom 17.7.2012, IV ZB 23/11). Auch der weiter gegen die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO erhobene Einwand, die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten könne nicht weiter gehen als die der Erben, die einer Voreintragung nach § 39 GBO bedürfen, wenn man

von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO absehe (Cramer, ZfIR 2017, 834), überzeugt nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der trans- oder postmortal Bevollmächtigte vom Erblasser unter Ausnutzung seiner über den Tod hinauswirkenden privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit mit einer weitergehenden, bloße Erbenbefugnisse überschneidenden Rechtsmacht ausgestattet ist, die es ihm ermöglicht, gegenüber dem Grundbuchamt als Bevollmächtigter für den Nachlass der noch unbekanntenen Erben aufzutreten (Wendt, ErbR 2017, 19, IV. 1. und 2.); ErbR 2016, 74, III. 1.). Aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ergibt sich, dass – im Hinblick auf den Grundbuchverkehr – auch dem Nachlasspfleger insoweit weitergehende Kompetenzen zustehen als den Erben.

(...)

### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Becker**, MittBayNot 2019, 315 (in diesem Heft)

### ANMERKUNG:

Von Prof. **Roland Böttcher**, Berlin

#### 1. Sachverhalt und Entscheidung

Der Sachverhalt wiederholt sich ständig: Der im Grundbuch eingetragene Eigentümer ist verstorben. Er hatte zu Lebzeiten einem Bevollmächtigten eine notariell beurkundete transmortale Generalvollmacht erteilt. Dieser veräußerte ohne Grundbucheintragung und ohne Nennung der Erben die Immobilie an den Käufer zu notarieller Urkunde und bewilligte darin auch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Unter Ausnutzung der im Kaufvertrag von den Erben (vertreten durch den Bevollmächtigten) dem Käufer erteilten Finanzierungsvollmacht bewilligte dieser die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld. Das Grundbuchamt verlangte dafür mittels Zwischenverfügung die Voreintragung der Erben im Grundbuch. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt. Das OLG Stuttgart hat diese zu Recht aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen, die Finanzierungsgrundschuld einzutragen.

#### 2. Voreintragung des Betroffenen

§ 39 Abs. 1 GBO verlangt für eine Grundbucheintragung das Voreingetragensein des betroffenen Berechtigten. Das ist bei einer rechtsändernden Eintragung der materiell in seinem ihm endgültig zustehenden Recht Betroffene.<sup>1</sup> Denn nur durch seine Eintragung ist oder wird das Grundbuch richtig, was § 39 Abs. 1 GBO bezweckt. Von einer berichtigen Eintragung wird der Buchberechtigte betroffen,<sup>2</sup> was bedeutet, dass in den Fällen, in denen mehrfach Rechtsübergänge außerhalb des Grundbuchs stattfinden und das

Grundbuch danach unmittelbar „auf den letzten Stand“ berichtigt werden soll, die Zwischenbetroffenen nicht voreingetragen sein müssen.<sup>3</sup> § 40 GBO durchbricht den Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO und befreit den Erben unter bestimmten Voraussetzungen vom Zwang der Voreintragung. Die Vorschrift dient damit dem Zweck, dem Erben die Kosten einer Eintragung zu ersparen, die bei Übertragung oder Aufhebung des Rechts sogleich wieder zu löschen wäre. Sie erleichtert ferner den Grundbuchverkehr, indem sie diejenigen, die eine Eintragungsbewilligung des Erblassers (oder eines Nachlasspflegers) oder einen gegen den Erblasser (oder Nachlasspfleger) vollstreckbaren Titel in Händen haben, von der Last der Erbenermittlung entbindet. Das gilt auch für die Fälle, in denen eine Eintragung aufgrund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers oder eines gegen ihn vollstreckbaren Titels erstrebt wird (§ 40 Abs. 2 GBO). Auch trägt § 40 GBO dazu bei, das Grundbuch von überflüssigen Eintragungen freizuhalten. Wenn allerdings der Erbe eingetragen werden will, so muss seinem Antrag entsprochen werden. Das Grundbuchamt aber darf ihn weder von Amts wegen eintragen noch die Voreintragung durch Zwischenverfügung nach § 18 GBO zur Auflage machen, wenn die Voraussetzungen des § 40 GBO gegeben sind. Nach § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO muss der Erbe nicht im Grundbuch voreingetragen werden, wenn er sein Recht (zum Beispiel Eigentum am Grundstück) übertragen will. Für § 40 GBO ist es gleich, ob der Erblasser von einem Alleinerben oder mehreren Miterben beerbt wird. Daher ist die Voreintragung der Miterben entbehrlich, wenn sie gemeinsam eine zum Nachlass gehörende Immobilie übertragen.<sup>4</sup> Der Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO macht auch keine Einschränkung dahin gehend, an wen die Übertragung erfolgt, sodass sowohl die Übertragung an einen Dritten als auch an ein Mitglied oder mehrere Mitglieder der Miterbengemeinschaft abgedeckt sind.<sup>5</sup>

#### 3. Auflassungsvormerkung

Ob die Voreintragung des Erben erforderlich ist, wenn eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einer Immobilie eingetragen werden soll, ist geklärt.<sup>6</sup> Für den praktisch wichtigsten Fall der Eigen-

1 BGH, Beschluss vom 15.7.2010, V ZB 107/10, DNotZ 2011, 199 = ZfIR 2010, 834 = Rpfleger 2010, 651 = FGPrax 2010, 23 = ZNotP 2010, 938 = NotBZ 2010, 375.

2 BayObLG, Beschluss vom 18.2.1988, 2 Z 36/87, DNotZ 1988, 781; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 39 Rdnr. 12; Eickmann/Böttcher/Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 4. Aufl. 2011, Rdnr. 214.

3 Lemke/Böhringer, Immobilienrecht, 2. Aufl. 2016, § 39 GBO Rdnr. 1, 8; Demharter, GBO, § 39 Rdnr. 12; Hügel/Zeiser, GBO, 3. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 16; Lautner, DNotZ 2009, 650, 666; a. A. OLG München, Beschluss vom 27.4.2006, 32 Wx 67/06, MittBayNot 2006, 496 m. abl. Anm. Lautner = FGPrax 2006, 148 = NotBZ 2006, 213 = Rpfleger 2006, 538.

4 OLG Hamm, Beschluss vom 7.12.2016, 15 W 393/16, Rpfleger 2017, 332; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 40 Rdnr. 6.

5 OLG Hamm, Beschluss vom 7.12.2016, 15 W 393/16, Rpfleger 2017, 332.

6 Dagegen BGH, Beschluss vom 5.7.2018, V ZB 10/18, DNotZ 2018, 914 = NotBZ 2018, 460 = RNotZ 2018, 670 = ZfIR 2018, 826; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, MittBayNot 2018, 247 = RNotZ 2018, 28 = ZfIR 2017, 833; KG, Beschluss vom 2. 8. 2011, 1 W 243/11, ZfIR 2011, 764; Meikel/Böttcher, GBO, § 40 Rdnr. 26; Hügel/Zeiser, § 40 GBO Rdnr. 19; Demharter, § 40 Rdnr. 17; Egerland, NotBZ 2005, 286; Milzer, DNotZ 2009, 325; dafür: Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 885 Rdnr. 59.

tumsvormerkung ist dies zu verneinen. Der Gesetzeszweck des § 40 GBO ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass eine Eintragung des Erben vermieden werden soll, wenn er infolge einer Übertragung des ererbten Rechts auf einen anderen doch alsbald aus dem Grundbuch wieder ausscheidet; den Beteiligten sollen die Kosten erspart werden, die durch die Vornahme der unnötigen Eintragung entstehen würden. Die Eintragung der Eigentumsvormerkung dient im Regelfall der Vorbereitung der endgültigen Übertragung des Eigentums. Die endgültige Übertragung und damit die Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Grundstückseigentümer werden regelmäßig innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen.

#### 4. Finanzierungsgrundschuld

§ 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO ist grundsätzlich auf andere Eintragungen als die, die eine Übertragung oder Aufhebung von Rechten zum Gegenstand haben, nicht anwendbar. Für eine Finanzierungsgrundschuld verlangt daher eine am Gesetzeswortlaut hängende traditionelle Meinung<sup>7</sup> die Voreintragung der Erben. Nur vereinzelt wurde die Meinung vertreten, dass die Erbengemeinschaft nicht voreingetragen werden muss, wenn der nicht im Grundbuch stehende Erbe (oder ein Vertreter aufgrund transmortaler Vollmacht seitens des Erblassers) das Grundstück veräußert und eine Finanzierungsgrundschuld bewilligt hat (eventuell vertreten durch den Käufer).<sup>8</sup> Dem folgte – bei Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht – im Ergebnis zunächst das OLG Frankfurt a. M.<sup>9</sup>, dann das OLG Köln<sup>10</sup> und nun auch das OLG Stuttgart.<sup>11</sup> Dem ist zuzustimmen.<sup>12</sup> Es ist also ein erfreulicher Meinungswandel festzustellen. Bei einer von den Gerichten herangezogenen analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO und damit der Einschränkung des Voreintragungsgrundsatzes lediglich auf Fälle des Handelns des Vertreters aufgrund transmortaler Vollmacht, nicht des oder der Erben selbst, übersehen die Gerichte jedoch, dass bereits eine restriktive Auslegung des § 39 Abs. 1 GBO in Betracht kommt mit der Folge, dass es der Voreintragung des oder der Erben auch bei Handeln dieses/dieser selbst nicht bedarf.

7 KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, ZfIR 2011, 764 = FGPrax 2011, 270; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 GBO Rdnr. 19; Demharter, GBO, § 40 Rdnr. 17; Hügel/Zeiser, GBO, § 40 Rdnr. 24; Weber, DNotZ 2018, 884; 895; Jurksch, Rpfleger 2019, 70.

8 Milzer, DNotZ 2009, 325; Meikel/Böttcher, GBO, § 40 Rdnr. 28.

9 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, MittBayNot 2018, 247 = RNotZ 2018, 28 = ZfIR 2017, 833.

10 OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18, FGPrax 2018, 106 = Rpfleger 2018, 444.

11 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, Rpfleger 2019, 76.

12 Ebenso Milzer, MittBayNot 2018, 248; Becker, ZNotP 2018, 225; Cramer, ZfIR 2017, 834; Ott, notar 2018, 189, 190; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2018, § 40 GBO Rdnr. 26.

#### 5. Darstellung und Kritik der mit 39 Abs. 1 GBO verfolgten Ziele

Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Kommentarliteratur soll der Voreintragungsgrundsatz durch die folgenden Aufgaben gerechtfertigt sein:<sup>13</sup>

- Legitimationsfunktion
- Schutzfunktion
- Verständlichmachungsfunktion

Es soll also die Regel des § 39 GBO dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung erleichtern, weil es wegen der auch im Grundbuchverfahren geltenden Regelung des § 891 BGB vom Bestehen des eingetragenen Rechts und von der Verfügungs- und Bewilligungsmacht des voreingetragenen Berechtigten ausgehen könne. Die Legitimationswirkung der bereits vorhandenen, bestehenden Voreintragung steht außer Zweifel. Von einer solchen Wirkung kann jedoch dann keine Rede mehr sein, wenn die Voreintragung erst aus Anlass einer Neueintragung dem Antragsteller aufgegeben und nachgeholt wird. Hier muss das Grundbuchamt die Prüfung, die ihm durch die Voreintragung erspart werden soll, gerade aus Anlass der Voreintragung vornehmen; die Legitimationsprüfung wird weder erleichtert noch gar erspart, sondern verlagert sich lediglich vom Nacheintragungs- in das Voreintragungsverfahren.

Die Schutzfunktion bestehe darin, dass die Voreintragung dem Berechtigten dagegen Schutz gewähre, dass über sein Recht unbefugterweise verfügt wird. Eine Schutzfunktion der Voreintragung ist nicht nachweisbar. Das Grundbuchamt muss auch ohne Voreintragung die Verfügungs- bzw. Bewilligungsmacht dessen prüfen, der die Nacheintragung bewilligt. Ob dies im Voreintragungs- oder im Nacheintragungsverfahren geschieht, ist letztlich für den Betroffenen gleichgültig. Wichtig ist für ihn nur, ob das Grundbuchamt dabei zu einem richtigen oder falschen Ergebnis gelangt: Wenn es das Betroffensein des Bewilligenden zu Unrecht bejaht, wird es ihn ebenso voreintragen, wie es aufgrund dieser Prüfung sofort die Nacheintragung vornehmen könnte. Der Unterschied liegt allerdings darin, dass der (wahre) Berechtigte im Falle der Voreintragung sein Recht an den Nacheingetragenen verlieren kann, weil dann der Nacheingetragene seinen Erwerb auf § 892 BGB stützen könnte. Unterbleibt die Voreintragung, so kann die Verfügung des (falschen) „Berechtigten“ dem Nacheingetragenen das Recht hingegen nicht verschaffen. Die Voreintragungspflicht erweist sich also bei näherer Betrachtung vielmehr als ein Instrument, das geeignet ist, im Konfliktfall demjenigen eher zu schaden, den es zu schützen vorgibt.

Nach der Verständlichmachungsfunktion soll der Rechtsstand vom Grundbuch nicht nur im aktuellen Endergebnis wiedergegeben, sondern in allen seinen Entwicklungsstufen dargestellt werden. Dies vermag nicht zu überzeugen: Das

13 RG, Beschluss vom 17.1.1903, V 255/02, RGZ 53, 298; KG, Beschluss vom 29.1.1913, 1. X 9/13, KGJ 44, 238, 241; BGH, Beschluss vom 4.1.1955, V ZB 7/53, DNotZ 1955, 141 = NJW 1955, 342; BGH, Urteil vom 20.1.2006, V ZR 214/04, DNotZ 2006, 520 = NJW-RR 2006, 888; Demharter, GBO, § 39 Rdnr. 1; Weber, DNotZ 2018, 884.

Grundbuch hat nicht die Aufgabe, dingliche Entwicklungsprozesse aufzuzeigen, sondern den aktuellen, den derzeitigen Rechtszustand auszuweisen; es liefert ein statisches, nicht ein dynamisches Bild der Rechtsvorgänge am Grundstück. Nur an dem aktuellen, vom Grundbuch ausgewiesenen Rechtszustand werden vom materiellen Recht Folgen geknüpft und nur er ist für gegenwärtige und künftige Grundbuchverfahren von Bedeutung. Sicherlich mag zuweilen Interesse daran bestehen, die Rechtsentwicklung, etwa in Bezug auf Voreigentümer usw., zu erfahren; dieses nicht rechtlich, sondern nur praktisch zu wertende Interesse kann aus den Grundakten befriedigt werden. Der BGH<sup>14</sup> hat selbst eingeräumt, dass das Interesse des Rechtsverkehrs an der Darstellung der Grundbuchhistorie im Widerstreit stehe mit dem wichtigen Grundsatz, das Grundbuch von überflüssigen (d. h. rechtlich bedeutungslosen) Eintragungen frei zu halten. Was praktisch im Einzelfall vielleicht wünschenswert, rechtlich jedoch nicht relevant ist, vermag allein jedoch eine so aufwendige Institution wie den Voreintragungsgrundsatz nicht zu rechtfertigen.

## 6. Auslegung des Grundsatzes der Voreintragung des Betroffenen

Die strikte Einhaltung des Grundsatzes der Voreintragung des Betroffenen (§ 39 Abs. 1 GBO) entbehrt vielfach eines vernünftigen Zweckes, führt vielmehr zu Grundbucheintragungen, die sogleich wieder gelöscht werden. Außerdem werden den Beteiligten dadurch Kosten auferlegt, die keinerlei Zweck erfüllen. Mit rechtsstaatlichen Grundsätzen ist dies nicht vereinbar. § 39 Abs. 1 GBO sollte daher einer restriktiven Auslegung unterzogen werden, wonach die Voreintragung des Betroffenen gemäß § 39 Abs. 1 GBO in den Fällen nicht eintragungspflichtig ist, bei denen die Voreintragung keine eigenständige Bedeutung hat, weil sie sogleich oder alsbald aus dem Grundbuch wieder verschwindet;<sup>15</sup> dies schließt aber die Eintragungsfähigkeit des Betroffenen aus praktischen Gründen (zum Beispiel §§ 892, 899a BGB) nicht aus.

Erforderlich ist zum Beispiel bei der Löschung eines Fremdgrundpfandrechts die Voreintragung des die Löschung bewilligenden Gläubigers und des der Löschung zustimmenden Eigentümers (§ 39 Abs. 1 GBO), sofern nicht ein Ausnahmefall des § 39 Abs. 2 GBO oder § 40 GBO vorliegt.<sup>16</sup> Ist dem Grundbuchamt nachgewiesen, dass das Fremdgrundpfandrecht auf den Eigentümer übergegangen ist, so ist für die Löschung die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger des Rechts nicht erforderlich, weil er stets als – künftiger – Gläubiger aller auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte bereits in Abt. I des Grundbuchs eingetragen ist.<sup>17</sup> Ist das Grundpfandrecht dagegen nicht auf

den eingetragenen Grundstückseigentümer übergegangen, sondern auf einen Dritten (zum Beispiel Bürge, Ablösungsberechtigter), so fordert die Praxis immer wieder für die Löschung auch die Voreintragung des neuen Berechtigten. Da dieser übertriebene Formalismus eine Eintragung verlangt, die sogleich wieder gelöscht wird und den Beteiligten zusätzliche Kosten auferlegt, ist in diesem Fall eine restriktive Auslegung des § 39 Abs. 1 GBO vorzunehmen; von einer Voreintragung des Dritten, der die Löschung des Grundpfandrechts bewilligt, ist daher abzusehen.<sup>18</sup>

Auch bei der Finanzierungsgrundschuld steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld ist ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von den Erben (oder von dem vom Erblasser Bevollmächtigten) und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird. Deshalb bedarf es aufgrund einer restriktiven Auslegung des § 39 Abs. 1 GBO auch für die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld keiner Voreintragung des/der Erben.

## 7. Fazit und praktische Empfehlung

Bei Berücksichtigung der traditionellen Meinung, die für die Finanzierungsgrundschuld die Voreintragung des Erben gemäß § 39 Abs. 1 GBO verlangt, wird die Möglichkeit einer Abwicklung über ein Anderkonto beim Notar in Betracht zu ziehen sein.<sup>19</sup> Die Finanzierungsgrundschuld wird in diesem Fall zusammen mit dem Eigentumsumschreibungsantrag beim Grundbuchamt eingereicht. Der Voreintragung der Erben bedarf es dann nicht. Hat der Erblasser jedoch eine transmortale Vollmacht erteilt und wird aufgrund dessen eine Immobilie veräußert, die Eintragung der Eigentumsvormerkung bewilligt und mittels der Finanzierungsvollmacht eine Finanzierungsgrundschuld bestellt, wird letztere vom Grundbuchamt jedenfalls dann ohne Weiteres, d. h. ohne Voreintragung der Erben, eingetragen, wenn ihm der Tod des Eigentümers (= Vollmachtgebers) nicht bekannt ist.<sup>20</sup> Die Finanzierungsgrundschuld ist auch in diesem Fall wirksam entstanden, selbst wenn die Voreintragung der Erben nach § 39 Abs. 1 GBO für notwendig erachtet wird, weil eine Verletzung dieser formellen Vorschrift keine materiellen Auswirkungen hat.<sup>21</sup> Nachdem eine Einschränkung des Voreintragungsgrundsatzes bei aufgrund transmortaler Vollmacht handelnden Vertretern mittlerweile allerdings mehrfach obergerichtlich bestätigt wurde, dürfte die Eintragung auch bei Offenlegung des Erbfalls von den Grundbuchämtern vollzogen werden.

14 BGH, Beschluss vom 4.1.1955, V ZB 7/53, DNotZ 1955, 141 = NJW 1955, 342 = Rpfleger 1955, 346.

15 KEHE/Keller, Grundbuchrecht, Einl. § 2 Rdnr. 5; Eickmann/Böttcher/Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, Rdnr. 215; Meikel/Böttcher, GBO, § 39 Rdnr. 3.

16 Demharter, GBO, § 27 Rdnr. 25.

17 BGH, Urteil vom 31.5.1968, V ZR 29/65, Rpfleger 1968, 277; KG, Beschluss vom 17.12.1974, 1 W 1444/74, Rpfleger 1975, 136; Meikel/Böttcher, GBO, § 39, Rdnr. 20.

18 Meikel/Böttcher, GBO, § 27 Rdnr. 10, Hoffmann, MittRhNotK 1971, 605, 626.

19 Cramer, ZfIR 2017, 834; Milzer, DNotZ 2009, 325, 330; Meikel/Böttcher, GBO § 40 Rdnr. 28.

20 Cramer, ZfIR 2017, 834.

21 Meikel/Böttcher, GBO, § 39 Rdnr. 43.

## 7. Inhaltsänderung des Sondereigentums durch Änderungsvermerk im Bestandsverzeichnis

OLG München, Beschluss vom 24.9.2018, 34 Wx 194/18

BGB § 925

GBO § 18 Abs. 1

WEG § 4 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 6, § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1

WGV § 6 Abs. 5

### LEITSATZ:

**Tauschen Wohnungseigentümer in einer bestehenden Eigentümergeinschaft zwei in sich abgeschlossene, vom übrigen Sondereigentum getrennte Nebenräume durch Neuordnung zur jeweils anderen Einheit aus, so kann die Inhaltsänderung des Sondereigentums durch Änderungsvermerk im Bestandsverzeichnis der betroffenen Wohnungsgrundbücher so eingetragen werden, dass die ausgetauschten Nebenräume die Nummer desjenigen Sondereigentums beibehalten, zu dem sie bisher gehörten, sofern trotz unterschiedlicher Nummerierung die eindeutige Zuordnung der Räume zum jeweiligen Sondereigentum nicht gefährdet und Verwirrung nicht zu besorgen ist (Abgrenzung zu Senat vom 13.8.2010, 34 Wx 105/10).**

### SACHVERHALT:

1 I. Die gemäß Teilungserklärung vom 19.11.1984 gebildete Wohnanlage besteht aus sechs Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten, die gemäß Nachtrag vom 3.12.2013 und entsprechend geändertem Aufteilungsplan bezeichnet sind mit Nrn. 1 bis 6.

2 Die Beteiligte zu 1 ist Alleineigentümerin der Wohnung Nr. 1. Zu dieser gehört das Sondereigentum an der Wohnung im Obergeschoss des Hauptgebäudes samt Balkon und Abstellraum im Nebengebäude, im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnet und rot angelegt.

3 Der Beteiligte zu 2 ist Alleineigentümer der Wohnung Nr. 4, zu der das Sondereigentum an der Wohnung im Nebengebäude und Abstellraum im Erdgeschoss, im Aufteilungsplan mit Nr. 4 bezeichnet und hellblau angelegt, gehört.

4 Zu notarieller Urkunde vom 28.3.2018, überschrieben als „Änderung einer Teilungserklärung“, tauschten die Beteiligten unter Beibehaltung der Miteigentumsanteile die zugehörigen Abstellräume gegeneinander aus, indem sie die Abstellräume aus der bisherigen Bindung lösen und dem anderen Sondereigentum als Bestandteil zuschreiben, sodass der Abstellraum Nr. 1 nunmehr zu dem Sondereigentum Nr. 4 und der Abstellraum Nr. 4 zum Sondereigentum Nr. 1 gehört.

5 Sie erklärten die Einigung über die vereinbarten Rechtsänderungen und bewilligten den Grundbuchvollzug.

6 Den am 24.4.2018 über den Notar gestellten Vollzugsantrag beanstandete das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 26.4.2018. Die vertauschten Abstellräume seien so umzunummerieren, dass sie künftig dieselbe Nummer wie das übrige Sondereigentum tragen. Eine entsprechende Planbeilage möge vorgelegt werden.

7 Hiergegen wendet sich die notariell eingelegte Beschwerde der Beteiligten. Verwirrung sei nicht zu besorgen, wenn im Bestandsverzeichnis vermerkt werde, dass nach Austausch nun mit der Wohnung Nr. 1 der Abstellraum Nr. 4 und mit der Wohnung Nr. 4 der Abstellraum Nr. 1 verbunden sei, und in der Spalte 6 die Änderung der Teilungserklärung unter Bezugnahme auf die notarielle Urkunde vermerkt werde. In dieser Weise würden gewohnheitsmäßig vergleichbare Veränderungen in zahlreichen Grundbüchern verlaubar.

Eine Umnummerierung hingegen führe zu dem Nachteil, dass mit derselben Nummer je nach gewähltem Zeitpunkt sachenrechtlich unterschiedliche Räume bezeichnet würden. Eine einmal gewählte Bezeichnung dürfe nicht nachträglich durch Umnummerierung mit einer anderen sachenrechtlichen Zuweisung belegt werden. Selbst wenn für die geänderten Einheiten neue, bislang nicht belegte Nummern gewählt würden, seien wegen der Diskrepanz zum ursprünglichen Plan bei späteren, andere Einheiten betreffenden Veränderungen Schwierigkeiten und Verwirrung zu besorgen.

8 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Nicht nur bei der Erstbegründung von Sondereigentum, sondern auch bei späteren Veränderungen sei eine einheitliche Nummerierung der Räumlichkeiten innerhalb eines Sondereigentums zu verlangen. Ein geänderter Plan sei erforderlich, weil mit der gegenständlichen Änderung die vorliegenden Pläne unrichtig würden.

### AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die gemäß § 18 Abs. 1 GBO getroffene Zwischenverfügung hat in der Sache Erfolg und führt zu einer Aufhebung der Zwischenverfügung.

10 1. Die Herauslösung einzelner Sondereigentumsräume aus einem Wohnungseigentum unter gleichzeitiger Zuordnung zu einem anderen Wohnungseigentum derselben Gemeinschaft ist – auch ohne Änderung des Miteigentumsanteils – als Inhaltsänderung des abgebenden und aufnehmenden Sondereigentums materiellrechtlich zulässig (BGH, NJW 1986, 2759). Sie erfordert – neben der Zustimmung dinglich Berechtigter (§§ 877, 876 BGB) – eine dingliche Einigung (§§ 873, 876 BGB) der tauschenden Wohnungseigentümer in Auflassungsform (§ 4 Abs. 1 und 2 WEG, § 925 BGB) sowie die Eintragung der Inhaltsänderung im Bestandsverzeichnis der betroffenen Grundbücher. Ein Neuvortrag des Wohnungseigentums ist nicht erforderlich. Allerdings muss sich der Kerngehalt der Änderung aus dem Grundbuchvermerk selbst ergeben; lediglich eine Bezugnahme auf die geänderte Teilungserklärung reicht materiellrechtlich jedenfalls dann nicht aus, wenn das von der Änderung betroffene Sondereigentum im Bestandsverzeichnis konkret bezeichnet ist (BGH, NJW 2007, 3777, 3778; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl., AT E Rdnr. 350; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 44 Rdnr. 31.3; Hügel/Kral, GBO, 3. Aufl., WEG Rdnr. 141).

11 Dass kein geänderter Aufteilungsplan und keine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen sind, wenn die Änderung einen von vornherein in sich abgeschlossenen Raum betrifft, dessen Übertragung keine Unklarheit im Hinblick auf die Grenzen des Sondereigentums (Identifikation der im Sondereigentum stehenden Räume) und die Abgeschlossenheit der neuen Einheiten bewirkt, entspricht allgemeiner Meinung (vgl. nur Senat vom 13.8.2010, 34 Wx 105/10, MittBayNot 2011, 229; OLG Celle, DNotZ 1975, 42, 44; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 318; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2968; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, AT E Rdnr. 348; Staudinger/Rapp, Neub. 2018, § 6 WEG Rdnr. 19 und § 7 WEG Rdnr. 21; Riecke/Schmid, WEG, § 7 Rdnr. 91; Timme/Kral WEG 2. Aufl. § 7 Rdnr. 61).

12 2. Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG sind in dem bei der Begründung von Wohnungseigentum zusammen mit

der Bewilligung vorzulegenden Aufteilungsplan (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 1 WEG) alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen. Damit soll sichergestellt werden, dass der Inhalt des jeweiligen Sondereigentums, nämlich die zu ihm gehörenden Räume, aus der Eintragung im Grundbuch und der dort zulässig in Bezug genommenen Grundlage mit der erforderlichen Eindeutigkeit hervorgeht (vgl. BayObLG, Rpfleger 1991, 414). Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für den grundbuchamtlichen Vollzug einer späteren Änderung des Sondereigentums durch Tausch von Einzelräumen fehlt. Dass die nach Änderung demselben Wohnungseigentum zugehörigen Räume einheitlich nummeriert sein müssen, ergibt sich daher nicht unmittelbar aus dem Gesetz.

**13** Der Senat hat allerdings am 13.8.2010 (34 Wx 105/10, MittBayNot 2011, 229 unter Bezugnahme auf *Röll*, MittBayNot 1979, 218, 219) entschieden, dass das Grundbuchamt verlangen kann, die neu zugeordneten Räume so umzubenennen, dass nicht Räume mit gleicher Nummer zu unterschiedlichen Einheiten gehören (ebenso: *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl., § 7 Rdnr. 82; *Niedenführ/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 7 Rdnr. 22; *Staudinger/Rapp*, § 7 WEG Rdnr. 21). Dies könne geschehen durch vollständige Ummummerierung der neuen Einheit(en) oder durch Vergabe einer wohnungsabweichenden neuen Nummer nur für den Nebenraum in einer beigefügten Teilzeichnung, zum Beispiel durch Überkleben der entsprechenden Eintragungen des amtlichen Aufteilungsplans.

**14** Diese Entscheidung ist teilweise auf Kritik gestoßen (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2969 Fn. 62; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 91; *Erman/Grziwotz*, BGB, 15. Aufl., § 7 WEG Rdnr. 3; *Grziwotz*, MittBayNot 2011, 230; außerdem, RNotZ 2010, 647, 648). Verwirrung sei nicht zu besorgen, wenn aus dem Beschrieb des Grundbuchs hervorgehe, dass die Nebenräume getauscht wurden und mit der Wohnungseinheit Nr. x nunmehr der Nebenraum Nr. y verbunden sei. Missverständnisse seien eher dann zu erwarten, wenn nach dem Grundbuchbeschrieb mit der Wohnungseinheit Nr. x der frühere Nebenraum Nr. y verbunden werde, der nunmehr die Bezeichnung Nr. x führe. Auch die Zuweisung einer wohnungsabweichenden Nummer führe nur bedingt zu einer besseren Übersichtlichkeit, weil damit allenfalls klar sei, dass der Raum nicht mehr zur ursprünglich verbundenen Einheit gehöre, nicht aber, mit welcher Einheit er nun verbunden sei. Deshalb sei es zwar zulässig, aber nicht zwingend geboten, eine Ummummerierung nebst geänderter Teilzeichnung vorzulegen.

**15** 3. Das Grundbuchamt kann jedenfalls vorliegend nicht verlangen, dass die von den jeweiligen Wohnungen getrennten und im Austausch neu zugeordneten Nebenräume so umbenannt und in einem beizufügenden Plan entsprechend neu bezeichnet werden müssen, dass nur Räume mit gleicher Nummer zu der jeweiligen Einheit gehören (weitergehend in dem Sinne, dass eine solche Anforderung generell unzulässig sei: *Jennißen/Krause*, WEG, 5. Aufl., § 6 Rdnr. 22; Beck'sches Notarhandbuch/*Rapp*, 6. Aufl., A III Rdnr. 99 mit Rdnr. 96).

**16** § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG ist nach allgemeiner Meinung – wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 13.8.2010 (34 Wx 105/10) ausgeführt hat – Ausdruck des das

Grundbuchrecht beherrschenden Grundsatzes, dass mit Blick auf das sachenrechtliche Bestimmtheitsmerkmal der Inhalt des dinglichen Rechts (hier des Sondereigentums) aus dem Eintragungsvermerk mit hinreichender Deutlichkeit hervorgehen muss und eine Verwirrung weitestgehend ausgeschlossen werden soll. Zum einen müssen aus dem Grundbuch alle Veränderungen des Gegenstands und des Umfangs von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum klar und eindeutig nachvollziehbar sein (vgl. BGH, NJW 2007, 3777, 3778). Zum anderen dient die Bestimmtheit der Eintragung der Vermeidung einer unklaren Grundbuchlage, wie sie etwa in dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt (NJW 2007, 3777, 3778) eingetreten war. Eine für alle Fälle gleichermaßen gültige Aussage über das Erfordernis sowie die Art und Weise einer Ummummerierung unter Beifügung von Teilzeichnungen erscheint deshalb weder notwendig noch sachdienlich.

**17** Weil die vorliegend vereinbarte Inhaltsänderung nur die Neuordnung zweier getrennter Nebenräume betrifft, ist Verwirrung nicht zu besorgen, wenn im Bestandsverzeichnis der betroffenen Grundbücher (vgl. § 6 Abs. 5 WGV) die Änderung des Inhalts des Sondereigentums eingetragen und dabei konkret – unter gleichzeitiger Rötung des abzuschreibenden Nebenraums gemäß § 3 Abs. 6 WGV – unter ergänzender Bezugnahme auf die Beschreibung in der geänderten Teilzeichnung vermerkt wird, dass der im Aufteilungsplan mit Nr. 4 gekennzeichnete Nebenraum nicht mehr zum Sondereigentum Nr. 4, sondern zum Sondereigentum Nr. 1 gehört, und umgekehrt, dass der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 gekennzeichnete Nebenraum nicht mehr zum Sondereigentum Nr. 1, sondern zum Sondereigentum Nr. 4 gehört (vgl. BGH, NJW 2007, 3777). Angesichts der Überschaubarkeit der Inhaltsänderung und der gegebenen Möglichkeit der klaren textlichen Beschreibung erscheint hier die eindeutige Zuordnung der Räume zum jeweiligen Sondereigentum nicht gefährdet, sodass die ausgetauschten Nebenräume die Nummer desjenigen Sondereigentums beibehalten können, zu dem sie bisher gehörten (in *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, § 7 Rdnr. 91; *Grziwotz*, DNotZ 2009, 405, 407 f.; *ders.*, MittBayNot 2011, 230 f.).

(...)

#### ANMERKUNG:

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

#### 1. Bestimmtheitsgebot bei der Nummerierung von Nebenräumen

Die Entscheidung betrifft das Problem, inwieweit bei späteren Änderungen einer WEG-Aufteilung weiterhin das bei der erstmaligen Aufteilung geltende „Nummerierungsgleichlaufgebot“ gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG gilt. Dabei geht es im Kern um das sachen- und grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgebot.

#### 2. Anpassung der Nummerierung bei Änderungen

Die Fallkonstellation, der spätere Tausch von Abstellräumen, Kellern, Tiefgaragenstellplätzen etc., ist nicht selten. Da-



durch erhalten diese Nebenräume andere Nummern als die Wohnung, zu der sie gehören. Das OLG München hat in diesen Fällen bisher einen geänderten Aufteilungsplan mit einer Neu Nummerierung gefordert.<sup>1</sup> Die Nummerierung der Nebenräume muss nach dieser Rechtsprechung an die jeweilige Wohnung angeglichen werden, mit der sie verbunden werden. Hiervon weicht das Gericht nunmehr jedenfalls dann ab, wenn im konkreten Fall durch die Grundbucheintragung keine Unklarheit hinsichtlich der Zuordnung der Nebenräume entsteht. Auch ein geänderter Aufteilungsplan ist in diesem Fall nicht erforderlich.

### 3. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Hat der bestätigte Aufteilungsplan beim Wohnungs- und Teileigentum die Funktion, die das amtliche Kataster bei Grundstücken hat,<sup>2</sup> so kann es hinsichtlich der Bestimmtheit lediglich auf die Frage der Eintragung der Änderung im Grundbuch und die Nachvollziehbarkeit mittels des ursprünglichen Aufteilungsplans ankommen.<sup>3</sup> Das Nummerierungsgebot ist kein Selbstzweck und verfolgt als formelle Anforderung über diesen Zweck hinaus kein weiteres Ziel. Wohnungseigentum entsteht deshalb auch, wenn nicht jeder Raum einer Einheit mit einer Nummer gekennzeichnet ist, sondern, zum Beispiel durch eine farbige Umrandung, erkennbar ist, welche Räume zu einer Einheit gehören.<sup>4</sup> Die Vorschrift des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG stellt deshalb grundbuchrechtlich nur eine Sollvorschrift dar;<sup>5</sup> Verstöße berühren daher nicht die Wirksamkeit der Eintragung.<sup>6</sup> Da die Bestellung von Sondernutzungsrechten nicht Aufgabe des Aufteilungsplans ist, müssen diese nicht im Aufteilungsplan enthalten sein; zu ihrer Bestimmtheit kann auf einen „Sondernutzungsrechtsplan“ Bezug genommen werden.<sup>7</sup> Dies empfiehlt sich häufig auch, um Missverständnisse hinsichtlich des Vorliegens von Sondereigentum zu vermeiden. Die abweichende Ansicht, die das Nummerierungsgebot nicht nur als Ordnungsvorschrift einordnen und es – entgegen dem Gesetzeswortlaut – auch auf die Begründung von Sondernutzungsrechten erstrecken möchte,<sup>8</sup> verkennet die Bedeutung der durch die Novelle von 1973 in das Gesetz eingefügten Ergänzung. Sie sollte nur ein aufgetretenes Missverständnis klarstellen, aber keine neuen materiellen

Anforderungen hinsichtlich der Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum begründen.<sup>9</sup> Sowohl für die Begründung von Wohnungseigentum als auch für spätere Änderungen ist somit nur entscheidend, ob die Einheiten im Aufteilungsplan so mit Nummern gekennzeichnet sind, dass für den objektiven Betrachter, der das Grundbuch einsieht, klar erkennbar ist, welche Räume zu einer bestimmten Sondereigentumseinheit gehören.

<sup>9</sup> Weitnauer/*Briesemeister*, WEG, § 7 Rdnr. 13.

### 8. Pflicht zur Vorlage des Grundschuldbriefs im Flurbereinigungsverfahren

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.2.2018, 20 W 309/17

*BauGB § 208 Satz 1 Nr. 3*

*FamFG § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1*

*FlurbG § 2 Abs. 2 Satz 2, §§ 79, 80, 116 Abs. 1*

*GBO § 13 Abs. 1, §§ 19, 22 Abs. 1, §§ 41, 42, 61 Abs. 2, § 62 Abs. Satz 1 und 2, § 68 Abs. 1 Satz 1, § 70 Abs. 1 Satz 1, §§ 71, 72, 73, 75*

#### LEITSATZ:

**Die Pflicht der um Berichtigung des Grundbuchs ersuchenden Behörde zur Vorlage des Grundschuldbriefes besteht immer dann, wenn eine Eintragung bei der in Abt. III eingetragenen Briefgrundschuld zu erfolgen hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die laufende Nummer des im Wege der dinglichen Surrogation ersetzten belasteten Grundstücks im Bestandsverzeichnis ändert.**

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 9. Keine Mit-Elternschaft in gleichgeschlechtlicher Ehe

BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18 (Vorinstanz: OLG Dresden, Beschluss vom 2.5.2018, 3 W 292/18)

*BGB § 1353 Abs. 1 Satz 1, §§ 1591, 1592 Nr. 2*

*EMRK Art. 8, 14*

*GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und 3, Art. 6 Abs. 2*

*PStG §§ 48, 51 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 2*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Ehefrau der ein Kind gebärenden Frau wird weder in direkter noch in entsprechender Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB Mit-Elternteil des Kindes.
2. Die darin liegende unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Ehepaaren trifft nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken.

<sup>1</sup> OLG München, Beschluss vom 13.5.2010, 34 Wx 105/10, MittBayNot 2010, 229.

<sup>2</sup> Vgl. nur BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505.

<sup>3</sup> Ähnlich Hügel/Scheel/Müller, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 4. Aufl. 2018, § 1 Rdnr. 7.

<sup>4</sup> Ebenso Staudinger/Rapp, Neub. 2018, § 7 WEG Rdnr. 20 m. w. N.

<sup>5</sup> Ebenso Staudinger/Rapp, § 7 WEG Rdnr. 20 a. E.

<sup>6</sup> Staudinger/Rapp, § 7 WEG Rdnr. 20; Sauren, WEG, 6. Aufl. 2014, § 7 Rdnr. 5; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. 2005, § 7 Rdnr. 16 a. E.; Jennißen/Krause, WEG, 5. Aufl. 2017, § 7 Rdnr. 18 d; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2018, § 7 Rdnr. 33; Niedenführ/Vandenhouten/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl. 2017, § 7 Rdnr. 22 u. 25.

<sup>7</sup> OLG München, Beschluss vom 4.2.2016, 34 Wx 396/15, MittBayNot 2016, 316.

<sup>8</sup> So Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl. 2018, § 7 Rdnr. 82 f.

## SACHVERHALT:

**1 I.** Die Beteiligte zu 2 begehrt die Eintragung ihrer Mitmutterchaft für das von ihrer Ehefrau geborene Kind in das Geburtenregister.

**2** Die Beteiligten zu 1 (Kindesmutter) und zu 2 (im Folgenden: Antragstellerin) lebten seit Mai 2014 in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft und schlossen am 12.10.2017 durch Umwandlung dieser Lebenspartnerschaft die Ehe. Am 3.11.2017 gebar die Beteiligte zu 1 das betroffene Kind, das aufgrund gemeinsamen Entschlusses mit der Antragstellerin und durch medizinisch assistierte künstliche Befruchtung mit Spermien einer Samenbank gezeugt wurde. Im Geburtenregister wurde sie als Mutter eingetragen; die Eintragung eines weiteren Elternteils erfolgte nicht.

**3** Die Antragstellerin hat beim Standesamt (Beteiligter zu 3) beantragt, den Geburtseintrag dahin gehend zu berichtigen, dass sie als weitere Mutter aufgeführt werde, weil das Kind in der Ehe geboren sei. Das Standesamt hat es abgelehnt, diese Eintragung vorzunehmen. Auf entsprechenden Antrag der Antragstellerin hat das AG den Standesbeamten angewiesen, sie „als weiteres Elternteil bzw. als weitere Mutter“ einzutragen. Auf die hiergegen vom Standesamt und der Standesamtsaufsicht (Beteiligte zu 4) eingelegten Beschwerden hat das OLG den amtsgerichtlichen Beschluss aufgehoben und den Antrag auf Anweisung zur Berichtigung zurückgewiesen.

**4** Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Standesamtsaufsicht.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**5 II.** Die Rechtsbeschwerde der nach § 53 Abs. 2 PStG i. V. m. § 59 Abs. 3 FamFG beschwerdebefugten Beteiligten zu 4 ist gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 PStG i. V. m. § 70 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache bleibt sie ohne Erfolg.

**6 1.** Das OLG hat zur Begründung seiner in FamRZ 2018, 1165 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt, die von der Antragstellerin begehrte Eintragung könne nicht erfolgen, da sie nach derzeit geltendem Recht kein Elternteil des betroffenen Kindes sei. Sie sei weder Mutter noch Vater des Kindes und habe dieses bislang auch nicht durch wirksame Adoption angenommen. Der Gesetzgeber habe zwar die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare eingeführt, die Regelungen zur Abstammung aber unverändert gelassen. Die Antragstellerin sei auch nicht in analoger Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB aufgrund der bestehenden Ehe rechtlicher Elternteil des von ihrer Ehefrau geborenen Kindes geworden. Die von dieser Regelung aufgestellte widerlegliche Vermutung, der Ehemann habe das Kind auch gezeugt, gelte im Fall einer Ehe zwischen zwei Frauen nicht. Vielmehr könne von vornherein ausgeschlossen werden, dass das von einer Frau geborene Kind von der anderen Frau abstamme. In solchen Fällen sei stets ein biologischer Vater involviert.

**7** Der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Bereich der Ehe werde durch die bestehende Abstammungsregelung nicht beeinträchtigt. Auch die familienbezogenen Grundrechte von Kindesmutter und Antragstellerin zwingen nicht zu einer analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB. Schließlich verstoße die gegenwärtige Gesetzeslage nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Denn für die unterschiedliche Regelung der Abstammung von Kindern, die in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe geboren werden, und solchen aus einer gleichgeschlechtlichen Ehe gebe es sachlich gerechtfertigte Gründe. Bei der mit einer Frau verheirateten Mutter sei mit dem biologischen Vater stets

eine weitere Person betroffen, deren Grundrechte zu beachten seien. Mit dem Adoptionsrecht habe der Gesetzgeber zudem für ein angemessenes Instrumentarium gesorgt, mithilfe dessen Eltern-Kind-Verhältnisse auch bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren unter Wahrung der jeweiligen Grundrechte von Mutter, Kind, Ehefrau der Mutter und biologischem Vater gestaltet werden könnten.

**8** Es möge im vorliegenden Fall durchaus so sein, dass der biologische Vater bereits im Zusammenhang mit der Spermien-spende darauf verzichtet habe, die rechtliche Stellung eines Vaters einzunehmen, und es dem Kindeswohl entspreche, dass die Antragstellerin zum sorgeberechtigten Elternteil des betroffenen Kindes werde. Dies zu überprüfen und festzustellen, obliege jedoch nicht dem Standesamt, sondern müsse – jedenfalls bis zu einer gesetzlichen Neuregelung – dem Familiengericht vorbehalten bleiben.

**9 2.** Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das Geburtenregister ist nicht unrichtig im Sinne des § 48 PStG, weil die Antragstellerin nicht rechtlicher Elternteil des betroffenen Kindes ist. Ihre Elternstellung ergibt sich insbesondere nicht in entsprechender Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB daraus, dass sie zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet war.

**10 a)** Mutter des Kindes ist nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat, mithin vorliegend die Beteiligte zu 1. Das deutsche bürgerliche Recht kennt nur die Zuordnung einer einzigen Mutter kraft Gesetzes. Damit hat der Gesetzgeber andere mögliche Formen der abstammungsrechtlichen Mutter-Kind-Zuordnung, insbesondere die Mutterschaft der Eizellenspenderin im Fall der Leihmutterchaft, bewusst ausgeschlossen. Eine Mutterschaftsanerkennung sieht das geltende Recht nicht vor. Weitere Formen der Entstehung einer beiderseits weiblichen Elternschaft kraft Abstammung, etwa die Mit- oder Co-Mutterschaft bei konsentierter heterologer Insemination, sind im deutschen Recht ebenfalls nicht vorgesehen (vgl. Senatsbeschluss vom 29.11.2017, XII ZB 459/16, FamRZ 2018, 290 Rdnr. 11 m. w. N.).

**11 b)** Die mangels erfolgter Annahme als Kind (§§ 1741 ff. BGB) daher allein in Betracht zu ziehende Elternstellung der Antragstellerin gemäß oder entsprechend § 1592 BGB scheidet aus, weil diese Vorschrift weder unmittelbar noch analog auf die Antragstellerin als Ehefrau der Kindesmutter anwendbar ist.

**12 aa)** Die direkte Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB kommt hier – ebenso wie die des schon mangels Anerkennungserklärung nicht einschlägigen § 1592 Nr. 2 BGB – bereits deshalb nicht in Betracht, weil die Norm nach ihrem klaren Wortlaut allein die Vaterschaft regelt und diese einem bestimmten Mann zuweist (vgl. etwa *Binder/Kiehnle*, NZFam 2017, 742, 743; *Lies-Benachib/Chebout/Richarz*, AnwBl. Berlin 2018, 53, 54). Für eine Auslegung gegen diesen Wortlaut ist kein Raum (a. A. offenbar *Engelhardt*, NZFam 2017, 1042, 1047; *Zschiebsch*, notar 2017, 363).

**13** Die Vorschrift gehört zu den Abstammungsregeln der §§ 1591 ff. BGB, die die Eltern-Kind-Zuordnung zu einer Mutter und einem Vater zum Gegenstand haben (vgl. Senatsbeschlüsse vom 29.11.2017, XII ZB 459/16, FamRZ 2018,

290 Rdnr. 11 ff. und vom 6.9.2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1885 Rdnr. 25 f.; BVerfG, FamRZ 2003, 816, 818 f.; vgl. auch *Reinhardt*, RPfStud 2018, 33, 34 f.). Insofern nimmt das Gesetz ausgehend davon, dass ein Kind einen männlichen und einen weiblichen Elternteil hat, eine Zuordnung des Kindes zu zwei Elternteilen unterschiedlichen Geschlechts vor (vgl. *Reinhardt*, RPfStud 2018, 33, 34 f.). Dementsprechend soll die Bestimmung des § 1592 BGB nach ihrem Sinn und Zweck nicht die gleichgeschlechtliche Elternschaft normieren. Ein dahin gehender gesetzgeberischer Wille lässt sich auch nicht aus dem Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts entnehmen, das § 1592 BGB unverändert gelassen hat. Weder dessen Gesetzestext noch die gesetzgeberischen Materialien hierzu (vgl. BT-Drucks. 18/12989) befassen sich mit Abstammungsfragen.

**14** bb) Wie das OLG weiter richtig gesehen hat, ist § 1592 Nr. 1 BGB auch nicht entsprechend anwendbar.

**15** (1) Mit dem am 1.10.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 (BGBl. I, S. 2787) hat der Gesetzgeber zwar zivilrechtlich durch Änderung des § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt und zugleich mit § 17a PStG Lebenspartnern die Möglichkeit eröffnet, ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe umzuwandeln. Hiervon haben die Antragstellerin und die Kindesmutter am 12.10.2017 Gebrauch gemacht, sodass sie zum Zeitpunkt der Geburt des betroffenen Kindes miteinander verheiratet waren (zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der „Ehe für alle“ vgl. etwa Senatsbeschluss vom 22.11.2017, XII ZB 578/16, FamRZ 2018, 198 Rdnr. 9 m. w. N.).

**16** (2) Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB liegen aber nicht vor (a. A. *Binder/Kiehnle*, NZFam 2017, 742, 743; *Erbarth*, FamRB 2017, 429, 436; *Kemper*, FamRB 2017, 438, 442 f.; *Kiehnle*, NZFam 2018, 759; *Löhnig*, NZFam 2017, 643, 644). Eine solche erfordert zum einen eine planwidrige Regelungslücke. Zum anderen muss die Vergleichbarkeit der zur Beurteilung stehenden Sachverhalte gegeben sein, also der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 6.9.2017, XII ZB 42/17, FamRZ 2017, 1948 Rdnr. 25 m. w. N.). An beidem fehlt es hier (vgl. KG, Beschluss vom 9.2.2018, 3 UF 146/17, juris Rdnr. 53; DNotI-Report 2018, 19, 20; *Kaiser*, FamRZ 2017, 1889, 1895 f.; vgl. auch *Jauernig/Budzikiewicz*, BGB, 17. Aufl., § 1592 Rdnr. 1; *Keuter*, FF 2018, 302, 305; *Palandt/Brudermüller*, § 1592 Rdnr. 3 a. E.).

**17** (a) Entgegen der von der Rechtsbeschwerde und Teilen der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. etwa *Kemper*, FamRB 2017, 438, 442; *Kiehnle*, NZFam 2018, 759; *Löhnig*, NZFam 2017, 643, 644) weist das Gesetz schon keine planwidrige Regelungslücke zu der Frage einer Mit-Elternschaft von gleichgeschlechtlichen Ehepaaren auf (KG, Beschluss vom

9.2.2018, 3 UF 146/17, juris Rdnr. 53; DNotI-Report 2018, 19, 20; *Hammer*, FamRZ 2017, 1236; *Helms*, StAZ 2018, 33, 35; *Kaiser*, FamRZ 2017, 1889, 1895 f.; *Reinhardt*, RPfStud 2018, 33, 36; *Schmidt*, NZFam 2017, 832, 833).

**18** Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber mit der „Ehe für alle“ bestehende Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität in allen gesellschaftlichen Bereichen beenden und hierzu rechtliche Regelungen, die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften schlechter stellen, beseitigen wollte (BT-Drucks. 18/6665, S. 11). Dies lässt aber nicht den Schluss zu, er habe es versehentlich verabsäumt, die bestehende Differenzierung im Abstammungsrecht aufzuheben (vgl. Plenarprotokoll 18/234, S. 23825). Vielmehr hatte der Gesetzgeber bei der Neuregelung insbesondere eine „konkrete und symbolische Diskriminierung“ im Blick, die er darin erkannte, dass gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe verwehrt war. Haltbare Gründe dafür, homo- und heterosexuelle Paare unterschiedlich zu behandeln und am Ebehindernis der Gleichgeschlechtlichkeit festzuhalten, vermochte er nicht mehr zu erkennen. Darüber hinaus sah er eine zu beseitigende Benachteiligung insbesondere im Adoptionsrecht (vgl. BT-Drucks. 18/6665, S. 1; vgl. auch BR-Drucks. 274/15).

**19** Bereits daraus ergibt sich, dass die Neuregelung nicht jedwede unterschiedliche rechtliche Behandlung von homo- und heterosexuellen Paaren beenden sollte, sondern der Gesetzgeber ganz bestimmte – und dann auch mit der Gesetzesänderung berücksichtigte – Bereiche erfassen wollte. Die Abstammung, die nach der gesetzlichen Systematik nicht als Wirkung der Ehe, sondern als selbstständiger Tatbestand im Verwandtschaftsrecht konzipiert ist (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rdnr. 46), gehörte nicht zu diesen.

**20** Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber bislang von einer Reform des Abstammungsrechts bewusst Abstand genommen hat. Vielmehr wurde vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ein Arbeitskreis eingesetzt, der eine umfassende Reform des Abstammungsrechts vorbereiten sollte und sich dabei auch intensiv mit der Frage gleichgeschlechtlicher Elternschaft befasst hat. Seine Ergebnisse hat dieser Arbeitskreis am 4.7.2017 und mithin wenige Tage vor Erlass des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 vorgelegt. Angesichts dieses zeitlichen Zusammenhangs ist auszuschließen, dass schlicht vergessen wurde, abstammungsrechtliche Folgen der gleichgeschlechtlichen Ehe zu regeln (vgl. KG, Beschluss vom 9.2.2018, 3 UF 146/17, juris Rdnr. 53; *Hammer*, FamRZ 2017, 1236 m. w. N.; *Helms*, StAZ 2018, 33, 35; *Kaiser*, FamRZ 2017, 1889, 1896; *Reinhardt*, RPfStud 2018, 33, 36). Dies wird zusätzlich durch den inzwischen vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der abstammungsrechtlichen Regelungen an das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts belegt, mit dem ausdrücklich dem Umstand begegnet werden soll, dass die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB „noch nicht auf die Ehefrau der Mutter erweitert“ sei und es eine zu § 1592 Nr. 2 BGB analoge Möglichkeit für lesbische Paare bislang nicht gebe (BT-Drucks. 19/2665, S. 1, 7; vgl. auch BT-Drucks. 19/4433, S. 2).

**21** (b) Daneben fehlt es auch an der für eine entsprechende Anwendung erforderlichen Vergleichbarkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe zweier Frauen mit der von § 1592 Nr. 1 BGB geregelten Elternschaft des mit der Kindesmutter verheirateten Mannes.

**22** Die Zuordnungstatbestände des § 1592 BGB knüpfen an Kriterien an, die im Regelfall denjenigen Mann als rechtlichen Vater erfassen, von dem das Kind biologisch abstammt (BT-Drucks. 16/6561, S. 8; vgl. auch Senatsbeschluss vom 6.9.2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1855 Rdnr. 25 f.). Die Vaterschaft kraft Ehe beruht mithin darauf, dass diese rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung auch die tatsächliche Abstammung regelmäßig abbildet (vgl. etwa BVerfG, FamRZ 2003, 816, 818; BeckOGK-BGB/Balzer, Stand: 1.8.2018, § 1592 Rdnr. 45; Britz, StAZ 2016, 8, 12; Jauernig/Budzikiewicz, BGB, § 1592 Rdnr. 1; Kaiser, FamRZ 2017, 1889, 1895 f.; Helms, StAZ 2018, 33, 34). Dass dies in der Lebenswirklichkeit im Einzelfall unzutreffend sein kann, was auch etwa die Bestimmung des § 1600 Abs. 5 BGB aufgreift (vgl. Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743), beseitigt nicht die Richtigkeit der regelhaften Annahme. Diese der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Vermutung ist für die mit der Kindesmutter verheiratete Frau dagegen keinesfalls begründet (vgl. BVerfG, FamRZ 2010, 1621, 1622; Britz, StAZ 2016, 8, 12; Kemper, NZFam 2017, 832, 833). Vielmehr ist diese – abgesehen vom nicht vergleichbaren Ausnahmefall des mit der Kindesmutter verheirateten Samen spendenden Mann-zu-Frau-Transsexuellen (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 29.11.2017, XII ZB 459/16, FamRZ 2018, 290) – zwingend und damit abweichend von dem die Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB tragenden Regelfall personenverschieden zum leiblichen Vater des Kindes.

**23** Angesichts dessen ist auch unklar, ob der Gesetzgeber für die Abstammung von Kindern, die bei bestehender Ehe von zwei Frauen geboren werden, zu dem § 1592 Nr. 1 BGB zugrunde liegenden Abwägungsergebnis gelangt wäre. Dies gilt umso mehr, als sich insoweit etwa Folgefragen zur Anfechtbarkeit einer Elternschaft der mit der Kindesmutter verheirateten Frau stellen, die mit den bestehenden Vorschriften der §§ 1599 ff. BGB wegen des – abgesehen von den Fällen der verbotenen Eizellen- oder Embryonenspende der Ehefrau an die Kindesmutter (vgl. Kaiser, FamRZ 2017, 1889, 1895 f.) – zwingenden Auseinanderfallens von gesetzlich bestimmter und genetischer Verwandtschaft bislang nicht beantwortet werden (vgl. DNotI-Report 2018, 19, 20). Zudem bedarf in diesem Zusammenhang auch einer gesetzgeberischen Klärung, ob und in welcher Weise bei zwei männlichen Ehegatten vergleichbare, auf bei Geburt bestehender Ehe beruhende Eltern-Kind-Verhältnisse begründet werden können (vgl. etwa Kaiser, FamRZ 2017, 1889, 1896; die Frage nach einer Diskriminierung männlicher Ehepaare ausdrücklich unbeantwortet lassend: Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743). Schließlich ist eine der Beantwortung durch den Gesetzgeber vorbehaltene, sich im Rahmen des § 1592 BGB in seiner derzeitigen Fassung nicht stellende Frage, wie die Rechtsposition des leiblichen Vaters zu berücksichtigen ist, wenn kein Anwendungsfall des § 1600d Abs. 4 BGB vorliegt. Anders als unter dem aktuellen Regelungsregime, bei dem die rechtliche Elternstellung nach der § 1592 BGB zugrunde liegenden Vermutung regel-

mäßig dem leiblichen Vater zugewiesen wird, wäre dieser nämlich zwingend als Dritter von der rechtlichen Beziehung zwischen den beiden gleichgeschlechtlichen weiblichen Eltern teilen und dem Kind ausgenommen.

**24** c) Dass die Antragstellerin trotz bei Geburt des Kindes bestehender Ehe mit der Kindesmutter nicht kraft Gesetzes Mit-Elternteil des Kindes ist, trifft nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken.

**25** aa) Das Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG wird hierdurch nicht verletzt, weil bereits sein Schutzbereich nicht berührt ist. Diese Verfassungsnorm schützt die Familie als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern und Kindern unabhängig davon, ob die Kinder von den Eltern abstammen oder ob sie ehelich oder nichtehelich geboren wurden, und gewährt ein Recht auf familiäres Zusammenleben und auf Umgang (BVerfG, FamRZ 2003, 816, 821; FamRZ 2010, 1621; FamRZ 2013, 521, 525 f.). Die (Nicht-) Eintragung der Antragstellerin in das Geburtenregister als Mit-Elternteil des Kindes ihrer Ehefrau betrifft aber nicht das Familienverhältnis der Ehepartner mit dem Kind. Das Geburtenregister hat lediglich – unter anderem die rechtlichen Abstammungsverhältnisse des Kindes betreffend – beurkundende Funktion. Das Zusammenleben eines Kindes mit seinen Eltern im Rahmen der Familie wird dadurch hingegen nicht berührt. Eintragungen in ein Personenstandsregister haben keine rechtserzeugende Kraft. Auch die gesetzliche Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB, der die Abstammung des Kindes an die Vermutung knüpft, dass Vater eines Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder die Vaterschaft anerkannt hat, greift selbst nicht in das Recht der Familie ein (vgl. BVerfG, FamRZ 2010, 1621).

**26** bb) Ebenso wenig ist das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt. Grundrechtsträger sind insoweit nur die leiblichen oder rechtlichen Eltern eines Kindes (vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 816, 819 f.; FamRZ 2010, 1621). Die Antragstellerin ist nicht Elternteil des Kindes in diesem Sinne, sondern will diesen Status erst erlangen, sodass sie vom Schutz dieses Grundrechts nicht erfasst ist. Die Kindesmutter wiederum ist dadurch, dass ihre Ehefrau keine rechtliche Elternstellung zu dem Kind hat, nicht in ihrem Elterngrundrecht betroffen. Gleiches gilt für das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Antragstellerin und Kindesmutter nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die Nichteintragung der Elternschaft in einem Personenstandsregister zeitigt insoweit keinerlei Wirkung (vgl. BVerfG, FamRZ 2010, 1621 f.).

**27** Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes folgt nicht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, ihm durch das Abstammungsrecht eine leiblich nicht verwandte Person als rechtlichen Elternteil zuzuordnen, selbst wenn diese bereit und in der Lage ist, Elternverantwortung zu übernehmen. Vielmehr hat das Kind einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf die rechtliche Möglichkeit, Kenntnis von seiner Herkunft zu erlangen (vgl. hierzu Senatsbeschluss BGHZ 204, 54 = FamRZ 2015, 642 Rdnr. 7 f. m. w. N.). Darauf aufbauend kann es grundsätzlich die entsprechenden abstammungsrechtlichen Zuordnungen erreichen. Das war nach der im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtslage auch bei einer ärztlich unter-

stützten künstlichen Befruchtung schon deshalb gewährleistet, weil § 1600d Abs. 4 BGB in der ab 1.7.2018 geltenden Fassung aufgrund der Übergangsregelung des Art. 229 § 46 EGBGB nicht anzuwenden ist. Denn der Samen, mithilfe dessen das Kind gezeugt wurde, wurde vor dem am 1.7.2018 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017 (BGBl. I, S. 2513) verwendet. Davon unabhängig eröffnet das geltende Recht die Möglichkeit der Sukzessivadoption durch die Ehefrau der Kindesmutter nach § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB (vgl. OLG Köln, FamRZ 2015, 156, 157).

**28 cc)** Dass die Ehefrau der Kindesmutter anders als ein Ehemann nicht allein aufgrund der bei Geburt bestehenden Ehe von Gesetzes wegen rechtlicher Elternteil des Kindes ist, stellt schließlich auch keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG dar. Vielmehr ist die Situation – wie bereits dargestellt – insoweit verschieden, als die Ehefrau nicht leiblicher Elternteil des Kindes sein kann, während der Gesetzgeber dies für den Ehemann als Regelfall vermutet und darauf die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB gründet. Dieser Unterschied rechtfertigt die im Rahmen des Abstammungsrechts nach wie vor bestehende abweichende Behandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Ehepaare und deren Kinder (*Kaiser*, FamRZ 2017, 1889, 1897; vgl. BVerfG, FamRZ 2010, 1621, 1622 und OLG Köln, FamRZ 2015, 156, 157, jeweils zur Lebenspartnerschaft; *Britz*, StAZ 2016, 8, 12).

**29** Verfassungsrechtlich ist daher nichts dagegen zu erinnern, dass die Ehefrau einer Kindesmutter – wie im vorliegenden Fall die Antragstellerin – jedenfalls bis zu einer eventuellen gesetzlichen Neuregelung auf die Sukzessivadoption nach § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB verwiesen bleibt, um in die rechtliche Elternstellung zu gelangen. Auf diesem rechtlichen Weg werden sowohl die Rechte des betroffenen Kindes gewahrt (vgl. dazu BVerfG, FamRZ 2013, 521, 526 ff.) als auch über die Vorschrift des § 1747 BGB die Rechte des in solchen Fallgestaltungen notwendigerweise zusätzlich zu den beiden Ehegatten existierenden biologischen Vaters (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 18.2.2015, XII ZB 473/13, FamRZ 2015, 828 Rdnr. 15 ff.).

**30 dd)** Schließlich liegt aus den vorgenannten Gründen auch kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens schützt, für sich genommen oder in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK vor. Für eine Vermutung, dass das von der einen Ehefrau geborene Kind biologisch von der zweiten Ehefrau abstammt, gibt es keine Tatsachengrundlage. Die gleichgeschlechtlichen Ehepartner befinden sich daher im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der Geburt vorgenommenen Eintragungen in das Geburtenregister nicht in einer in erheblichem Maße vergleichbaren Situation wie verschiedengeschlechtliche Ehepartner (vgl. EGMR, FamRZ 2014, 97, 98).

## ANMERKUNG:

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

### 1. Die Entscheidung

Der BGH hat in seinem Beschluss vom 10.10.2018 lehrbuchartig und der politischen Brisanz des Themas angemessen ausführlich dargelegt, weshalb das Gesetz – hier in Form von § 1592 Nr. 1 BGB – ausschließlich seinem Wortlaut und Sinn und Zweck entsprechend anzuwenden ist. Demgemäß muss die zum Zeitpunkt der Geburt eingetragene Lebenspartnerin oder nunmehr Ehefrau<sup>1</sup> der gebärenden biologischen Mutter auch weiterhin den Schritt der Annahme als Kind beschreiten, um rechtlich als Mutter anerkannt zu werden. Die Antragstellerin als Ehefrau der biologischen Mutter des während der Ehe geborenen Kindes begehrte gemäß § 48 PStG die Ergänzung des Geburtsinhalts um ihre Mutterschaft. Während die Standesamtsaufsicht und ihr folgend das AG Chemnitz<sup>2</sup> ihre Rechtsauffassung teilen, bestätigen sowohl das OLG Dresden<sup>3</sup> als Beschwerdeinstanz als auch der BGH die ursprüngliche Weigerung des Standesamts.

Dass der BGH mit der Vorinstanz die analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB erwägt, aber zugleich überzeugend ablehnt, ist aufgrund der damit einhergehenden Rechtssicherheit für die Praxis begrüßenswert. Eine Analogie wurde nicht nur vereinzelt gefordert.<sup>4</sup> Nunmehr kann der Rechtsgestalter auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und nicht nur auf das Argument des sichersten Wegs gestützt zur Adoption raten, ohne sich auf eine gesellschaftspolitische Diskussion einlassen zu müssen.

Zu welcher ausführlicher Auseinandersetzung mit den Diskriminierungsverboten des GG und der EMRK sich der BGH gezwungen sah, überrascht jedoch gleich aus zwei Gründen. Zum einen ordnet § 1592 Nr. 1 BGB lediglich aufgrund der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit der biologischen Vaterschaft dem Ehemann zum Zeitpunkt der Geburt auch die rechtliche Vaterschaft zu und erspart somit den Schritt der Vaterschaftsanerkennung, respektive der Adoption bei

- 1 Zur „Ehe für alle“, also auch für gleichgeschlechtliche Paare, seit 1.10.2017 instruktiv und statt vieler *Knoop*, NJW-Spezial 2017, 580.
- 2 AG Chemnitz, Beschluss vom 26.2.2018, 8 UR III 38/17, BeckRS 2018, 29888.
- 3 OLG Dresden, Beschluss vom 2.5.2018, 2 W 292/18, NZFam 2018, 759.
- 4 *Binder/Kiehnle*, NZFam 2017, 742; *Kaiser*, FamRZ 2017, 1889; *Erbarth*, FamRB 2017, 429; *Kiehnle*, NZFam 2018, 759 (Anm. zu OLG Dresden, Beschluss vom 27.4.2018, 3 W 292/18); so wohl auch *Löhnig*, NZFam 2017, 643; gar für eine unmittelbare Anwendung plädiert *Engelhardt*, NZFam 2017, 1042.

gleichgeschlechtlichen<sup>5</sup> Paaren.<sup>6</sup> Die Versagung der Analogie führt lediglich zu einem Mehraufwand, ohne das gewünschte rechtliche Ergebnis zu verhindern. Der hiermit verbundene Eingriff hält sich – anders als beispielsweise der durch die Rechtslage vor Ermöglichung der Sukzessiv-adoption<sup>7</sup> – in Grenzen. Zum anderen hatte sich ebenfalls der 12. Senat des BGH vor nicht einmal zweieinhalb Jahren noch mit der Frage auseinandergesetzt, ob die gesetzliche Zuweisung der Elternstellung für ein Kind neben der Mutter auch an deren Ehefrau oder Lebenspartnerin durch das südafrikanische Recht gegen den *ordre public* verstößt.<sup>8</sup> Vor diesem Hintergrund nunmehr einen Zwang hierzu aus Grund- oder Menschenrechten ableiten zu wollen, erscheint zumindest ambitioniert. Daher soll der Schwerpunkt nachfolgend nicht auf den Aussagen zum GG und der EMRK liegen. Interessanter ist die vertiefte Betrachtung der Analogieablehnung sowie der hypothetischen Folgen der Annahme einer Analogie und ein Ausblick auf eine mögliche gesetzliche Neuregelung verbunden mit den Konsequenzen für die Praxis.

## 2. Kein Verstoß gegen das GG oder die EMRK

Die fehlenden verfassungsrechtlichen Bedenken ergeben sich bereits aus der Rechtsprechung des BVerfG. Dieses hat im Jahre 2010 im Rahmen der Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde, der – abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der damaligen Rechtslage mit der biologischen Mutter „lediglich“ in eingetragener Lebenspartnerschaft lebte – die gleichen Rechtsfragen zugrunde lagen, aufgezeigt, dass keine der erneut in Rede stehenden verfassungsrechtlichen Position verletzt werden.<sup>9</sup> Entweder ist der Schutzbereich (Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) nicht eröffnet, die Antragstellerin nicht betroffen (Art. 6 Abs. 2 GG) oder eine Ungleichbehandlung nicht gegeben (Art. 3 Abs. 1 GG). Weshalb sich an diesem Befund durch die „Ehe für alle“ etwas geändert haben sollte, ist nicht erkennbar.

Auch dafür, dass weder ein Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK noch gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK vorliegt, kann sich der BGH auf die Rechtsprechung des für die Letztentscheidung zuständigen Gerichts stützen. Der EGMR hat 2013 im soeben dargelegten vom BVerfG nicht

zur Entscheidung angenommenen Fall keinen Konventionsverstoß festgestellt.<sup>10</sup>

## 3. Ablehnung einer Analogie

Der BGH verneint bereits die erste Voraussetzung einer Analogie, da er keine planwidrige Regelungslücke erkennen kann.<sup>11</sup> Der Gesetzgeber wollte mit der „Ehe für alle“ eine Diskriminierung beseitigen, was aber nicht den Schluss auf ein versehentliches Versäumnis im Hinblick auf die Differenzierung im Abstammungsrecht zulasse.<sup>12</sup> Dies hält *Löhning* für zweifelhaft, da man dem Gesetzgeber schwer eine nur symbolische Gesetzgebung ohne sachlichen Regelungsgehalt unterstellen dürfe.<sup>13</sup> Wer die öffentliche und parlamentarische Debatte um die „Ehe für alle“ jedoch verfolgt hat, dem dürfte es eher schwer fallen, in dieser Gesetzesänderung allzu viel mehr als eine – wenn auch für viele Menschen durchaus bedeutsame – symbolische Maßnahme zu sehen. Zweck war ausschließlich, die symbolische Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Menschen zu beseitigen, der diese durch die Verweigerung des Zugangs zur Ehe bisher ausgesetzt waren.<sup>14</sup> Doch selbst wenn der Gesetzgeber der Auffassung gewesen wäre, mit der Ehe für alle sämtliche rechtliche Nachteile gleichgeschlechtlicher Paare beseitigt zu haben, so hätte man hieraus nur schwer auf einen Willen zur Öffnung auch des § 1592 Nr. 1 BGB schließen können.<sup>15</sup> Denn diese Regelung stellt zwar auf die Ehe ab, so wie die Regelung des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf die Beiwohnung abstellt. Entscheidendes Tatbestandsmerkmal beider Regelungen ist jedoch das männliche Geschlecht, da nur aufgrund dessen die den Regelungen innewohnende und sie begründende Vermutung der biologischen Vaterschaft überhaupt möglich ist.

Aus dieser fehlenden Grundlage für eine Vermutung der Elternschaft folgt bereits die fehlende Vergleichbarkeit der geregelten mit der nun zu entscheidenden Konstellation und damit die zweite Voraussetzung einer Analogiebildung. Zu Recht betont der BGH, dass die Tatsache, dass die Annahme der biologischen Vaterschaft des mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheirateten Mannes in der Lebenswirklichkeit im Einzelfall unzutreffend sein kann, nichts an

5 Wenn hier und nachfolgend von gleichgeschlechtlichen Paaren die Rede ist, bezieht sich dies lediglich auf Frauen. Die Geburt eines Kindes für ein männliches Paar ist ausschließlich durch den Einsatz einer Leihmutter möglich. Auch hier stellen sich viele abstammungsrechtliche Fragen, aber nicht die Frage nach der analogen Anwendung des § 1592 BGB.

6 Zu den Wertungen des § 1592 BGB, denen des deutschen Abstammungsrechts im Allgemeinen und zu dessen Entwicklung ausführlich und lesenswert *Ernst*, NZFam 2018, 443.

7 BVerfG, Urteil vom 19.2.2013, 1 BvL 1/11 u. a., NJW 2013, 847 sowie die hierauf erfolgte Aufnahme des § 1742 BGB in § 9 Abs. 7 Satz 2 LPartG.

8 BGH, Beschluss vom 20.4.2016, XII ZB 15/15, NJW 2016, 2322.

9 BVerfG, Beschluss vom 2.7.2010, 1 BvR 666/10, NJW 2011, 988.

10 EGMR, Entscheidung vom 7.5.2013, 8017/11, NJW 2014, 2561.

11 A. A. *Kiehnle*, NZFam 2018, 759 (Anm. zu OLG Dresden, Beschluss vom 27.4.2018, 3 W 292/18), der aber verkennt, dass neben der Regelungslücke auch deren Planwidrigkeit gegeben sein muss.

12 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

13 *Löhning*, JA 2019, 69 (Anm. zur besprochenen Entscheidung des BGH).

14 Dies lässt sich auch der Problem- und Zieldarstellung im Gesetzesentwurf des Bundesrates entnehmen, BT-Drucks. 18/6665, S. 1; so im Ergebnis auch *Coester-Waltjen*, FamRZ 2018, 1919.

15 So aber *Löhning*, NZFam 2017, 643, dem darin zugestimmt werden kann, dass dem eiligen Gesetzgeber möglicherweise die heiß diskutierten adoptionsrechtlichen Fragen mehr vor Augen standen als das Abstammungsrecht. Auch dies spricht aber gerade gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke: Wer überhaupt keinen Plan zur Reformierung eines Rechtsbereichs verfolgt, kann auch keine Lücken entgegen des (nicht bestehenden) Plans hinterlassen.

der Richtigkeit der regelhaften Annahme ändert.<sup>16</sup> Sofern für die Analogie ins Feld geführt wird, dass die Regelung auch dem Schutz der sozial-familiären Beziehung des Kindes zum Ehepartner der Mutter zugrunde liegt,<sup>17</sup> so mag sich hieraus eine Übereinstimmung der beiden Konstellationen in diesem einen Punkt ergeben. Eine die Analogie rechtfertigende Vergleichbarkeit der Interessenlage ist damit nicht begründet. Ebenso wenig hilft hier die Erkenntnis weiter, dass es dem Kindeswohl am besten dient, wenn dem Kind von Anfang an zwei rechtliche Eltern zugeordnet werden.<sup>18</sup> Auch das wünschenswerteste Ergebnis muss vom Gesetzgeber geschaffen werden, wenn es die Rechtsprechung nicht mit den zulässigen Methoden der Gesetzesanwendung erzielen kann.

#### 4. Folgen einer Analogie

Dass der BGH keinen Zwang zur Analogiebildung sieht und diese auch ablehnt, ist vor allem aufgrund der unumgänglichen Folgen einer solchen Analogie zu begrüßen. Wenn auch nur in Einzelfällen – so könnten die Rechte von Kindern zugunsten der Rechte gleichgeschlechtlicher Paare in bedenklicher Weise in den Hintergrund treten.<sup>19</sup> Durch eine Verlagerung der Fälle vom Adoptions- in das Abstammungsrecht ginge die Einzelfallprüfung des Kindeswohls verloren. Auch betrifft die Eheschließung zweier gleichgeschlechtlicher Partner primär die Beziehung zwischen diesen und hat, da die biologisch-genetische „Vaterschaft“ ausgeschlossen ist, keine erkennbaren Auswirkungen auf das Verhältnis zum Kind. Zu denken sei hier nur an den Fall, dass die spätere Mutter ihre Befruchtung ohne das Wissen, geschweige denn das Einverständnis ihrer Ehepartnerin vornehmen lässt. Dieses Beispiel veranschaulicht zugleich, dass die Anknüpfung an die Ehe trotz der Vermutung zugrunde liegenden konservativen Vorstellungen in der Realität bei verschiedengeschlechtlichen Paaren ihren Zweck erfüllt. Für gleichgeschlechtliche Paare ist hingegen nach anderen Lösungen zu suchen.

#### 5. Ausblick

Bereits der 71. Deutsche Juristentag hat sich 2016 mit den Herausforderungen neuer Familienformen beschäftigt.<sup>20</sup> Der im Februar 2015 vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz einberufene Arbeitskreis hat im Juli 2017 seinen Abschlussbericht vorgelegt.<sup>21</sup> Zusammenfassen lassen sich die Ergebnisse dahin gehend, dass eine progres-

sive Reform – die sich bereits in dem Wandel der Terminologie vom Abstammungsrecht hin zur Eltern-Kind-Zuordnung zeigt – den neuen Familienformen und ihrer Entstehung unabhängig von der geringen Anzahl der Fälle Rechnung tragen soll, ohne dass die für die traditionellen Formen geltenden Regelungen eingeschränkt werden.<sup>22</sup> Besonders erwähnenswert erscheint, dass das Kindeswohl anders als im Adoptionsrecht nicht im Einzelfall, sondern lediglich typisierend abstrakt berücksichtigt werden soll.<sup>23</sup> Im hier besprochenen Fall handelte es sich um eine medizinisch assistierte künstliche Befruchtung mit Spendersamen einer Samenbank.<sup>24</sup> Unterstellt man realitätsnah, dass der Samenspender auf die Elternschaft verzichtet hat, so wäre nach den Empfehlungen des Arbeitskreises die Ehefrau der gebärenden Mutter als Co-Mutter anzusehen, da sie in die Fortpflanzung eingewilligt hat.<sup>25</sup> Dies erscheint deutlich überzeugender als eine Anknüpfung an die bestehende Ehe durch Öffnung des § 1592 Nr. 1 BGB. In dieser Konstellation kann so die augenscheinlich sinnentleerte „Mutterschaftsanerkennung“ unterbleiben, auch wenn die Frauen nicht verheiratet wären. Auch für die „Mutterschaftsanerkennung“ gilt allerdings für die Praxis zunächst weiterhin, dass von einer analogen Anwendung auch des § 1592 Nr. 2 BGB nicht ausgegangen werden kann.<sup>26</sup>

Obwohl der momentane Gesetzeszustand für gleichgeschlechtliche Paare durchaus zumutbar erscheint, wird der Gesetzgeber nicht umhinkommen, sich des Abstammungsrechts anzunehmen. Neben der „Ehe für alle“ hat er sich auch durch die Einführung der dritten Geschlechtskategorie „divers“ mittels Änderung des § 22 Abs. 3 PStG den Reformbedarf – erzwungen durch das BVerfG<sup>27</sup> – selbst geschaffen bzw. verstärkt.<sup>28</sup> Zwar wird man de lege lata eine ein Kind gebärende Person mit Varianten der Geschlechtsentwicklung unproblematisch auch als Frau bei der Anwendung des § 1591 BGB ansehen können.<sup>29</sup> Bei der Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB stellt sich die nunmehr durch den BGH für Frauen ablehnend entschiedene Frage nach der analogen Anwendung in verstärkter Form: Ist die vergleichbare Interessenlage etwa dann anzunehmen, wenn der Anerkennende keinem traditionellen Geschlecht zuzuordnen ist, aber die biologische Zeugung durch ihn möglich

16 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

17 *Kiehnle*, NZFam 2018, 759 (Anm. zu OLG Dresden, Beschluss vom 27.4.2018, 3 W 292/18).

18 So *Löhning*, NZFam 2017, 643.

19 So auch *Schmidt*, NZFam 2018, 908 (Anm. zu KG, Beschluss vom 9.2.2018, 3 UF 146/17).

20 *Helms*, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag 2016, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen; teilweise kritisch hierzu *Heiderhoff*, NJW 2016, 2629.

21 Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017\\_AK\\_Abstimmung\\_Abschlussbericht.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf), zuletzt aufgerufen am 6.1.2019.

22 Ausführlich hierzu *Ernst*, NZFam 2018, 443.

23 Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht S. 15, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017\\_AK\\_Abstimmung\\_Abschlussbericht.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf).

24 Rdnr. 2 der besprochenen Entscheidung.

25 *Ernst*, NZFam 2018, 443; Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht S. 15, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017\\_AK\\_Abstimmung\\_Abschlussbericht.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf).

26 So auch *Coester-Waltjen*, FamRZ 2018, 1919.

27 BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643.

28 Schon seit dem 1.11.2013 war nach § 22 Abs. 3 PStG bei fehlender Zuordenbarkeit eine Registereintragung ohne Geschlechtsangabe möglich. Damit war dem Register jedoch nicht derart klar zu entnehmen, dass eine rechtliche Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht ausscheidet.

29 So auch *Lindenberg*, NZFam 2018, 1062.

wäre? Weitere Differenzierungen sind durchaus denkbar: Soll es auf die abstrakte oder die konkrete Zeugungsfähigkeit ankommen? Auch weitere Folgefragen werden auftauchen wie beispielweise danach, ob – bei Bejahung der analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB – diesem „Vater“ dann auch immer die starke Stellung des § 1600 Abs. 2 BGB im Rahmen einer Vaterschaftsanfechtung zuerkannt wird.

Es kann nur gehofft werden, dass der Gesetzgeber sich dieser Probleme ihrer rechtlichen und menschlichen Bedeutung entsprechend annimmt und das Familienrecht umfassend betrachtet. Bis alle Zweifelsfragen aufgrund der derzeit bestehenden Rechtslage einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt worden sind, gilt für die notarielle Praxis im Umgang mit Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung: Von der analogen Anwendung der Nr. 1 und Nr. 2 des § 1592 BGB kann nicht ausgegangen werden.<sup>30</sup> Daher ist stets der Weg der Adoption zu gehen.

30 A. A. im Hinblick auf die Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB *Coester-Waltjen*, FamRZ 2018, 1919.

## 10. Zu den Voraussetzungen der Gesamtnichtigkeit eines Ehevertrages bei unwirksamer Beschränkung des Betreuungsunterhalts

OLG Celle, Beschluss vom 13.9.2018, 17 UF 28/18

BGB §§ 138, 139, 1408, 1585c

### LEITSÄTZE:

- 1. Die kompensationslose ehevertragliche Beschränkung des Anspruches auf Betreuungsunterhaltes auf das Existenzminimum führt bei nicht auszu-schließendem Kinderwunsch zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung, wenn bereits bei Vertragsschluss absehbar war, dass berufliche Einschränkungen aufgrund der Kinderbetreuung nur einen Ehegatten treffen würden.**
- 2. Diese Unwirksamkeit erfasst bei vereinbarter salvatorischer Klausel nicht den gesamten Vertrag.**
- 3. Ein in der Gesamtschau für einen Ehegatten allein nachteiliger Ehevertrag ist nur dann insgesamt unwirksam, wenn er Ergebnis einer ungleichen Verhandlungsposition ist (vgl. BGH, FamRZ 2013, 195 ff., FamRZ 2017, 884 ff.).**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Ehefrau wendet sich gegen einen im Scheidungsverbundverfahren ergangenen Teilbeschluss, durch den ihre Anträge auf Auskunft zum Zugewinnausgleich und zum nachehelichen Unterhalt abgewiesen worden sind.

2 Die Eheleute schlossen am 5.7.2001 die Ehe, der zwei am 1.4.2004 und am 26.4.2006 geborene Kinder entstammen. Sie leben jedenfalls

seit Februar 2016 voneinander getrennt, der Scheidungsantrag des Ehemannes ist der Ehefrau am 2.2.2017 zugestellt worden.

3 Anlässlich der Heirat schlossen die Beteiligten am 26.6.2001 einen notariellen Ehevertrag, auf den verwiesen wird (...) und in dem es unter anderem heißt:

„(...) Für unsere Ehe soll grundsätzlich der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelten. Wenn jedoch unsere Ehe anders endet als durch den Tod eines Ehegatten, findet ein Zugewinnausgleich nicht statt. (...)

Der Versorgungsausgleich wird ausgeschlossen, ebenso die spätere gerichtliche Abänderung dieses Ausschlusses.

(...) Wir sind beide vollschichtig berufstätig und verzichten gegenseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt und nehmen den Verzicht gegenseitig an. Ausgenommen hiervon ist der Fall, dass ein Ehegatte in Not gerät. Eine derartige Notlage liegt dann vor, wenn dem Ehegatten der monatliche notwendige Eigenbedarf – Selbstbehalt – nach der überwiegend verwendeten Unterhaltstabelle, derzeit die Düsseldorfer Tabelle, nicht zur Verfügung steht. An Unterhalt wird dann geschuldet die Differenz zwischen den tatsächlichen Einkünften des Ehegatten und dem Betrag des notwendigen Eigenbedarfs. (...) Dieser notwendige Unterhalt kann nur dann verlangt werden, wenn der bedürftige Ehegatte zum Zeitpunkt des Verlangens Kinderbetreuungsunterhalt nach den §§ 1570, 1572 Nr. 2 BGB verlangen könnte.

(...) Sollte eine dieser Vereinbarungen unwirksam sein oder werden, so sollen die übrigen Vereinbarungen davon unberührt bleiben.

(...)“

4 Die Ehefrau ist gelernte Hotelfachfrau und absolvierte bei Heirat eine während der Ehe nach dem Besuch der Hotelfachschule abgeschlossene Ausbildung zum Betriebswirt für das Hotel- und Gaststättengewerbe. Im Anschluss daran nahm sie eine Tätigkeit als Assistentin der Geschäftsführung in einem Unternehmen der Systemgastronomie auf. Nach Geburt des ersten Kindes gab sie diesen Beruf auf; sie war sodann zumindest auf Teilzeitbasis im Autohaus des Ehemannes beschäftigt; zudem ließ sie sich während der Ehe zur Yogalehrerin ausbilden.

5 Der Ehemann war bereits bei Heirat geschäftsführender Gesellschafter eines Autohauses. Er übt diese Tätigkeit weiterhin aus.

6 Die Ehefrau ist der Meinung gewesen, der Ehevertrag benachteilige sie unangemessen und sei daher nichtig.

7 Sie hat im Verbundverfahren Stufenanträge zum Zugewinnausgleich und nachehelichem Unterhalt erhoben. Insofern hat sie zur Auskunftsstufe beantragt, den Ehemann zu verpflichten,

– Auskunft über sein Anfangsvermögen am 5.7.2001, sein Trennungvermögen am 13.2.2016 und sein Endvermögen zum 2.2.2017 zu erteilen und diese Auskunft durch diverse, aufgrund allgemeiner Kriterien näher spezifizierte Unterlagen zu belegen; zudem

– Auskunft über sein Einkommen zu erteilen in Form eines systematischen Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, hinsichtlich der Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit durch Vorlage der Jahresabschlüsse der E GmbH für 2016 und der E A GbR für 2016, falls nicht vorliegend, der betriebswirtschaftlichen Auswertungen für 2016, hinsichtlich der Entnahmen aus den vorgenannten Gesellschaften für die Jahre 2014 bis 2019 durch Vorlage der jeweiligen durch den Steuerberater gefertigten Zusammenstellung, hinsichtlich der Kapitalkontenentwicklung 2014 bis 2016 der vorgenannten Gesellschaften durch Vorlage der jeweiligen durch den Steuerberater gefertigten Zusammenstellung; hinsichtlich etwaiger Steuerzahlungen durch Vorlage der Steuererklärung 2016 und einer Steuervorausberechnung, falls vorliegend, des Steuerbescheides.

8 Der Ehemann hat beantragt, die Anträge abzuweisen.

9 Er ist der Meinung, der Ehevertrag sei wirksam und benachteilige die Ehefrau nicht unangemessen.



**10** Das AG hat die Anträge zur Auskunftserteilung mit Teilbeschluss vom 12.12.2017 abgewiesen und dies mit dem Ehevertrag, der Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt ebenso ausschließt wie Ansprüche auf Zugewinnausgleich, begründet.

**11** Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Ehefrau, die weiterhin der Meinung ist, der Ehevertrag benachteilige sie unangemessen; jedenfalls sei er angesichts der zwischenzeitlichen Geburt der Kinder nicht anzuwenden. Hierzu behauptet sie, sie habe vor Unterzeichnung des Vertrages keinen Entwurf der zu protokollierenden Vereinbarung erhalten. Bereits bei Heirat hätten die Eheleute geplant, eine Familie zu gründen.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**15** II. Die zulässige Beschwerde der Ehefrau ist begründet, soweit das AG den Antrag auf Auskunft zum nachehelichen Unterhalt abgewiesen hat; die Abweisung des Antrages auf Auskunft zur Bezifferung eines Anspruches auf Zugewinnausgleich ist demgegenüber nicht zu beanstanden. Der Ehevertrag ist nur hinsichtlich der Regelung des nachehelichen Unterhalts sittenwidrig. Dies lässt die Wirksamkeit der weiteren Bestimmungen gemäß § 139 BGB und der im Vertrag enthaltenen salvatorischen Klausel unberührt. Insbesondere ist der Ehevertrag nicht aufgrund einer Gesamtwürdigung der in ihm enthaltenen Regelungen sittenwidrig, weil es an einer unterlegenen Verhandlungsposition, die der Ehemann hätte ausnutzen können, fehlt.

Im Einzelnen:

**16** 1. Grundsätzlich darf die Möglichkeit der Ehegatten, die Scheidungsfolgen vertraglich zu regeln, nicht dazu führen, dass die Lasten der Ehe entgegen dem Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen von einem Ehegatten allein zu tragen sind. Regelungen, aufgrund derer ein Ehegatte evident einseitig und unzumutbar belastet wird, ist daher nach § 138 BGB von vorneherein die Anerkennung zu versagen, wobei die Belastungen des benachteiligten Ehegatten umso schwerer wiegen, je unmittelbarer die Regelung in den Kernbereich der gesetzlich geregelten Scheidungsfolgen eingreift (vgl. etwa BGH, FamRZ 2014, 629 ff.; FamRZ 2013, 269 ff.; grundlegend, FamRZ 2004, 601 ff.; jew. m. w. N.). Sind einzelne Regelungen des Ehevertrages für sich genommen wirksam, so kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus einer Gesamtwürdigung des Vertrages ergeben, wenn die einzelnen Bestimmungen in ihrem Zusammenwirken allein auf eine unangemessene Benachteiligung eines der Ehegatten zielen und der andere Ehegatte insofern die unterlegene Verhandlungsposition dieses Ehegatten ausgenutzt hat (vgl. BGH, FamRZ 2013, 195 ff.).

**17** a) Die Regelung zum nachehelichen Unterhalt ist nichtig, weil sie den Betreuungsunterhalt, der zum Kernbereich der gesetzlich geregelten Scheidungsfolgen gehört, in einer Weise begrenzt, die eine dem Kindeswohl entsprechende Kinderbetreuung entweder ausschließt oder die damit verbundenen Einbußen alleine auf die wirtschaftlich schwächere Ehefrau überwälzt. Die Vorschrift schließt den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zunächst insgesamt aus. Ausgenommen ist nur Betreuungsunterhalt, der aber weder die Teilhabe des betreuenden Elternteiles an den ehelichen Lebensverhältnissen noch auch nur den Ausgleich ehebedingter Nachteile während der Betreuungszeit umfassen soll. Der Unterhalt soll lediglich

geschuldet sein, soweit die wegen der Kinderbetreuung eingeschränkten Einkünfte nicht das (durch den notwendigen Selbstbehalt, auf den die Vorschrift verweist, abgebildete) Existenzminimum erreicht. Vor diesem Hintergrund ist der – aufgrund Kinderbetreuung unterhaltsbedürftige – Ehegatte nach der Vorschrift auf das Sozialhilfeniveau zurückgeworfen. Das stellt eine unangemessene Benachteiligung dar, der die rechtliche Anerkennung zu versagen ist.

**18** Grundsätzlich sind die Folgen der Scheidung nicht gesetzlich vorgegeben, sondern unterliegen der Vertragsfreiheit der Ehegatten, die diese in den durch die Vorschriften der §§ 1410, 1585c BGB, § 7 VersAusglG vorgegebenen notariellen Form auszuüben haben. Diese Freiheit zur eigenen Gestaltung der Scheidungsfolgen darf aber nicht dazu führen, dass der Schutz, den die gesetzlichen Vorschriften für einen der Ehegatten bietet, beliebig unterlaufen wird – ihre Grenze findet die Vertragsfreiheit vielmehr dort, wo die Vereinbarung zu einer einseitigen und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigten Lastenverteilung führt, die für einen Ehegatten bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (st. Rspr., vgl. etwa BGH, FamRZ 2013, 195 ff.; FamRZ 2018, 577 ff.).

**19** Dabei kann eine einseitige und mit dem Wesen der Ehe nicht zu vereinbarende Lastenverteilung dazu führen, dass eine vertragliche Regelung von vorneherein nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, sodass sie – unabhängig vom weiteren Verlauf der Ehe – keine Geltung beanspruchen kann. Die mit einer Regelung verbundenen Lasten wiegen dabei umso schwerer, je mehr die vertragliche Vereinbarung in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingreift (vgl. etwa BGH, FamRZ 2004, 601 ff.). Schließen die Beteiligten daher zulasten eines Ehegatten Ansprüche aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen aus oder schränken sie diese so ein, dass der Zweck der gesetzlichen Regelung nicht mehr erreicht werden kann, so ist die Vereinbarung sittenwidrig, soweit sie nicht ausnahmsweise durch besonders bedeutsame Belange des anderen Ehegatten gerechtfertigt erscheint.

**20** Zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählt (neben Alters- und Krankenvorsorgeunterhalt) insbesondere der Anspruch auf Unterhalt wegen Betreuung minderjähriger Kinder (st. Rspr., vgl. BGH, FamRZ 2017, 884 ff. m. w. N.; grundlegend BGH, FamRZ 2004, 601 ff.). Dieser ist am Kindesinteresse ausgerichtet und daher der Dispositionsfreiheit der Ehegatten weitgehend entzogen (vgl. BGH, FamRZ 2017, 884 ff., Rdnr. 31). Eine Modifikation oder Ausschluss dieses Anspruches hindert allerdings dann nicht die Wirksamkeit des Vertrages, wenn bei Vertragsschluss ein Kinderwunsch noch nicht bestand (vgl. BGH, FamRZ 2008, 582 ff.; FamRZ 2013, 195 ff.) oder aufgrund der beiderseitigen Berufstätigkeit beider Ehegatten noch nicht absehbar war, dass einer der Ehegatten seine Berufstätigkeit aufgeben würde (vgl. BGH, FamRZ 2013, 195 ff.).

**21** Ein solcher Fall, in dem auch ein Ausschluss des Anspruches auf Betreuungsunterhalt zulässig wäre, liegt hier nicht vor. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Aussage der Ehefrau zutrifft, die Eheleute hätten unmittelbar nach der Heirat versucht, Kinder zu bekommen. Bei kinderlosen Ehegatten im gebärfähigen Alter liegt die Annahme der Absicht, eine Familie

zu gründen, nahe. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung und der Konzeption der Ehe, dass sie regelmäßig den Ausgangspunkt für die Familiengründung darstellt. Fehlte es bei einer Heirat im dritten oder vierten Lebensjahrzehnt an der Absicht, innerhalb der Ehe Kinder zu zeugen, so wäre dies (angesichts der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft) mit der Gefahr dauerhafter Kinderlosigkeit verbunden. Zwar besteht durchaus die Möglichkeit, dass die Eheleute eine Lebensgemeinschaft ohne Kinder begründen oder die Entscheidung über die Gründung einer Familie noch aufschieben wollen. Im Grundsatz und ohne entgegenstehende Anhaltspunkte ist aber davon auszugehen, dass eine Heirat in einem Alter, in dem üblicherweise Familien gegründet werden, auch mit einem konkreten Kinderwunsch einhergeht. Es ist daher hier davon auszugehen, dass die Eheleute, die bei Heirat 31 Jahre (Ehemann) und 24 Jahre (Ehefrau) waren, einen konkreten und zeitnah umzusetzenden Kinderwunsch gehegt haben. Anhaltspunkte dafür, dass die Ehegatten hier die Entscheidung über die Familiengründung noch aufschieben wollten, hat keiner der Beteiligten vorgetragen. Die spätere Geburt der Kinder stellte sich daher als ein bei Heirat bereits zu erwartender Umstand dar, der im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle, nicht aber der Ausübungskontrolle aufgrund veränderter Umstände gemäß § 242 BGB oder § 313 BGB (vgl. dazu BGH, FamRZ 2004, 601 ff.; FamRZ 2013, 195 ff. Tz. 35 m. w. N.), Berücksichtigung zu finden hat.

**22** Bereits bei Heirat gingen die Eheleute zudem evident davon aus, dass die Ehefrau für die Kinderbetreuung ihre Erwerbstätigkeit würde aufgeben oder zumindest wesentlich einschränken müssen. Eine Aufteilung der Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit erschien angesichts der persönlichen Situation fernliegend – während der Ehemann bei Heirat bereits als Unternehmer tätig war und dementsprechend eine gefestigte Lebensstellung nebst offenkundig guten Einkünften erlangt hatte, befand sich die Ehefrau noch in der Ausbildung zur Hotelbetriebswirtin. Schon angesichts der wenig absehbaren beruflichen Entwicklung (bei der auch ein künftiger Ortswechsel nicht hätte ausgeschlossen werden können) sprach der Zuschnitt der beiderseitigen Lebensverhältnisse deutlich dafür, dass der Ehemann seine berufliche Tätigkeit fortsetzen, die Ehefrau aber im Falle der Geburt von Kindern zunächst unterbrechen und sodann zumindest deutlich einschränken würde. Vor diesem Hintergrund war bereits bei Heirat absehbar, dass die Ehefrau die beruflichen Einschränkungen, die mit der Kinderbetreuung regelmäßig einhergehen, alleine zu tragen haben würde. Diese bereits bestehende „Tendenz zur Alleinverdienerehe“ (vgl. dazu etwa BGH, FamRZ 2018, 577 ff., Tz. 15; FamRZ 2013, 195 ff., Tz. 19) führt dazu, dass die Modifikation des Betreuungsunterhaltes in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingreift und einer besonderen Wirksamkeitskontrolle zu unterziehen ist.

**23** Dies führt dazu, der Klausel die Wirksamkeit – jedenfalls soweit möglicher Betreuungsunterhalt betroffen ist – zu versagen. Denn die Klausel führt zu einer nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrigen, einseitigen Belastung der Ehefrau und war geeignet, die Belange der zu erwartenden Kinder in einer von der Rechtsordnung nicht mehr zu billigenden Weise zu beeinträchtigen. Einer Modifikation ist der Betreuungsunterhalt insbesondere dann zugänglich, wenn er die persönliche Betreu-

ung der Kinder durch den damit befassten Ehegatten nicht in Frage stellt (vgl. BGH, FamRZ 2017, 884 ff.) und der geschuldete Unterhalt zumindest die ehebedingten Nachteile ausgleicht (vgl. BGH, FamRZ 2005, 1444 ff.).

**24** Davon kann hier keine Rede sein – der Anspruch auf Betreuungsunterhalt wird vielmehr insgesamt ausgeschlossen; nur für den Fall der Not soll Unterhalt geschuldet sein. Diesen Unterhalt beschränkt die Klausel auf das Existenzminimum als Obergrenze des Bedarfes. Eine derart rigide Herabsetzung des Lebensstandards wäre ohne Weiteres und evident geeignet, die Gestaltung der Betreuung durch die Ehefrau zu beeinflussen. Sie führt daher nicht nur dazu, dass die finanziellen Folgen der Kindererziehung und der damit unvermeidlich verbundenen finanziellen Einschränkungen nach Scheidung allein von der Ehefrau zu tragen sind. Sie hätte auch erhebliche Auswirkungen auf das Wohl der bei Abschluss des Vertrages noch nicht geborenen Kinder gehabt, für die die Ehefrau trotz des unstreitig erheblichen Einkommens des Ehemannes nur dann persönlich zur Verfügung stehen könnte, wenn sie ihren Lebensstandard auf das Existenzminimum reduzierte.

**25** In subjektiver Hinsicht bedarf es für die Feststellung, eine Regelung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen sei nichtig, nicht der Ausnutzung der unterlegenen Verhandlungsposition eines Ehegatten. Insofern unterscheiden sich die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer einzelnen Bestimmung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen von den Anforderungen, die an die Sittenwidrigkeit aufgrund eines insgesamt unausgewogenen Vertrages gestellt werden und bei denen außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände erforderlich sind, die für eine bewusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposition sprechen (vgl. dazu noch unten 2.; vgl. BGH, FamRZ 2013, 195 ff.; FamRZ 2017, 884 ff., jew. m. w. N.). In die Beurteilung einzubeziehen sind aber die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke und ihre Beweggründe, die zur Vereinbarung der Klausel geführt haben (vgl. etwa BGH, FamRZ 2018, 577 ff.; FamRZ 2005, 1444 ff.). Ergeben sich weder aus dem Ehevertrag, dem Zuschnitt der Ehe oder den Lebensverhältnissen der Ehegatten Umstände, aufgrund derer die einseitige, den Kernbereich der Scheidungsfolgen betreffende Lastenverteilung subjektiv aner kennenswert und gerechtfertigt erscheinen kann, so ist die Regelung sittenwidrig.

**26** Hier liegen auch die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit vor. Der Vertrag enthält keinerlei Regelungen, die sich für die Ehefrau günstig auswirken und den Verzicht auf Betreuungsunterhalt ausgleichen können. Auch für einen besonderen Zuschnitt der erwarteten Ehe, der es rechtfertigen könnte, die beruflichen Einbußen durch die Kinderbetreuung allein bei der Ehefrau zu belassen, ist nichts ersichtlich. Gleiches gilt für besondere Verhältnisse der Ehegatten – der Ehemann hat insofern in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, der Ehevertrag diene auch dem Schutz des anderen Ehegatten, weil seine selbstständige Tätigkeit mit Risiken behaftet sei. Dieser – aner kennenswerte – Zweck vermag aber nicht den Ausschluss des Betreuungsunterhalts zu rechtfertigen, weil der Ausschluss eines allein zugunsten der Ehefrau und gemeinsamer Kinder eingeräumten Anspruches für diese ausschließlich nachteilig erscheint. Da auch der Schutz des Unternehmens den Ausschluss des Betreuungsunterhal-

tes, der nur auf Grundlage der aktuellen Einkommensverhältnisse zu bemessen ist und daher eine Vermögensverwertung regelmäßig nicht zur Folge hat, nicht begründen kann, sind anerkennenswerte Motive für den Unterhaltsausschluss weder vorgetragen noch erkennbar. Die Klausel führt dazu, dass die Ehefrau die durch die Kinderbetreuung begründeten Lasten alleine trägt. Die eheliche Solidarität ist dadurch allein zugunsten des Ehemannes durchbrochen, ohne dass dieser dadurch einen – auch im Hinblick auf den von der gesetzlichen Regelung angestrebten Schutz des betreuenden Elternteiles – legitim erscheinenden Zweck verfolgt hätte. Dies führt zur Sittenwidrigkeit der Klausel über den Unterhalt.

**27** Dahinstehen mag insofern, ob dieser Ausschluss des Betreuungsunterhalts nach § 139 BGB die gesamte Klausel mit der Folge ergreift, dass sich der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt insgesamt nach der gesetzlichen Regelung richtet, oder ob die im Vertrag enthaltene und auch bei Sittenwidrigkeit einzelner Klauseln nicht von deren Unwirksamkeit erfasste (vgl. BGH, FamRZ 2005, 1444 ff. Tz. 30; FamRZ 2013, 269 ff. Tz. 31) salvatorische Klausel eine geltungserhaltende Reduktion der entsprechenden Klausel des Ehevertrages zulässt. Ein jedenfalls vom Ehevertrag nicht wirksam ausgeschlossener Anspruch auf Betreuungsunterhalt ist vorliegend zumindest möglich. Um darüber entscheiden zu können, bedarf es eines bezifferten Antrages, der durch die Auskunftspflicht erst ermöglicht wird.

**28** Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Auskunftsanspruch auch bestünde, wenn und soweit die Eheleute bei Heirat noch keinen konkreten Kinderwunsch gehabt hätten. Zwar wäre die entsprechende Klausel dann wirksam gewesen. In diesem Falle hätte aber die (dann von den Erwartungen der Beteiligten bei Vertragsschluss abweichende) Geburt von Kindern die Grundlage der Klausel entfallen lassen, sodass der Ehemann die aus der Klausel fließenden Rechte nach Treu und Glauben möglicherweise nicht hätte ausüben dürfen (vgl. dazu BGH, FamRZ 2013, 195 ff. Tz. 19). Auch dann wäre ein Unterhaltsanspruch zumindest nicht vollständig ausgeschlossen, sodass die Auskunftsverpflichtung des Ehemannes vom ehevertraglichen Ausschluss des nahehelichen Unterhalts auch bei fehlendem konkreten Kinderwunsch nicht berührt würde.

**29 b)** Nicht sittenwidrig ist demgegenüber für sich genommen der Ausschluss des Zugewinnausgleiches. Die Vereinbarung des Güterstandes der Gütertrennung und damit einer ausgeschlossenen Teilhabe am Vermögenszuwachs des jeweils anderen Ehegatten ist gesetzlich vorgesehen und begründet für sich genommen keinerlei Nachteile für einen der Ehegatten. Der Zugewinnausgleich zählt auch nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen, sodass sein auch kompensationsloser Ausschluss grundsätzlich nicht zu beanstanden ist (vgl. ausdrücklich BGH, FamRZ 2013, 269 ff.). Richtig ist allerdings, dass die Ehefrau aufgrund der vereinbarten Gütertrennung nicht am Vermögenszuwachs ihres Ehemannes teilnimmt. Diese notwendige und beabsichtigte Folge der getroffenen Vereinbarung führt aber schon deshalb nicht zur Sittenwidrigkeit der entsprechenden Vereinbarung, weil ein Anspruch, notwendig am Vermögenszuwachs seines Ehegatten zu partizipieren, nicht besteht.

**30** Der Zugewinnausgleich findet seine innere Rechtfertigung in der gleichmäßigen Verteilung gemeinsam erworbenen Vermögens. Haben die Eheleute die grundsätzlich gleichwertige Erwerbs- und Familienarbeit so untereinander aufgeteilt, dass erworbenes Vermögen formal dem erwerbstätigen Gatten zugeordnet ist, so ermöglicht es der Anspruch auf Zugewinnausgleich, den anderen Ehegatten in angemessener Weise am arbeitsteilig erworbenen Vermögen teilhaben zu können. Empfinden die Eheleute diese gleichmäßige Teilhabe – etwa aufgrund fehlender Aufteilung der Familien- und Erwerbsarbeit – als unbillig und schließen den Zugewinnausgleich deshalb aus, so ist dies (auch soweit damit das zur Altersvorsorge dienende Vermögen einem Ausgleich entzogen wird) generell nicht zu beanstanden (vgl. BGH, FamRZ 2013, 269 ff.).

**31** Deutlich wird dies hier – bei Vertragsschluss erwarteten die Eheleute, dass der Ehemann in der betriebenen Firma ein erhebliches Einkommen erwirtschaften würde, ohne dass dies auf gemeinsamer Leistung der Eheleute beruhen würde. Es erscheint nicht sittenwidrig, die Ehefrau von einem Vermögenserwerb auszuschließen, der auch ohne die Ehe in gleicher Weise eingetreten wäre und dessen Eintritt die Eheleute ohne Rücksicht auf die Lebensgestaltung innerhalb der Ehe erwarteten.

**32** Auch Gründe, aufgrund derer hier aufgrund nach Vertragsschluss eingetretener Umstände die Berufung auf die Klausel sich als treuwidrig darstellen könnte und die im Rahmen der Ausübungskontrolle nach den §§ 242, 313 BGB Berücksichtigung finden könnten (vgl. dazu BGH, FamRZ 2004, 601 ff.) sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Einen bei Heirat nach Grund und/ oder Höhe noch überhaupt nicht absehbaren Vermögenszuwachs seitens des Ehemannes behauptet auch die Ehefrau nicht.

**33 c)** Ob die Regelung zum Versorgungsausgleich zu beanstanden ist, kann hier dahinstehen, weil der Versorgungsausgleich nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Der Ausschluss des Versorgungsausgleiches kann angesichts der selbstständigen Tätigkeit des Ehemannes, der nicht notwendig gesetzliche Rentenanwartschaften erwirbt, auch die Ehefrau begünstigen. Insbesondere soweit der Ehemann seine Altersvorsorge über Lebensversicherungen realisiert, stellte der ausgeschlossene Versorgungsausgleich ein angemessenes Korrektiv zum ausgeschlossenen Zugewinnausgleich, der die Ehefrau daran hindert, an einer privaten Altersvorsorge des Ehemannes teilzuhaben, dar.

**34 d)** In der Gesamtschau der Regelungen vermag der Senat keine unangemessene Benachteiligung der Ehefrau zu erkennen. Zwar erscheint der Ehevertrag – schon angesichts der erheblich unterschiedlichen Lebensverhältnisse und Verdiensterwartungen bei Vertragsschluss – im Ergebnis insgesamt und ausschließlich nachteilig für die Ehefrau, die auf gesetzlicher Grundlage besser stünde. Einen Ausgleich für die allein die Ehefrau treffenden Beschränkungen enthält der notarielle Vertrag nicht.

**35** Dies genügt aber nicht, um die Nichtigkeit des Vertrages zu begründen. Die gesetzlichen Scheidungsfolgen sind nicht in der Weise vorgegeben, dass die nachteilige Abweichung von einer gesetzlich vorgesehenen Berechtigung zwingend durch günstige Regelungen an anderer Stelle ausgeglichen werden

müssten. Vor dem Hintergrund der bestehenden Vertragsfreiheit ist einer Vereinbarung, die einen der Ehegatten einseitig belastet und diesen benachteiligt, vielmehr nur dann die Wirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zu versagen, wenn der andere Teil dabei die Unterlegenheit des anderen bewusst ausgenutzt und so auch subjektiv verwerflich gehandelt hat. Es bedarf daher – da es sich verbietet, aufgrund der einseitigen Belastung ungleiche Verhandlungspositionen zu vermuten – neben einseitig belastender Regelungen im Vertrag selbst noch der Feststellung weiterer Umstände, die die Überlegenheit eines Ehegatten bei Vertragsschluss belegen können (vgl. BGH, FamRZ 2013, 195 ff.).

**36** Derartige Umstände sind hier überhaupt nicht erkennbar. Der (mutmaßlich beiderseitige) Wunsch der Ehegatten, die Ehe zu schließen, vermag ohne besondere Umstände, wie etwa einer Schwangerschaft oder der Betreuung bereits vorehelich innerhalb der Beziehung geborener Kinder, jedenfalls keine ungleiche Verhandlungsposition zu begründen. Es liegt in der Natur eines gesetzlich vorgesehenen Ehevertrages, dass dieser im Hinblick auf eine beabsichtigte Heirat abgeschlossen wird, sodass Eheschließung und Vertragsinhalt voneinander abhängen können. Dies begründet aber – angesichts der beiderseitigen Eheschließungs- und Vertragsfreiheit – gerade keine ungleiche Verhandlungsposition der Ehegatten.

**37** Eine derart ungleiche Verhandlungsposition folgt auch nicht schon bereits aus dem unterschiedlichen Bildungs- und Erfahrungshorizont der Eheleute bei Vertragsschluss. Es gibt überhaupt gar keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ehefrau die Bedeutung und Tragweite der in Gegenwart eines Notars geschlossenen, zudem eher einfach gestalteten Regelungen nicht erfasst hätte. Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Behauptung der Ehefrau, sie habe vor Unterzeichnung des Vertrages kein Exemplar vorab erhalten, nicht geeignet, eine ungleiche Verhandlungsposition zu begründen. Die Umstände unterschieden sich hier auch auf Grundlage der Darstellung der Ehefrau deutlich von den Umständen, die dem vom BGH durch Beschluss vom 15.3.2017 entschiedenen Fall (vgl. BGH, FamRZ 2017, 884 ff.), bei dem die Ehefrau die Beurkundung mit einem Säugling bewältigen musste und zudem der geschäftserfahrene Ehemann gleichzeitig gesellschaftsrechtliche Vorgänge, an denen die (nicht geschäftserfahrene) Ehefrau nicht beteiligt war, beurkunden ließ.

**38** 2. Ist dementsprechend nur die Regelung zum nachehelichen Unterhalt nichtig, ergreift dies die anderen Vorschriften des Ehevertrages nicht. Dies folgt aus der salvatorischen Klausel, die nur dann unbeachtlich ist, wenn der Vertrag insgesamt aufgrund der Ausnutzung einer unterlegenen Verhandlungsposition sittenwidrig erscheint (vgl. etwa BGH, FamRZ 2018, 577 ff., FamRZ 2013, 269 ff. Tz. 31 m. w. N.). Dies aber ist hier nicht der Fall (siehe oben), sodass der Ausschluss des Zugewinnausgleiches wirksam ist. Dies schließt einen Zahlungsanspruch auf Zugewinnausgleich aus, sodass auch Auskunft zum Vermögen nicht verlangt werden kann (vgl. MünchKomm-BGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1379 Rdnr. 4). Die Ehefrau kann daher nur Auskunft über die Einkommensverhältnisse zur etwaigen Bezifferung eines Anspruches auf nachehelichen Unterhalt verlangen; darüber hinaus ist ihre Beschwerde unbegründet.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 11. Genehmigungsfreiheit der lenkenden Ausschlagung einer Erbschaft nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB

OLG Hamm, Beschluss vom 28.6.2018, II-11-WF 112/18

BGB § 1643 Abs. 2 Satz 2

#### LEITSATZ:

**Die Ausschlagung einer Erbschaft durch die sorgeberechtigten Eltern für ein Kind ist nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht genehmigungsbedürftig, wenn der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt. Dies gilt auch im Fall einer sog. lenkenden bzw. selektiven Ausschlagung. Die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion der Vorschrift liegen nicht vor. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Der am (...) 2003 geborene Antragsteller erstrebt zwecks Vorlage bei der Nachlassabteilung des AG eine Bescheinigung, dass die von seinen sorgeberechtigten Eltern für ihn erklärte Erbausschlagung nach seinem Großvater keiner Genehmigung bedarf.

**2** Der Antragsteller ist der Enkel des am (...) 1942 geborenen und am (...) 2017 verstorbenen X (im Folgenden: Erblasser). Der Erblasser errichtete keine Verfügung von Todes wegen. Seine Ehefrau war vorverstorben. Er hinterließ zwei Kinder, nämlich zum einen den Vater des Antragstellers und zum anderen seine Tochter Z. Der Antragsteller ist das einzige Kind seiner Eltern.

**3** Im Jahr 2009 hatte der Erblasser dem Vater des Antragstellers ein mit einem Haus bebautes Grundstück schenkweise übertragen. Eine ähnliche Schenkung an seine Tochter unterblieb. Nach dem Vortrag des Antragstellers, seiner Eltern und weiterer, vom AG angeschriebener Personen hatte der Erblasser die Absicht, das andere ihm gehörende Grundstück S-Straße in T seiner Tochter zuzuwenden, um seine beiden Kinder gleichmäßig zu bedenken. Vor seinem unerwarteten Ableben fand er hierzu keine Gelegenheit mehr. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus diesem weiteren Grundstück.

**4** Der Vater des Antragstellers möchte dem Willen des Erblassers zur Geltung verhelfen. Er und die gesamte Familie empfänden es als ungerecht, wenn er zusätzlich zu dem bereits zu Lebzeiten des Erblassers erhaltenen Hausgrundstück auch noch zur Hälfte an der weiteren Immobilie beteiligt würde. Um Schenkungsteuern in nicht unerheblicher Höhe zu ersparen, sah er davon ab, die Erbschaft anzunehmen und seinen hälftigen Anteil an der Immobilie seiner Schwester zu schenken. Vielmehr schlug er zunächst für sich und sodann gemeinsam mit seiner ebenfalls sorgeberechtigten Ehefrau auch für den Antragsteller die Erbschaft aus.

**5** Die Schwester des Vaters des Antragstellers beantragte sodann, ihr einen Erbschein zu erteilen, durch den sie als alleinige Erbin nach ihrem Vater ausgewiesen werde. Das Nachlassgericht wies darauf hin, dass es eine familiengerichtliche Genehmigung der Ausschlagung für den minderjährigen Antragsteller für erforderlich halte. Zwar sei die Ausschlagung nach dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB genehmigungsfrei. Der Normzweck gebiete vorliegend jedoch eine Genehmigung in Fällen wie diesem, in welchem die werthaltige Erbschaft durch die Ausschlagung in eine bestimmte Richtung gelenkt werde.

**6** Der Antragsteller ist der Ansicht gewesen, der klare Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB sehe die Genehmigungsfreiheit vor. Im Übrigen liege auch kein von der obergerichtlichen Rechtsprechung

entwickelter Ausnahmefall vor. Hilfsweise hat er die Erteilung der Genehmigung beantragt.

**7** Das AG hat Erkundigungen über den Willen des Erblassers eingeholt. Es hat sodann das beantragte Negativattest abgelehnt und die hilfsweise beantragte familiengerichtliche Genehmigung verweigert. Es ist von einer Genehmigungspflicht ausgegangen. Weiter hat es ausgeführt, die Ermittlungen hätten zwar bestätigt, dass es der Wille des Erblassers gewesen sei, seiner Tochter die andere Immobilie zuzuwenden. Insofern sei es tragisch, dass der Erblasser nichts mehr veranlasst habe. Ausschlaggebender Gesichtspunkt sei jedoch, ob die Ausschlagung der Erbschaft dem Kindeswohl entspreche. Angesichts eines Wertes der Immobilie bzw. der gesamten Erbschaft von 190.000 € könne hiervon nicht ausgegangen werden.

**8** Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Er macht geltend, der vorliegende Fall sei dem vergleichbar, in welchem das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 26.4.2012 (12 UF 10/12) von einer Genehmigungsfreiheit ausgegangen sei. Durch die Ausschlagungen sei dem Willen des Erblassers Rechnung getragen worden. Sein Vater hätte ebenso gut die Erbschaft annehmen und seinen Anteil sodann verschenken können, ohne dass es irgendeiner familiengerichtlichen Genehmigung bedurft hätte. Bei der Interessenabwägung könnten nicht nur wirtschaftliche Überlegungen angestellt werden. Vielmehr sei entscheidend auch das Interesse am Erhalt des Familienfriedens zu berücksichtigen. Die Interessen des Antragstellers seien ausreichend dadurch gewahrt, dass nicht nur sein Vater, sondern auch seine Mutter für ihn die Erbschaft ausgeschlagen habe. Um der Rechtssicherheit willen sei der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte formal und nicht nach jedem Einzelfall zu bestimmen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** II. Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet.

**10** Der Senat hält die Ausschlagung der dem Antragsteller angefallenen Erbschaft durch seine Eltern für genehmigungsfrei gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB.

**11** 1. § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmt, dass die Eltern für die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind einer Genehmigung des Familiengerichts bedürfen. § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB trifft eine hiervon abweichende Regelung für den Fall, dass die Erbschaft dem Minderjährigen erst infolge der Ausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils angefallen ist. Dann bedarf es der familiengerichtlichen Genehmigung nicht. Etwas anderes – also die Genehmigungsbedürftigkeit – gilt wiederum nur dann, wenn der Elternteil neben dem Kind berufen war.

**12** Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Genehmigungsfreiheit erfüllt. Die Erbschaft ist zunächst dem Vater des Antragstellers angefallen. Dieser war und ist sorgeberechtigt. Der Antragsteller war nicht neben seinem Vater zum Erbe berufen, sondern ihm ist die Erbschaft erst aufgrund der Erbausschlagung seines Vaters angefallen.

**13** 2. Der Senat sieht vorliegend keinen Anlass, von dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB abzuweichen.

**14** 3. Zwar wird vielfach in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur (etwa Staudinger/Coester, Neub. 2016, § 1643 Rdnr. 38 f. MünchKomm-BGB/Huber, 7. Aufl. 2017, § 1643 Rdnr. 23 ff.; offen lassend BeckOK-BGB/Veit, Stand: 1.11.2017, § 1643 Rdnr.11.1) vertreten, dass eine teleologische Reduktion des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB es

gebiete, in bestimmten Fällen die Erbausschlagung für das minderjährige Kind für genehmigungspflichtig zu halten, obgleich ihm die Erbschaft erst aufgrund der Ausschlagung seines sorgeberechtigten Elternteils zugefallen ist.

**15** Dies soll namentlich der Fall sein, wenn ein Elternteil die testamentarische Erbschaft für sich und sein Kind ausschlägt, um den gesetzlichen Erbgang zu ermöglichen, bei welchem er selbst und weitere Verwandte, nicht jedoch sein Kind, als Erben zum Zuge kommen (so OLG Frankfurt a. M., NJW 1955, 466). Des Weiteren soll im Fall der sog. selektiven Erbausschlagung eine Genehmigung erforderlich sein (so etwa OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, 15 W 374/13, NJW-RR 2014, 779; KG, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11).

**16** 4. Demgegenüber wird anderweitig sowohl in der obergerichtlichen Rechtsprechung als auch in der Literatur (zum Beispiel *Sagmeister*, ZEV 2012, 121) eine andere Auffassung vertreten.

**17** Der teleologischen Reduktion wird entgegen gehalten, dass bereits fraglich sei, ob der Gesetzgeber die als Ausnahme angenommenen Sachverhalte nicht bedacht habe. Nach den Motiven habe er gerade verhindern wollen, dass die Gerichte den Wert eines Nachlasses prüfen. Zum einen habe er dabei ihre Entlastung vor Augen gehabt. Zum anderen habe er befürchtet, dass die Gerichte allzu leicht die Genehmigung verweigern, um sich der Prüfung des Nachlasses und der damit verbundenen Verantwortung zu entziehen. Durch Einführung des Gesamtvertretungsgrundsatzes sei der Schutz des Kindes noch einmal dadurch verstärkt worden, dass auch der andere Elternteil der Ausschlagung zustimmen müsse. Dann bestehe aber kein weiteres Schutzbedürfnis. Auch bei einer selektiven Ausschlagung sei das Kind, für das die Ausschlagung erklärt werde, nicht rechtlich benachteiligt. Denn der Elternteil hätte ebenso gut die Erbschaft annehmen und anderweitig hierüber verfügen, sie insbesondere dem einen Kind vorenthalten und dem anderen zuwenden können. Die mehreren, selektiven Ausschlagungen stellten damit lediglich einen einfacheren Weg dar (*Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124 f.).

**18** Ferner wird hervorgehoben, dass der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte aus Gründen der Rechtssicherheit nicht wegen der Umstände des Einzelfalls durch eine analoge Gesetzesanwendung erweitert werden könne (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.4.2011, 20 W 374/09, FamRZ 2012, 664; OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, 12 UF 10/12, DNotZ 2012, 855).

**19** Hierbei hatte das OLG Frankfurt a. M. in der vorstehend genannten Entscheidung darüber zu befinden, ob eine Ausschlagung eines Elternteils für ein Kind genehmigungsfrei oder -pflichtig war, die den Zweck hatte, das Erbe auf die beiden Geschwister des Elternteils überzuleiten, weil sich der Elternteil als abgefunden betrachtet hatte und der Erbanfall bei den beiden Geschwistern dem Erblasserwillen entsprach. Lediglich aufgrund einer früheren letztwilligen Verfügung, deren Aufhebung übersehen worden war, war dem Elternteil noch ein Erbe zugeflossen. Das OLG Frankfurt a. M. war der Ansicht, in einer solchen Konstellation liege kein Ausnahmefall einer selektiven Ausschlagung bzw. Annahme vor. Es hat hervorgehoben, dass auch der Aspekt zu beachten sei, dass durch

eine andere Beurteilung die bisher intakte Familie in einen Konflikt getrieben würde.

**20** In dem der Entscheidung des OLG Köln zugrunde liegenden Fall hatte der Vater für sich und gemeinsam mit der sorgeberechtigten Mutter für ihre Kinder die Erbschaft ausgeschlossen. In gleicher Weise hatten die Geschwister des Vaters für sich und ihre Abkömmlinge gehandelt. Ziel dieses Vorgehens war, die Erbschaft dem Ehemann der Erblasserin zuzuleiten und mit diesem weitere Verträge zu schließen, die den Willen der Erblasserin umzusetzen sollten, wenn auch auf andere Weise als von ihr vorgesehen. Zugleich sollten steuerliche Nachteile in erheblicher Höhe vermieden werden. Das OLG Köln war der Ansicht, dass ein Ausnahmefall einer lenkenden Erbausschlagung, die nach dem Normzweck des § 1643 BGB genehmigungspflichtig sein müsse, nicht vorliege. Letztlich sei nur dem Erblasserwillen zur Geltung verholfen worden.

**21** 5. Der dem Senat vorliegende Fall lässt sich, wie vom Rechtspfleger richtig erkannt, unter eine selektive bzw. lenkende Ausschlagung subsumieren, die die bislang überwiegende Ansicht für genehmigungspflichtig hält.

**22** Zwar haben die Eltern des Antragstellers nicht zwischen mehreren Kindern unterschieden. Der Antragsteller ist ihr einziges Kind. Gleichwohl bestand das Ziel der Erbausschlagungen darin, das Erbe auf die Schwester des Vaters umzuleiten. Richtig ist zwar, dass dies geschah, um dem Willen des Erblassers Genüge zu tun und den Familienfrieden zu erhalten. Gleichwohl wird der Nachlass durch die Ausschlagungen gelenkt und umgeleitet.

**23** Es ist auch nicht einsichtig, weshalb nur im Falle der Ausschlagung für ein Kind bei gleichzeitiger Annahme der Erbschaft für ein anderes Kind von einer „selektiven“ Ausschlagung die Rede sein soll. Wird – wie hier ebenso wie in den zuvor beschriebenen Fällen – infolge der Ausschlagung des werthaltigen Nachlasses entsprechend dem Willen der Eltern eine andere Person als das minderjährige Kind Erbe, steht stets eine Selektion im Raum. Auch in dem vom OLG Frankfurt a. M. im Jahr 1954 entschiedenen Fall ging es nur vordergründig darum, dass ein Elternteil sein testamentarisches Erbe und das testamentarische Erbe seines Kindes ausgeschlagen hatte, um es als gesetzlicher Erbe anzunehmen. Moralischer Angelpunkt war, dass die gesetzliche Erbschaft dazu geführt hatte, dass auch der Bruder und die Mutter des Elternteils gesetzliche (Mit-)Erben werden konnten.

**24** 6. Mithin liegt ein Fall vor, der nach bislang überwiegender Ansicht für genehmigungspflichtig gehalten wurde. Der Senat schließt sich indessen der Auffassung an, dass § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB im Falle einer lenkenden Erbausschlagung nicht im Wege einer teleologischen Reduktion gegen seinen Wortlaut auszulegen ist.

**25** a) Die Voraussetzungen für eine solche teleologische Reduktion liegen nicht vor.

**26** Die teleologische Reduktion setzt sich mit dem Wortlaut einer Rechtsnorm in Widerspruch. Sie setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (BGHZ 179, 27 Rdnr. 22). Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, ist vom Standpunkt des Geset-

zes und der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein (BGHZ 149, 165-178 Rdnr. 35).

**27** Vorliegend lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber nicht wollte, dass durch die Ausschlagung des Elternteils für sich und für sein minderjähriges Kind ein werthaltiger Nachlass einer anderen Person zugutekommt.

**28** aa) Bereits bei Schaffung des BGB war vorgesehen, dass der Elternteil, der selbst die Erbschaft ausgeschlagen hat, die Ausschlagung genehmigungsfrei für sein minderjähriges Kind erklären kann, wenn das Kind erst infolge der Ausschlagung des Elternteils Erbe geworden ist.

**29** Auch damals bestand die Möglichkeit, dass dem Elternteil und nachfolgend dem Kind nicht nur ein überschuldeter, sondern auch ein werthaltiger Nachlass anfallen könnte und dass die Ausschlagung eines solchen werthaltigen Nachlasses dazu führen würde, dass ein anderer in den Genuss dieses positiven Nachlasses kommt. Gleichwohl hat der Gesetzgeber die Genehmigungsfreiheit angeordnet. Dabei hätte er ebenso bestimmen können, dass nur für die Ausschlagung überschuldeter Nachlässe eine Genehmigung entbehrlich ist.

**30** bb) Dem Wortlaut der Motive zum BGB lässt sich nichts anderes entnehmen.

**31** Der Entwurf des BGB sah vor, dass der heutige § 1643 Abs. 1 und 2 BGB im Rahmen des Erbrechts verankert werden sollte. Dabei entspricht der heutige § 1643 Abs. 1 BGB dem Entwurf des damaligen § 2043 BGB. Der heutige § 1643 Abs. 2 BGB ist im Wesentlichen mit dem Entwurf des damaligen § 2044 BGB inhaltsgleich.

**32** § 2043 des Entwurfs bestimmte, dass dann, wenn der als Erbe Berufene unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, zur Ausschlagung der Erbschaft die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei.

**33** In § 2044 des Entwurfs heißt es:

**34** „Fällt die Erbschaft in Folge der Ausschlagung einer Person an, welche unter der elterlichen Gewalt des Ausschlagenden steht, so ist zu der Erklärung, durch welche der Inhaber der elterlichen Gewalt die Erbschaft für das Kind ausschlägt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich. Auch können in einem solchen Falle beide Ausschlagungen mittels einer und derselben Erklärung erfolgen.“

**35** Die Vorschrift des ersten Satzes des ersten Absatzes findet keine Anwendung, wenn der ausschlagende Inhaber der elterlichen Gewalt mit dem Kinde als Miterbe berufen ist.“

**36** Die Motive zu dem Entwurf des § 2044 BGB lauten:

**37** „Von der Regel des § 2043 macht der § 2044 eine Ausnahme für den Fall, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht als Miterbe mit dem Kinde zur Erbschaft berufen ist. Er soll alsdann die Erbschaft für das Kind ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ausschla-

gen dürfen, falls die Erbschaft in Folge seiner Ausschlagung dem unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kinde anfällt. Auch wird ihm die Befugnis beigelegt, in einem solchen Falle beide Ausschlagungen mittels einer und derselben Erklärung zu bewirken.

**38** Einige geltende Rechte gehen weiter, indem sie den Inhaber der väterlichen Gewalt stets ohne Genehmigung des Gerichtes ausschlagen lassen. Wenn der Inhaber der väterlichen Gewalt die zunächst ihm angefallene Erbsschaft ausschlägt, so ist fast mit Gewissheit anzunehmen, dass die Erbschaft überhaupt für den Berufenen, also auch für das nächstberufene Kind, ohne Vortheil sein werde, da der Inhaber das dringende Interesse hat, die Erbschaft zu erwerben und nicht leicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage ausschlagen wird. Dieser Umstand rechtfertigt eine Erweiterung der regelmäßigen Befugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt und gestattet, ihm gegenüber von dem Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abzusehen. Eine Erweiterung der Machtbefugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt in dieser Richtung ist im praktischen Interesse umso mehr angemessen, als es sonst leicht dazu kommen kann, dass das Vormundschaftsgericht, um jede Verantwortlichkeit von sich fern zu halten, auf Annahme der Erbschaft für das Kind, welchem das Inventarrecht zustehe, besteht, auch wenn die Insolvenz der Erbschaft kaum zu bezweifeln ist. Bleibt unbeachtet, welche Last und Mühe dem Inhaber der elterlichen Gewalt aus einer solchen widerwilligen Annahme der Erbschaft erwächst, so ist zu besorgen, dass daraus erhebliche Nachtheile für das Kind und sein Verhältnis zu dem Inhaber der elterlichen Gewalt sich ergeben.“

**39** Hiernach besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber den Fall, dass ein werthaltiger Nachlass vorhanden ist, den der zunächst zum Erbe berufene Elternteil von sich weg- und anderen Personen zuleiten will, übersehen hat.

**40** Es ist zwar davon die Rede, es bestehe im Falle der Genehmigungspflicht die Gefahr, dass selbst bei einer Insolvenz des Nachlasses die Ausschlagung für das Kind gerichtlich verweigert werden könnte. Die wirtschaftliche Werthaltigkeit des Nachlasses stellt jedoch nicht den tragenden Grund dar. Dieser besteht vielmehr darin, dass die Erbschaft für den Berufenen mutmaßlich ohne Vorteil sein werde, da auch der zuvor berufene Elternteil ein Interesse an der Erbschaft und nicht leichtfertig ohne Prüfung der Sachlage entschieden habe.

**41** Soweit es um den Vorteil geht, der nach Einschätzung des zunächst zum Erbe berufenen Elternteils nicht besteht, wird nicht darauf abgestellt, dass es sich um einen wirtschaftlichen Vorteil handeln muss. Gerade weil nach den Motiven für die Genehmigungsfreiheit auch streitet, dass dem Sorgeberechtigten andernfalls aus einer widerwilligen Annahme Last und Mühe erwachsen und dies das Verhältnis zum Kind verschlechtern könnte, wird deutlich, dass auch ideelle, nicht am Geldwert des Nachlasses orientierte Erwägungen eine Rolle spielen dürfen.

**42** cc) Ferner ist zu bedenken, dass sich der Gesetzgeber im Jahr 1979 zuletzt noch einmal mit § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB befasst hat. Er hat die Vorschrift dem neu eingeführten Gesamtvertretungsrecht beider Eltern angepasst. In der

BT-Drucks. 8/2788 heißt es dazu weiter, dass dann, wenn beide Elternteile für das Kind ausschlagen, davon ausgegangen werden könne, dass eine Benachteiligung des Kindes auch dann nicht zu besorgen sei, wenn die Erbschaft dem Kind lediglich durch die Ausschlagung eines der Elternteile anfalle.

**43** Der Gesetzgeber hat die Vorschrift somit nicht geändert, obgleich bereits Entscheidungen wie die des OLG Frankfurt a. M. aus dem Jahr 1954 ergangen waren, wonach das Gesetz gegen seinen Wortlaut auszulegen sei.

**44** b) Gegen eine Auslegung, die dem klaren Wortlaut widerspricht, ist ferner einzuwenden, dass die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit es erfordern, das Gesetz seinem Wortlaut gemäß anzuwenden.

**45** Jeder Bürger, der sich durch die Gesetzeslektüre darüber Klarheit verschaffen möchte, welche Rechtsfolgen sein Handeln hat, kann § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nur dahin verstehen, dass er genehmigungsfrei für sein Kind die Ausschlagung erklären kann, wenn seinem Kind erst infolge seiner Ausschlagung das Erbe angefallen ist.

**46** Zudem gebietet die Sicherheit des Rechtsverkehrs eine klare Regelung auch deshalb, weil sich der Elternteil, dem eine Erbschaft angefallen ist und der sich mit dem Gedanken trägt, diese auszuschlagen, in Zeitnot befindet. Die Erbausschlagung kann er nur innerhalb einer bestimmten Frist erklären. Diese Zeit steht ihm aber nicht zur Verfügung, wenn er – womöglich über mehrere Instanzen – erst noch gerichtlich klären lassen müsste, ob in seinem speziellen Fall von einer Genehmigungspflicht auszugehen und ob ggf. eine Genehmigung zu erteilen ist.

**47** Sollte die Bestimmung der Genehmigungsfreiheit allgemein für grob unbillig gehalten werden, wäre es Sache des Gesetzgebers, die Bestimmung zu ändern und eine andere Regelung einzuführen.

**48** c) Auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist nicht zu erkennen, dass der Minderjährige, für den die Ausschlagung erklärt wird, eines besonderen Schutzes bedürfte.

**49** Die Genehmigungsfreiheit betrifft ausschließlich den Fall, dass das Kind nur deshalb Erbe wird, weil ein Elternteil zuvor für sich die Erbschaft ausgeschlagen hatte. Hätte der Elternteil die Erbschaft angenommen, hätte das Kind keinerlei Anspruch darauf erworben. Der Elternteil hätte das ererbte Vermögen ebenso gut an andere Personen verschenken können. Gerade das macht einsichtig, dass der betreffende Elternteil dann – gemeinsam mit dem anderen sorgeberechtigten Elternteil – auch für das Kind genehmigungsfrei die Erbschaft ausschlagen kann. Er kann nicht gezwungen werden, stattdessen die Erbschaft anzunehmen und sie dann zu verschenken, was häufig erhebliche Schenkungsteuern auslöst.

**50** Die Argumentation, die Lenkung der werthaltigen Erbschaft auf andere Personen sei derart gravierend, dass sie genehmigungspflichtig sei, überzeugt vor diesem Hintergrund nicht.

**51** Im Übrigen bedeutet der Umstand, dass die Eltern durch die Zuleitung der Erbschaft nur auf eines ihrer Kinder diese einem anderen Kind vorenthalten, für sich genommen noch längst nicht, dass sie dieses Kind schlechter stellen. Womöglich haben sie auf andere Weise einen Ausgleich geschaffen.

Aber selbst wenn eine gezielte Benachteiligungsabsicht bestehen sollte, hätten sie die Möglichkeit hierzu ebenfalls, wenn der zunächst zum Erbe berufene Elternteil die Erbschaft angenommen hätte. Denn dann hätte er das Vermögen anschließend ebenso nur einem seiner Kinder schenken können.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Holger Sagmeister**, LL.M. (Yale), Deggendorf

Dem Beschluss ist vollends zuzustimmen; er ist außergewöhnlich gut und ausführlich begründet:

#### 1. Sachverhalt

Der Sachverhalt war folgender: Der Sohn S schlug seine Erbenstellung nach dem Vater V aus, obgleich der Nachlass werthaltig war. Dies passiert in der Praxis entweder deshalb, weil das Verhältnis zwischen Erbe und Erblasser tief zerrüttet war und deshalb der Erbe auch vom Vermögen des Erblassers „nichts wissen will“ oder der Nachlass auf bestimmte Personen gelenkt werden soll (zum Beispiel auf einen bestimmten Abkömmling oder auf einen anderen Familienstamm). Letzteres hat meist steuerliche Gründe und/oder ist – wie im vorliegenden Fall – deshalb gewollt, weil der Erbe nach familieninternen Absprachen bereits abgefunden war und deshalb eigentlich nichts mehr hätte bekommen sollen. Der Erblasser V hatte auch im vorliegenden Fall schlicht vergessen, die familieninternen Vereinbarungen testamentarisch abzusichern. Schlägt das Kind des Erblassers die Erbschaft aus, rücken die Abkömmlinge des Kindes als Erben nach. Sind diese volljährig, gibt es meist keine Probleme, weil die Abkömmlinge auf Geheiß der Eltern die Erbschaft ebenfalls ausschlagen. Sind die Abkömmlinge aber minderjährig, stellt sich die Frage, ob für die Ausschlagung die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist. Im vorliegenden Fall hat das Familiengericht die Genehmigungsbedürftigkeit der Ausschlagung angenommen und die Genehmigung für die Ausschlagung abgelehnt, weil aufgrund der Werthaltigkeit des Nachlasses die Ausschlagung dem Kindeswohl zuwiderlaufe. Auf den Erblasserwillen komme es, so das Familiengericht, nicht an. Das OLG als Beschwerdegericht hat die Entscheidung des Familiengerichts aufgehoben und die Genehmigungsbedürftigkeit der Ausschlagung im vorliegenden Fall zu Recht abgelehnt.

#### 2. Ausgangspunkt: § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB

Grundsätzlich verlangt § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB bei der Ausschlagung eines Minderjährigen die Genehmigung des Familiengerichts. Wird ein Minderjähriger jedoch nur aufgrund der vorhergehenden Ausschlagung eines Elternteils Erbe, entfällt nach dem klaren Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB das Erfordernis, eine Genehmigung des Familiengerichts einzuholen. An dieser Stelle könnte nun die ganze Prüfung bereits enden und der Leser fragt sich wahrscheinlich, warum überhaupt ein solch klarer Fall veröffentlicht wird. Schließlich steht die Lösung des Falles ausdrücklich im Gesetz.

#### 3. Problematik

Nun ist es aber so, dass bis 2012 die herrschende Lehre<sup>1</sup> sowie ihr folgend die ständige Rechtsprechung<sup>2</sup> § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB teleologisch reduziert und in zwei Konstellationen für die Ausschlagung des nachrückenden Minderjährigen die Genehmigung des Familiengerichts verlangt haben. Die eine Fallgruppe waren die Sachverhalte, in denen werthaltige Nachlässe ausgeschlagen werden sollten (zum Beispiel weil man eben mit dem Erblasser bzw. dessen Nachlass nichts mehr zu tun haben wollte). Die zweite Fallgruppe waren die Vorgänge, bei denen durch die Ausschlagung der Nachlass an eine oder mehrere bestimmte Personen fallen sollte (zum Beispiel aus steuerlichen Gründen oder aufgrund familieninterner Vereinbarungen, sog. lenkende oder selektive Ausschlagung).

#### 4. Entscheidung des OLG Hamm

2012 hat der Verfasser diese ständige Rechtsprechung als contra legem kritisiert.<sup>3</sup> Dieser Auffassung sind in der Folgezeit zahlreiche Autoren beigesprungen.<sup>4</sup> Mittlerweile haben auch einige Obergerichte<sup>5</sup> ihre frühere Rechtsprechung aufgegeben und sehen zumindest<sup>6</sup> die bloße Werthaltigkeit des Nachlasses nicht als Grund, bei der Ausschlagung des Nachlasses eine Genehmigung des Familiengerichts einzufordern. Der Beschluss des OLG Hamm ist – soweit ersichtlich – nun die erste Entscheidung eines Obergerichts, die auch für die Fallgruppe der lenkenden/selektiven Ausschlagung keine Genehmigung des Familiengerichts mehr verlangt. Die wesentlichen Entscheidungsgründe werden im Folgenden kurz zusammengefasst:

a) Die teleologische Reduktion einer Norm setzt voraus, dass (1) der Wortlaut eines Gesetzes mehrere Sachverhalte erfasst, die (2) wertungsmäßig nicht vergleichbar sind und (3) der Gesetzgeber nicht bedacht hat, dass das Gesetz nach dem Wortlaut auch auf den wertungsmäßig nicht vergleichbaren Fall anzuwenden ist.<sup>7</sup> Diese Prüfungsreihenfolge ist von den Gerichten zwingend einzuhalten; einem Gericht ist es durch das Gewaltenteilungsprinzip untersagt,

- 1 Vgl. statt vieler Staudinger/Coester, Neub. 2016, § 1643 Rdnr. 38 f.; MünchKomm-BGB/Huber, 7. Aufl. 2017, 1643 Rdnr. 23 ff.; Engler, FamRZ 1972, 7; Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Rakete-Dombeck, BGB, 2. Aufl. 2019, § 1643, Rdnr. 10 m. w. N. Ausführlich hierzu BeckOK-BGB/Veit, Stand: 1.5.2019, § 1643 Rdnr. 10 ff.
- 2 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.6.1954, 1 Wx 18/54, NJW 1955, 466; OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13, NJW-RR 2014, 779; KG, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11, RNotZ 2012, 342.
- 3 Vgl. ausführlich Sagmeister, ZEV 2012, 121 ff.
- 4 Vgl. Baumann, DNotZ 202, 803; Litzenburger, ZEV 2012, 333; Heinemann, FGPrax 2014, 120; Mensch, BWNotZ 2013, 144.
- 5 Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, II-12 UF 10/12, MittBayNot 2013, 248.
- 6 Die lenkende/selektive Ausschlagung lehnen nach wie vor ab KG, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 747/11, RNotZ 2012, 342; OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13, NJW-RR 2014, 779.
- 7 Vgl. hierzu ausf. Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 210 ff.



seine eigenen moralischen Ansichten anstelle der des Gesetzgebers zu setzen.

b) Es ist schon mehr als fraglich, ob der Gesetzgeber die beiden oben genannten Sachverhaltskonstellationen bei der Verabschiedung des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht bedacht hat. Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich die Prüfung der Werthaltigkeit des Nachlasses ausschließen, weil aufgrund der vorherigen Ausschlagung des Elternteils anzunehmen sei, dass für die Ausschlagung ein nachvollziehbares Interesse bestehe. Das Interesse des minderjährigen Kindes ist organisatorisch dadurch gewahrt, dass sämtliche Sorgeberechtigten der Ausschlagung zustimmen müssen. Zudem wollte man die Gerichte insoweit von der aufwendigen Prüfung der Werthaltigkeit entlasten. Dem ist hinzuzufügen, dass § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB auch ansonsten nicht zwischen werthaltigen und nicht werthaltigen Nachlass unterscheidet. Das OLG Hamm sieht zudem zu Recht die Rechtsicherheit und Rechtsklarheit gefährdet, wenn die Gerichte nun doch die Werthaltigkeit des Nachlasses prüfen müssten, um die Frage der Genehmigungspflichtigkeit der Ausschlagung zu klären. Der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte solle aus Gründen der Rechtssicherheit nicht wegen der Umstände des Einzelfalls durch eine „analoge Gesetzesanwendung“ erweitert werden.<sup>8</sup> Dies gelte erst recht bei Erbausschlagungen, weil deren Rechtmäßigkeit wegen der kurzen Ausschlagungsfrist von sechs Wochen zügig rechtssicher beurteilt werden können sollte. Nach alledem fehle es für eine teleologische Reduktion also bereits am gesetzgeberischen Versehen.

c) Auch ist zu bezweifeln, dass die hier diskutierten Fälle der Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses oder bei lenkender/selektiver Ausschlagung wertungsmäßig mit den ansonsten von § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB erfassten Fällen nicht vergleichbar sind.

aa) Der historische Gesetzgeber hat bereits angedeutet, dass die Interessen für eine Ausschlagung vielfältig sein können und nicht nur auf den wirtschaftlichen Aspekt reduziert werden sollten. In der Praxis kommen auch Fälle vor, in denen das Kind deshalb ausschlägt, weil es aufgrund eines langjährigen, schweren Missbrauchs nichts mehr mit dem Erblasser zu tun haben möchte; aus diesem Grund möchte das Kind auch keinerlei Vorteile aus der Erbschaft ziehen. Es wäre mit Art. 6 GG kaum vereinbar, wenn nun ein Gericht anstelle der Eltern diese rein innerfamiliäre psychologisch-moralische Frage klären möchte. Generell widerspricht es dem Gedanken der Subsidiarität, wenn Gerichte ihr eigenes Gerechtigkeitsempfinden anstelle des der betroffenen Bürger setzen wollen. Auch die Wahrung des Familienfriedens kann es rechtfertigen, die Ausschlagung in den vorgenannten Fallkonstellationen zu erlauben. Das OLG Hamm fügt als weiteres Argument zu Recht hinzu, dass das Gesetz auch vermeiden möchte, dass es aufgrund der Annahme der Erbschaft durch die nachrückenden minderjährigen Abkömmlinge möglicherweise zu Spannungen zwischen ausschla-

gungswilligen Elternteil und nicht ausschlagungsfähigen Kind käme.<sup>9</sup>

bb) Entscheidend und vom OLG Hamm auch betont ist wohl aber folgendes Argument: Der zuerst ausschlagende Elternteil als primärer Erbe hätte die Erbschaft ohne Weiteres auch annehmen und die Erbschaft dann verschenken, verprassen oder vernichten können. Es besteht weder ein rechtlicher noch ein moralischer Anspruch auf diesen Nachlass. Warum hier der nachrückende Abkömmling schützenswert sein soll, erschließt sich nicht. Aufgrund des Erfordernisses der Ausschlagung durch sämtliche Sorgeberechtigten ist dem Schutz des Minderjährigen Genüge getan. *Eue*<sup>10</sup> widerspricht in seiner Besprechung zu der vorliegenden Entscheidung dieser Argumentation und verweist auf den potenziellen Pflichtteilergänzungsanspruch des minderjährigen Kindes, der entstände, wenn der zunächst erbende Elternteil den Nachlass annähme und dann an die dritte Person übertrüge.<sup>11</sup> Dieser potenzielle Pflichtteilergänzungsanspruch dürfe dem Kind nicht ohne Zustimmung des Familiengerichts entzogen werden. Der Verfasser hält diese Argumentation letztlich für wenig überzeugend. Zum einen dürften die Fälle eine Ausnahme sein, bei denen nach einer Weiterübertragung des widerwillig ererbten Nachlasses dem nachrangigen Abkömmling ein Pflichtteilergänzungsanspruch zusteht, da die Eltern in diesen Fällen regelmäßig noch sehr jung sind und damit in aller Regel die Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB eingehalten werden kann. Zum anderen begründet ein Pflichtteilsanspruch seine Rechtfertigung aber auch erst mit dem bei den Eltern (einmal) vorhandenen Vermögen. In den vorliegenden Fällen soll aber gerade der Anfall des Vermögens bei dem vorrangig berechtigten Elternteil verhindert werden. Solche Erklärungen „zulasten“ der Abkömmlinge sind dem Gesetz nicht fremd. Der erstausschlagende Elternteil hätte mit dem Erblasser auch einen zulasten seiner Abkömmlinge wirkenden Erb-, Zuwendungs- oder Pflichtteilsverzicht abgegeben können. Ich würde daher gerade umgekehrt als *Eue* argumentieren. Wenn der vorrangig begünstigte Elternteil zulasten seines Kindes mit dem Erblasser einen Verzicht hätte vereinbaren können, ist es wenig nachvollziehbar, warum nach dem Tod des Erblassers bei der Ausschlagung eine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich sein sollte, mit dem lediglich das gleiche Ergebnis wie mit einem vor dem Tod vereinbarten Verzicht erzielt wird. Durch die Gesetzesänderung beim Zuwendungsverzicht (dort § 2349 BGB) hat der Gesetzgeber überdies vor kurzem erst deutlich gemacht, dass auch er Verzichte zulasten der nachrangigen Abkömmlinge für in der Praxis erforderlich und rechtlich zulässig erachtet.

#### 4. Ergebnis

Die Entscheidung des OLG Hamm ist richtig: § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB ist weder für die Fälle des werthaltigen noch für die Fälle der lenkenden/selektiven Ausschlagung teleolo-

<sup>9</sup> Rdnr. 38 der besprochenen Entscheidung.

<sup>10</sup> Vgl. *Eue*, ZEV 2018, 624.

<sup>11</sup> Vgl. zu diesem Argument bereits *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 125.

<sup>8</sup> Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

gisch zu reduzieren. Der Staat sollte sich bei diesen Fallkonstellationen nicht in innerfamiliäre Angelegenheiten einmischen. Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Rechtsfrage ist den Beteiligten in solchen Fallkonstellationen gleichwohl zu raten, vorsichtshalber ein Negativattest beim Familiengericht einzuholen. Zudem sind die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass, sollte der BGH von einer Genehmigungspflicht ausgehen, diese in aller Regel wegen der Werthaltigkeit des Nachlasses von den Familiengerichten verweigert werden wird,<sup>12</sup> und der Nachlass dann bei dem minderjährigen Kind anfällt; eine Übertragung des Nachlasses ist in diesem Fall nicht mehr möglich.

<sup>12</sup> Der Ratschlag von *Eue* in ZEV 2018, 624, stets eine Genehmigung einzuholen, ist daher in der Praxis wohl wenig hilfreich.

## 12. Auslegung einer gegenseitigen Erbeinsetzung von Eheleuten mit Pflichtteilsstrafklausel

KG, Beschluss vom 6.4.2018, 6 W 13/18

BGB §§ 133, 157, 2075, 2084, 2270 Abs. 2 Satz 1, Abs. 2, § 2271 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 2289 Abs. 1 Satz 2, § 2296 Abs. 2  
FamFG §§ 58 ff.

### LEITSÄTZE:

1. Bei Anordnung der Enterbung für den Fall der Geltendmachung eines Pflichtteils kann es der Wille der gemeinschaftlich testierenden Eheleute gewesen sein, den gemeinschaftlichen Kindern, wenn sie sich der von den Eltern beim Tode des Erstversterbenden gewollten Regelung fügen, eine erbrechtliche Stellung einzuräumen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Aus der Formulierung „soll vorrangig (...) erhalten“ kann ein Anhaltspunkt dafür, dass ein Erbe die Erbbauheimstätte zusätzlich zu seinem Erbanteil erhalten sollte, nicht abgeleitet werden, denn die Eheleute haben lediglich Kriterien aufgeführt, nach denen die Zuordnung der Erbbauheimstätte im Rahmen der Verteilung des Nachlasses auf die Erben nach dem Tod des zuletzt Versterbenden erfolgen soll. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Auch wenn einer Einigung der Erblasserin und der Pflichtteilsberechtigten, dass diese einen Erbschlag erhalten solle, eine Bitte der Pflichtteilsberechtigten und Verhandlungen über den Pflichtteil vorausgegangen sein sollten, läge in den bloßen Verhandlungen, die in einer freiwilligen Zahlung enden, noch kein ernsthaftes, die Strafklausele erfüllendes Verlangen. (Leitsatz der Schriftleitung)

### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 297.

## 13. Auslegung und Formwirksamkeit eines Testaments bei Bezugnahme auf ein weiteres Schriftstück

KG, Beschluss vom 13.12.2017, 26 W 45/26

BGB §§ 133, 1937, 2064, 2084, 2231, 2247 Abs. 1, § 2258 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Ist ein verweisendes Testament formwirksam und aus sich heraus verständlich, ist eine Bezugnahme auf ein nicht in Testamentsform abgefasstes Schriftstück unschädlich, wenn diese lediglich der näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmung dient, weil es sich dann nur um die Auslegung des bereits formgültig erklärten Willens handelt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der durch Auslegung ermittelte Erblasserwille muss eine hinreichende Stütze im Testament selbst finden. Eine Erbeinsetzung mildtätiger Organisationen, die in einer in Bezug genommenen Liste aufgezählt sind, genügt den nach der Rechtsprechung nicht allzu strengen Vorgaben an die erforderliche Andeutung im Testament, auch wenn die Liste nicht den für ein Testament geltenden Formvorschriften entspricht. (Leitsatz der Schriftleitung)

### SACHVERHALT:

1 A. Auf Antrag des Antragstellers (...), einen Erbschein des Inhalts zu erteilen, dass er Alleinerbe nach der Erblasserin geworden ist, hat das AG (...) mit Beschluss vom 4.9.2015 die Tatsachen, die zur Erteilung des vom Antragsteller beantragten Erbscheins erforderlich sind, für festgestellt erachtet und angekündigt, den beantragten Erbschein zu erteilen.

(...)

3 Gegen diesen Beschluss haben Beschwerden eingelegt:

- die Beteiligte zu 2 (...),
- die Beteiligte zu 1 (...),
- die Beteiligte zu 3 (...).

4 Das AG Charlottenburg hat (...) den Beschwerden unter Vorlage an das KG nicht abgeholfen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

7 3. Die Beschwerden sind auch begründet.

8 Die zur Erteilung des von dem Antragsteller beantragten Erbscheins, nämlich eines Erbscheins dahin gehend, dass er Alleinerbe nach der Erblasserin geworden ist, können nicht als nach § 352 Abs. 1 Satz 1 FamFG a. F. festgestellt erachtet werden. Denn der Antragsteller ist nicht Erbe oder gar Alleinerbe nach der Erblasserin geworden. Nichts anderes würde gelten, wenn der § 352 Abs. 1 Satz 1 FamFG a. F. ab dem 17.8.2015 ersetzende § 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG herangezogen würde.

9 a) Nach § 1937 BGB kann der Erblasser durch einseitige Verfügung von Todes wegen, insbesondere durch ein Testa-

ment, den Erben bestimmen. Errichtet ein Erblasser mehrere Testamente, wird gemäß § 2258 Abs. 1 BGB durch die Errichtung des späteren Testaments das frühere Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament zu dem früheren in Widerspruch steht. Nach § 2064 BGB kann der Erblasser ein Testament nur (höchst-)persönlich errichten. Dies kann gemäß § 2231 BGB entweder zur Niederschrift eines Notars oder durch eine vom Erblasser nach § 2247 BGB abgegebene Erklärung erfolgen. § 2247 Abs. 1 BGB schreibt dabei vor, dass der Erblasser ein Testament durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten kann. Das Erfordernis der eigenhändigen, also insbesondere nicht maschinenschriftlichen, Niederschrift (Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2247 Rdnr. 6) bedeutet aber nicht, dass in einem für sich genommen formwirksamen Testament nicht auf andere Schriftstücke Bezug genommen werden könnte.

**10 aa)** Unproblematisch ist hierbei der Fall, dass es sich bei dem in Bezug genommenen Schriftstück seinerseits um eine formgültig errichtete letztwillige und wirksame Verfügung des Erblassers handelt. Das verweisende Testament muss dabei nicht für sich genommen verständlich sein. Es reicht aus, dass sich die Gesamtverständlichkeit erst aus beiden Urkunden zusammen ergibt (Palandt/*Weidlich*, § 2247 Rdnr. 8).

**11 bb)** Entspricht das in Bezug genommene Schriftstück für den Fall, dass das verweisende Testament für sich genommen nicht verständlich ist, nicht der Testamentsform und will der Erblasser erst durch die Verweisung den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung zum Ausdruck bringen, ist dies formnichtig (Palandt/*Weidlich*, § 2247 Rdnr. 8). So kann der Erblasser bei Errichtung eines eigenhändigen Testaments hinsichtlich seines Inhalts, nämlich hinsichtlich der Erbeinsetzung (oder der Zuwendung eines Vermächtnisses) etwa nicht wirksam auf ein maschinengeschriebenes Schriftstück Bezug nehmen (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.1.1989, 3 W 177/88, MDR 1989, 741 Rdnr. 5 nach juris; OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2006, 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 Rdnr. 24, 25 nach juris).

**12 cc)** Ist ein verweisendes Testament formwirksam und aus sich heraus verständlich, ist eine Bezugnahme auf ein nicht in Testamentsform abgefasstes Schriftstück unschädlich, wenn diese lediglich der näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmung dient, weil es sich dann nur um die Auslegung des bereits formgültig erklärten Willens handelt (Palandt/*Weidlich*, § 2247 Rdnr. 8; OLG Köln, Beschluss vom 6.10.2014, 2 Wx 249/14, MDR 2015, 39, Ls. 1 und Rdnr. 42 nach juris).

**13 aaa)** Letztwillige Verfügungen sind nämlich der Auslegung zugänglich. Die Auslegung von Testamenten folgt hierbei grundsätzlich den in § 133 BGB niedergelegten allgemeinen Regeln bei der Auslegung von Willenserklärungen (Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 1; BGH, Urteil vom 8.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41, Rdnr. 16 nach juris), wonach der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Aufgabe der Testamentsauslegung ist es, den unter Umständen verborgenen Sinn der testamentarischen Verfügung zu ermitteln, und zwar auch unter Heranziehung von Umständen außerhalb der Testamentsurkunde (BGH, Urteil vom 29.5.1980, IVa ZR 26/80, Rpfleger 1980, 337 Rdnr. 20 nach juris; OLG Hamm, Beschluss vom

1.10.2002, 15 W 164/02, NJW 2003, 2391 Rdnr. 18 nach juris). Lediglich für das spezielle Problem, dass eine letztwillige Verfügung mehrdeutig ist und eine von mehreren Auslegungsmöglichkeiten zur Unwirksamkeit führen würde, werden die allgemeinen Auslegungsregeln durch § 2084 BGB um den Grundsatz der wohlwollenden Auslegung ergänzt. Dadurch verändert sich aber nicht das Ziel der Auslegung, nämlich den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Die Beweisregel des § 2084 BGB greift also erst ein, wenn eine vorherige Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen nicht bereits zum Erfolg führt, sondern Zweifel offen lässt, welche von mehreren Auslegungsmöglichkeiten die richtige ist (Palandt/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 13). Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist Aufgabe des Tatrichters (BGH, IVa ZR 26/80, a. a. O. Rdnr. 14 nach juris), also des Nachlassgerichts und des an seine Stelle tretenden Gerichts der ersten Beschwerde (OLG Hamm, 15 W 164/02, a. a. O. Rdnr. 17 nach juris).

**14 bbb)** Unschädlich ist es, wenn eine Bezugnahme nur zum Zwecke der näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmung erfolgt oder zur Auslegung des maßgeblichen testamentarischen Willens des Erblassers geeignet ist (OLG Zweibrücken, 3 W 177/88, a. a. O. Rdnr. 5 nach juris). Dabei muss allerdings der letztwilligen Verfügung die Person des Bedachten und der Gegenstand des zugewendeten Vermögensvorteils hinreichend zu entnehmen sein. Fehlt einem sonst formgerechten eigenhändigen Testament eine dieser Angaben, liegt keine wirksame letztwillige Verfügung vor. Anders ist es allerdings, wenn sich das fehlende Element im Wege der Auslegung zweifelsfrei ermitteln lässt (BGH, IVa ZR 26/80, a. a. O. Rdnr. 17 nach juris zur Auslegung betreffend den vermachten Gegenstand). Dafür wiederum ist erforderlich, dass das formwirksame Testament selbst einen gewissen Anhalt für die nähere Bestimmbarkeit dieses Elements enthält (BGH, IVa ZR 26/80, a. a. O. Rdnr. 19 nach juris). Dabei muss der Wille des Erblassers, wenn auch unvollkommen, vage oder versteckt seinen Ausdruck gefunden haben. Bietet das Testament hier nach eine Grundlage für die Auslegung, und sei sie auch noch so gering, dann kann dem Ergebnis der gebotenen Auslegung nicht Formnichtigkeit entgegengehalten werden (BGH, IVa ZR 26/80, a. a. O. Rdnr. 20 nach juris; OLG Köln, 2 Wx 249/14, a. a. O. Rdnr. 42 nach juris). Hierbei ist zunächst der Inhalt des Testaments durch Auslegung – ggf. unter Heranziehung von Umständen außerhalb des Testaments – zu ermitteln und sodann zu entscheiden, ob der so ermittelte Erblasserwille eine hinreichende Stütze im Testament selbst findet (BGH, IVa 94/81, a. a. O. Rdnr. 18 nach juris).

**15 b)** Vorliegend hat die Erblasserin, wie das AG (...) zutreffend angenommen hat, (...) zur Niederschrift des Notars (...) ein formwirksames Testament errichtet, nach welchem der Antragsteller sowie die – am (...) 2006 verstorbene – Frau H P zu je ½ Erben sein sollten und bei Wegfall eines Erben der Überlebende Alleinerbe sein sollte.

**16** Ferner hat die Erblasserin am (...) 2008 ein eigenhändig geschriebenes, aber nicht unterschriebenes Testament (...) verfasst, nach welchem der Antragsteller Alleinerbe sein sollte und in einer Anlage benannte mildtätige Organisationen jeweils ein Vermächtnis erhalten sollten; diesem Testament hat

die Erblasserin eine ebenfalls eigenhändig geschriebene und nicht unterschriebene Liste von mildtätigen Organisationen beigefügt (...). Bei den dort zu 1. bis 10. und 12. bis 17. genannten Organisationen handelt es sich – nach Aktenlage – um die an der vorliegenden Erbscheinsache zu 1 bis 3 und 5 bis 17 Beteiligten, wobei sich teilweise geringfügige Namensabweichungen dadurch ergeben, dass die Erblasserin nicht die korrekte Firmenbezeichnung gewählt hat und sich der „J (...) e. V.“ nach Vortrag der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1. und 16. im Januar 2012 in D (...) e. V. J (...) umbenannt hat (...). Die in der Liste der Erblasserin zu 11. genannte V (...) gGmbH konnte vom AG bislang nicht ermittelt werden (...).

**17** Schließlich hat die Erblasserin unter dem (...) 2012 ein handschriftlich geschriebenes und von ihr unterschriebenes Schriftstück (...) verfasst, welches – buchstabengetreu wiedergegeben mit Ausnahme des Umstandes, dass die meisten „I“ trotz Großschreibung einen Punkt aufweisen – folgenden Inhalt hat:

„MEIN LETZTER WILLE  
ZU MEINEN ERBEN  
BERUFE ICH DIE MILDTÄTIGEN  
ORGANISATIONEN,  
DIE IN DEM TESTAMENT AUFGEFÜHRT SIND,  
WELCHES:  
RECHTSANWALT H (...) K (...) FÜR MICH VERWAHRT.  
IM ÜBRIGEN WIEDERRUFE ICH DIESES  
TESTAMENT.  
ZU MEINEM TESTAMENTS VOLLSTRECKER  
BERUFE ICH.  
RECHTSANWALT H (...) K (...)  
R (...)  
(...) B (...)  
BERLIN (...) 2012“

**18** Mit Schriftsatz vom 16.10.2014 (...) hat – der sodann am (...) 2014 verstorbene – Rechtsanwalt H K die von ihm für die Erblasserin verwahrten Schriftstücke, nämlich das Testament vom (...) 2012 nebst dem Testament vom (...) 2008 und nebst der Liste der mildtätigen Organisationen, beim AG (...) eingereicht.

**19 c)** Bei Anwendung der vorstehend genannten Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt ergibt sich, dass die Erblasserin die in ihrer als Anlage zum Testament vom (...) 2008 erwähnten Liste der mildtätigen Organisationen Genannten einschließlich – falls existent – der V (...) K (...) gGmbH zu ihren Erben eingesetzt hat, nicht aber den Antragsteller.

**20** Bei dem mit „Mein letzter Wille“ überschriebenen Schriftstück vom (...) 2012 handelt es sich um ein nach § 2247 Abs. 1 BGB formwirksam errichtetes Testament. Es ist von der Erblasserin handschriftlich verfasst und von ihr eigenhändig unterschrieben. Es ist auch aus sich heraus verständlich, weil ihm der Gegenstand des zugewendeten Vermögensvorteils, nämlich – infolge einschränkungsloser Berufung zu „Erben“ – das gesamte Vermögen der Erblasserin, zu entnehmen ist und weil ihm jedenfalls bei der gebotenen Auslegung bereits nach § 133 BGB auch die Person des als Erbe Bedachten, nämlich die in ihrer Liste der mildtätigen Organisationen Genannten

einschließlich – falls existent – der V (...) K (...) gGmbH, hinreichend zu entnehmen ist.

**21** Letzteres lässt sich im Wege der Auslegung zweifelsfrei ermitteln. Bei der Auslegung können, wie ausgeführt, auch Umstände außerhalb der in Rede stehenden Urkunde, also des Testaments von (...) 2012, herangezogen werden. Es kann somit die von Rechtsanwalt K als Anlage zu dem Testament vom (...) 2008 verwahrte Liste der mildtätigen Organisationen herangezogen werden. Bei diesen handelt es sich offensichtlich um diejenigen, welche die Erblasserin im Testament vom (...) 2012 angesprochen hat. Dieses Testament hat somit zum Inhalt, dass die Erblasserin zu ihren Erben diese mildtätigen Organisation eingesetzt hat.

**22** Der wie vorstehend erfolgt durch Auslegung ermittelte Inhalt des Testaments vom (...) 2012 enthält insgesamt eine formwirksame Erbeinsetzung. Denn der ermittelte Erblasserwille findet eine hinreichende Stütze im Testament selbst. Dieses enthält selbst einen ausreichenden Anhalt für die Erbeinsetzung der in der zum Testament vom (...) 2008 genommenen Liste enthaltenen mildtätigen Organisationen. Denn im Testament vom (...) 2012 selbst wird die Berufung der „mildtätigen Organisationen“ zu Erben angeordnet. Dies genügt den nach der Rechtsprechung auch des BGH ohnehin nicht allzu strengen Vorgaben an den erforderlichen Anhalt im Testament.

**23** Dass das Testament vom (...) 2008 nebst der angefügten Liste der mildtätigen Organisationen für sich genommen mangels Unterzeichnung durch die Erblasserin nicht die Form eines Testaments wahrt, ist entgegen der Auffassung des AG Charlottenburg unschädlich. Die genannte Liste ist vorliegend allein für die Auslegung des formwirksamen Testaments vom (...) 2012 von Bedeutung. Sie muss daher für sich genommen nicht den für ein Testament geltenden Formvorschriften entsprechen.

**24** Das Testament vom (...) 2012 stellt damit in Bezug auf die Erbeinsetzung eine Aufhebung des eine andere Erbeinsetzung vorsehenden und damit insoweit mit ihm in Widerspruch stehenden Testaments vom (...) 2002 dar, § 2258 Abs. 1 BGB.

**25 d)** Hiernach kann der Beschluss des AG (...) keinen Bestand haben. Er ist dahin gehend abzuändern (vgl. zur Tenorierung OLG Hamm, Beschluss vom 18.7.2013, 15 W 88/13, FamRZ 2014, 1138, zitiert nach juris; a. A. OLG Nürnberg, Beschluss vom 3.12.2015, 1 W 2197/15, ErbR 2016, 579, zitiert nach juris: Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung), dass der Antrag des Antragstellers auf Erteilung eines ihn als Alleinerben ausweisenden Erbscheins zurückzuweisen ist. Eine Beschlussfassung des Senats über die Erteilung eines anderen Erbscheins ist unabhängig von der Frage des Vorliegens ausreichender Anträge schon deshalb nicht geboten, weil in Bezug auf die zu Erben berufenen mildtätigen Organisationen noch Ermittlungen anzustellen sind; dies betrifft insbesondere die V (...) K (...) gGmbH. Eine isolierte Entscheidung betreffend die Frage der Ernennung eines Testamentsvollstreckers erscheint dem Senat im gegenwärtigen Stadium nicht geboten.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor **Fabian Vilgertshofer**,  
Weißenhorn

**1. Sachverhalt und Entscheidung**

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt lässt sich nach den veröffentlichten Entscheidungsgründen wie folgt skizzieren: Die Erblasserin errichtete zunächst im Jahr 2002 ein notarielles Testament, in welchem sie den Antragsteller und dessen Ehefrau zu ihren Erben einsetzte. Im Jahr 2008 verfasste sie ein eigenhändig geschriebenes, aber nicht unterschriebenes Testament, nach welchem der Antragsteller Alleinerbe sein sollte und die in einer dem Testament beigefügten Liste bezeichneten „mildtätigen Organisationen“ jeweils ein Vermächtnis erhalten sollten. Diese Liste war von der Erblasserin ebenfalls eigenhändig geschrieben, nicht jedoch unterschrieben. Im Jahr 2012 schließlich errichtete die Erblasserin ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament und bestimmte darin zu ihren Erben die „mildtätigen Organisationen“, die in dem vorherigen Testament aus dem Jahr 2008 aufgeführt waren, welches ihr Rechtsanwalt bis zu ihrem Tod für sie verwahrte.<sup>1</sup>

Das KG geht in seiner Entscheidung von der Formwirksamkeit des maßgeblichen Testaments aus dem Jahr 2012 aus und sieht in der Bezugnahme auf das formnichtige Testament aus dem Jahr 2008 keinen Verstoß gegen § 2247 Abs. 1 BGB.<sup>2</sup> Der Antrag des Antragstellers auf Erteilung eines ihn als Alleinerben ausweisenden Erbscheines wird daher zurückgewiesen.

**2. Grundsätze der Testamentsauslegung**

Bei der Auslegung von Testamenten ist gemäß § 133 BGB, ausgehend vom Wortlaut der Erklärung, der wirkliche Erblasserwille zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu erforschen, also das, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte.<sup>3</sup> Dabei sind auch Umstände, die außerhalb des Testaments liegen, zur Erforschung des Erblasserwillens heranzuziehen.<sup>4</sup> Erforderlich ist jedoch stets, dass der Erblasserwille in der Testamentsurkunde selbst irgendwie, wenn auch nur versteckt oder andeutungsweise, zum Ausdruck gekommen ist.<sup>5</sup> Ohne diese Einschränkung wäre nicht gewährleistet, dass der durch Auslegung ermittelte Wille des Erblassers auch in der gesetzlich vorgeschriebe-

nen Form des § 2247 BGB erklärt wurde.<sup>6</sup> Der Zweck der Formvorschrift des § 2247 Abs. 1 BGB besteht in erster Linie darin, den Erblasser vor späteren Verfälschungen durch Dritte zu schützen.<sup>7</sup> Außerdem soll sich der Erblasser so über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung klar werden und diesen möglichst präzise ausdrücken.<sup>8</sup> Diesen Schutzzweck könnten die Formvorschriften bei Verzicht auf jegliche Andeutung in der Testamentsurkunde selbst aber nicht mehr erfüllen. Einer nachträglichen Fälschung durch Dritte wären hierdurch Tür und Tor geöffnet.<sup>9</sup>

**3. Bewusste Bezugnahme des Erblassers auf Schriftstücke außerhalb des Testaments**

Genau hier liegt das Problem bei der Bezugnahme auf außerhalb der Testamentsurkunde liegende, nicht der Testamentsform entsprechende Schriftstücke, sog. „testamentum mysticum.“<sup>10</sup> Diese können zwar zur näheren Erläuterung bzw. Konkretisierung eines bereits aus sich heraus verständlichen Testaments herangezogen werden, nicht jedoch zur inhaltlichen Bestimmung der letztwilligen Verfügung selbst.<sup>11</sup> Entscheidend ist, dass im Einzelfall der unter Heranziehung des in Bezug genommenen Schriftstücks ermittelte Erblasserwille eine hinreichende Stütze im Testament selbst findet.<sup>12</sup> Zwischen formnichtiger Inhaltsbestimmung und zulässiger, konkretisierender Erläuterung besteht allerdings ein schmaler Grat, wie die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung in diesem Bereich zeigt.<sup>13</sup> Wird im Testament etwa nur bestimmt, dass sich die „folgenden Erben“ aus einer dem Testament beigefügten „Liste“ ergeben, so liegt nach Ansicht des OLG München ein Verstoß gegen

1 Vgl. insgesamt zum Sachverhalt Rdnr. 15-17 der besprochenen Entscheidung.

2 Vgl. Rdnr. 19-23 der besprochenen Entscheidung.

3 Nieder/Kössinger/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 23 Rdnr. 20.

4 BGH, Urteil vom 29.5.1980, IVa ZR 26/80, JR 1981, 23, 24; Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, NJW 1985, 1554.

5 BGH, Beschluss vom 9.4.1981, IVa ZB 4/80, NJW 1981, 1737, 1738; Urteil vom 8.12.1982, IVa ZR 94/81, NJW 1983, 672, 673; Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, 1. Aufl. 2012, § 2 Rdnr. 62; Nieder/Kössinger/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 23 Rdnr. 8.

6 Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, § 2 Rdnr. 67; a. A. Brox/Walker, Erbrecht, 28. Aufl. 2018, S. 132, die die sog. „Aedeutungstheorie“ u. a. mit dem Argument ablehnen, dass auf diese Weise zu Unrecht der weitschweifig formulierende Erblasser gegenüber demjenigen der knapp formuliert, bevorzugt werde.

7 BGH, Urteil vom 9.4.1981, IVa ZB 4/80, NJW 1981, 1737, 1738; OLG München, Beschluss vom 7.10.2010, 31 Wx 161/10, NJW-RR 2011, 156; Grundmann, AcP 187 (1987), 429, 467; Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, § 2 Rdnr. 67.

8 Vgl. Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2231 Rdnr. 1.

9 BayObLG, Beschluss vom 13.2.1973, BReg. 1 Z 108/72, BayObLGZ 1973, 35, 39.

10 Vgl. Palandt/Weidlich, § 2247 Rdnr. 8.

11 Burandt/Rojahn/Lauck, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2247 BGB Rdnr. 23; MünchKomm-BGB/Hagena, 7. Aufl. 2017, § 2247 Rdnr. 20; Palandt/Weidlich, § 2247 Rdnr. 8; Staudinger/Baumann, Neub. 2018, § 2247 Rdnr. 70.

12 BGH, Urteil vom 29.5.1980, IVa ZR 26/80, JR 1981, 23, 24.

13 Vgl. insbesondere BayObLG, Beschluss vom 13.2.1973, BReg. 1 Z 108/72, BayObLGZ 1973, 35, 39; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.1.1989, 3 W 177/88, NJW-RR 1989, 1413; OLG Hamm, Beschluss vom 1.10.2002, 15 W 164/02, NJW 2003, 2391; Beschluss vom 10.1.2006, 15 W 414/05, FGPrax 2006, 168; OLG München, Beschluss vom 7.10.2010, 31 Wx 161/10, NJW-RR 2011, 156; OLG Köln, Beschluss vom 6.10.2014, 2 Wx 249/14, FGPrax 2015, 85, 86; OLG Hamburg, Beschluss vom 18.3.2015, 2 W 5/15, ZEV 2016, 32.

die Formvorschrift des § 2247 Abs. 1 BGB vor.<sup>14</sup> Dagegen hat es das OLG Hamburg als ausreichend erachtet, wenn im Bezug nehmenden Testament bestimmt wird:

„Die andere Hälfte geht an die Erben, die im Testament genannt sind.“<sup>15</sup>

#### 4. Bewertung der Entscheidung und Fazit

Das KG entscheidet hier im Ergebnis eher großzügig im Sinne eines favor testamenti, wobei die Begründung recht knapp ausfällt. Es stützt sich dabei vor allem auf die jeweils identisch verwendete Bezeichnung der Erben als „mildtätige Organisationen“, sowohl im Testament von 2012 als auch im formunwirksamen Testament von 2008. Hierin sei eine ausreichende Andeutung des Erblasserwillens im Testament von 2012 selbst zu sehen, sodass die Bezugnahme nur der näheren Erläuterung des bereits aus sich heraus verständlichen Testaments diene.<sup>16</sup> Vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks muss es bei der Bezugnahmeproblematik allerdings entscheidend darauf ankommen, ob im konkreten Fall eine Fälschungsgefahr gegeben ist oder nicht.<sup>17</sup> Allein die konkretisierende Bezeichnung der Erben als „mildtätige Organisationen“, mit Verweis auf die formunwirksame Liste aus dem Jahr 2008, schließt eine nachträgliche Fälschung durch Dritte aber nicht aus, denn es wäre beispielsweise denkbar, dass die Liste nachträglich erweitert, oder einzelne der genannten mildtätigen Organisationen nachträglich gestrichen wurden. Die Identität der Erben ergibt sich letztlich erst aus der Liste von 2008. Für die Wirksamkeit der Bezugnahme spricht neben der identisch verwendeten Bezeichnung jedoch, dass die formunwirksame Liste eigenhändig geschrieben war und sich unstrittig durchgehend in der Verwahrung des Rechtsanwalts der Erblasserin befand, was eine nachträgliche Fälschung zumindest erheblich erschwert haben dürfte.<sup>18</sup> Problematisch erscheint dagegen, dass eine eigenhändige Unterschrift, welche die Übereinstimmung des Erblasserwillens mit dem Geschriebenen nochmals bekräftigt hätte, beim Testament und der Liste von 2008 fehlte. Diese zu fordern, würde aber letztlich wieder bedeuten, nur eine Bezugnahme auf ein der Testamentsform entsprechendes Schriftstück, welches eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist, zuzulassen. Auch nach bisheriger Rechtsprechung kommt es aber für die Wirksamkeit der Bezugnahme nicht darauf an, dass die Bezugsurkunde in Testamentsform errichtet wurde, sondern darauf, dass ein ausreichend konkreter Verweis als Andeu-

tung im Testament selbst enthalten ist.<sup>19</sup> Es ist letztlich eine Frage des Einzelfalls, ob das Gericht eine ausreichende Andeutung für das von ihm gefundene Auslegungsergebnis im Testament selbst findet oder nicht.<sup>20</sup> Die Entscheidung des KG zeigt daher einmal mehr, wie groß die Auslegungsschwierigkeiten und die damit verbundene Rechtsunsicherheit bei der Bezugnahme auf Schriftstücke außerhalb des eigenhändigen Testaments sind. Die Gefahr, dass durch eine solche Bezugnahme die Erbeinsetzung fehlschlägt, ist jedenfalls sehr groß.<sup>21</sup> Durch notarielle Beurkundung eines Testamentsnachtrags zur Urkunde aus dem Jahr 2002 hätte dieser Rechtsstreit sicher vermieden werden können. Denn im Beurkundungsrecht ist die Verweisung auf Schriftstücke außerhalb der Urkunde ausführlich geregelt in §§ 13, 13 a und 14 BeurkG.

19 Vgl. *Sendke*, ErbR 2018, 162 m. w. N.

20 Vgl. *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 23 Rdnr. 21a.

21 Vgl. *Schubert*, JR 1981, 24, 25; NJW-Spezial 2018, 264.

## 14. Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Registergericht durch Vorlage eines Erbscheins

OLG München, Beschluss vom 17.10.2017, 31 Wx 330/17

BGB § 2353

GBO § 35

HGB § 12 Abs. 1 Satz 4

ZPO § 415

### LEITSÄTZE:

1. Dem Registergericht ist die Erbfolge nach § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. In Anlehnung an § 35 Abs. 1 GBO bedarf es regelmäßig der Vorlage eines Erbscheins, wenn die Erbfolge auf dem Gesetz oder einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht. Beruht die Erbfolge auf einer letztwilligen Verfügung in öffentlicher Urkunde, so kann das Registergericht diese zusammen mit der Niederschrift über deren Eröffnung nach pflichtgemäßem Ermessen als ausreichend ansehen, sofern die letztwillige Verfügung keine Auslegungsschwierigkeiten bereitet. Ergibt sich in diesem Fall die Rechtsnachfolge aus den Akten des Registergerichts selbst, so kann auch eine Bezugnahme auf diese Akten ausreichen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei der Beurteilung, ob die Vorlage eines Erbscheins wegen unverhältnismäßigem Gebührenaufwand „untunlich“ im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB ist, ist auf den Wert des Gesamtnachlasses abzustellen und nicht lediglich auf den Wert der einzelnen Vermögensgegenstände, die von der Handelsregistereintragung betroffen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

14 OLG München, Beschluss vom 7.10.2010, 31 Wx 161/10, NJW-RR 2011, 156.

15 Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 18.3.2015, 2 W 5/15, ZEV 2016, 32, 33, mit abl. Anm. *Fervers*; zu weitgehend daher m. E. auch OLG Hamm, Beschluss vom 1.10.2002, 15 W 164/02, NJW 2003, 2391, das den Verweis auf eine maschinengeschriebene Liste im Testament mit den Worten „(...) die in beigefügter Liste aufgeführten lebenden Verwandten“ für ausreichend erachtete.

16 Vgl. Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

17 *Grundmann*, AcP 187 (1987), 429, 467.

18 Bei maschinengeschriebenen Listen ist die Fälschungsgefahr dagegen noch höher, da ein Schriftvergleich ausscheidet, vgl. *Schubert*, JR 1981, 24, 25.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**1 I.** Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Registergericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erbfolge nach der verstorbenen Kommanditistin durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen ist.

**2 1.** Nach der Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB ist bei Anmeldungen, die der Rechtsnachfolger eines im Handelsregister eingetragenen Beteiligten vornimmt, die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden (vgl. § 415 ZPO) nachzuweisen. Hieraus folgt unmittelbar, dass es nicht Aufgabe des Registergerichts ist, die Rechtsnachfolge zu prüfen und darüber zu entscheiden, sondern es vielmehr Sache des Anmeldenden ist, diese nachzuweisen. Dem Gericht wird dadurch aber auch versagt, die Eintragung einer Rechtsnachfolge allein aufgrund der Angaben in der Anmeldung und ohne den regelmäßig gebotenen Nachweis durch öffentliche Urkunden vorzunehmen. Die Erbfolge ist daher regelmäßig durch Erbschein (§ 2353 BGB) nachzuweisen, soweit sie auf gesetzlicher Erbfolge oder auf einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht. Dessen Beschaffung ist nicht schon infolge des damit verbundenen Kosten- und Zeitaufwandes untunlich im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB (vgl. OLG Köln, FGPrax 2005, 41; KG, NJW-RR 2000, 1704). Beruht die Erbfolge auf einer letztwilligen Verfügung in öffentlicher Urkunde, so kann das Registergericht (in Anlehnung an § 35 Abs. 1 GBO) diese zusammen mit der Niederschrift über deren Eröffnung nach pflichtgemäßem Ermessen als ausreichend ansehen, sofern die letztwillige Verfügung keine Auslegungsschwierigkeiten bereitet. Der Nachweis durch öffentliche Urkunden kann auch dann untunlich sein, wenn sich die Rechtsnachfolge aus den Akten des Registergerichts selbst oder aus bei demselben Gericht geführten Nachlassakten ergibt. In solchem Fall genügt die Bezugnahme des Anmeldenden auf diese Akten. Das Registergericht ist jedoch in keinem Fall verpflichtet, sich selbst ein Urteil über die Erbfolge zu bilden, sofern diese auch nur zweifelhaft ist. Denn die gerichtliche Prüfung der Erbfolge fällt in den Kompetenzbereich des Nachlassgerichts, das hierüber im Erbscheinsverfahren nach den dort geltenden Bestimmungen zu befinden hat (allg. M., vgl. zu Vorstehendem KG, NJW-RR 2000, 1704; OLG Köln, FGPrax 2005, 41; OLG Bremen, NJW-RR 2014, 816).

**3 2.** Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze sind vorliegend die Voraussetzungen für ein Absehen des Nachweises der Erbfolge mittels eines Erbscheins nicht gegeben.

**4 a)** Die Beschwerdeführer leiten ihre Erbenstellung nicht von einem vor einem Notar errichteten Testament ab, sondern von einem durch die Erblasserin handschriftlich errichteten Testament, das keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB ist.

**5** Der Hinweis auf jüngst ergangene Entscheidungen des BGH in Bezug auf den Nachweis der Erbenstellung trägt nicht. Diese betreffen den Nachweis der Erbfolge gegenüber einer Bank (NJW 2016, 2409; NJW 2013, 3716). Insoweit hat der BGH hervorgehoben, dass der Erbe abgesehen von gesetzlichen Sonderregelungen grundsätzlich nicht verpflichtet ist, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen, sondern auch die Möglichkeit hat, diesen Nachweis in anderer Form zu

erbringen. Ein solche Sonderregelung erkennt er aber in § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB, wobei er herausstellt, dass insofern nur eine beglaubigte Abschrift des öffentlichen Testaments nebst einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls (§ 348 Abs. 1 Satz 2 FamFG) zum Nachweis der Erbfolge genügt (vgl. BGH, NJW 2016, 2409, 2410 Tz. 22).

**6 b)** Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ist die Vorlage eines Erbscheins für den Nachweis ihrer Erbenstellung nicht untunlich im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB.

**7 aa)** Die Rechtsfolge ergibt sich nicht aus den Akten des Registergerichts selbst oder aus bei demselben Gericht geführten Nachlassakten.

**8 bb)** Auch ist der Nachweis ihrer Erbenstellung durch einen Erbschein als öffentliche Urkunde nicht bereits aus dem Grund „untunlich“ im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB, weil dessen Beschaffung insofern mit besonderen Schwierigkeiten verbunden wäre, da nach ihrer Auffassung durch das Erbscheinerteilungsverfahren unverhältnismäßige Kosten erwachsen würden.

**9** Nach dem Beschwerdevorbringen besteht der Nachlass im Wesentlichen aus Werken bekannter Künstler; von einem Wert von mindestens 100 Mio. € sei auszugehen.

**10** Demgemäß erwachsen unter Zugrundelegung der Wertangabe der Beschwerdeführer für die Erteilung eines Erbscheins jeweils eine 1,0 Gebühr gemäß GNotKG KV 12210 (Erteilung eines Erbscheins) sowie gemäß GNotKG KV 23300 (eidesstattliche Versicherung). Beide errechnen sich aus der Tabelle B nach § 34 GNotKG. Gemäß § 35 Abs. 2 GNotKG ist für Tabelle B ein Höchstwert von 60 Mio € zugrunde zu legen. Ausgehend von der Ausgangsgebühr bei einem Wert i. H. v. 30 Mio € sind in Bezug auf den übersteigenden Wert (30 Mio €) für je 1 Mio € weitere 120 € hinzuzurechnen. Insofern beträgt eine 1,0 Gebühr 26.585 €, so dass an gerichtlichen Gebühren insgesamt ein Betrag i. H. v. 53.170 € erwächst. Da der Antrag zur Niederschrift des Nachlassgerichts gestellt werden kann, entstehen keine weiteren gerichtlichen Gebühren (vgl. Vor 2.3.3. Abs. 2 GNotKG KV: Mit der Gebühr GNotKG KV 23330 wird auch das Beurkundungsverfahren abgegolten). Bei einer solchen Antragstellung würden auch keine zusätzlichen notariellen Gebühren anfallen.

**11** Das Beschwerdevorbringen der Beschwerdeführer, der Wert der Kommanditbeteiligung betrage höchstens 30.000 € bzw. sogar noch weniger bzw. die Beteiligung stelle keinen realen Wert mehr dar, da sie ein Abschreibungsmodell betreffe, und daher die Gebühren für einen Erbschein unverhältnismäßig wären, greift nicht.

**12** Insofern verkennen die Beschwerdeführer bereits, dass die Eintragung in das Register auch der Umsetzung der Gesamtrechtsnachfolge nach der Erblasserin dient und daher Bezugsmaßstab für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Gebühren von vornherein der Wert des Gesamtnachlasses, nicht jedoch der Wert einzelner Vermögensgruppen bzw. -gegenstände des Nachlasses wäre. Vor dem Hintergrund des angebrachten Nachlasswerts von 100 Mio € kann daher ein Betrag in Höhe von ca. 54.000 € von vornherein keine unverhältnismäßige Ausgabe darstellen. Der Kommanditanteil der

Erblasserin ist Teil ihres Nachlasses und geht im Wege der Universalsukzession nach Annahme der Erbschaft auf die Beschwerdeführer über. Insofern ist es auch unmaßgeblich, ob sie an diesem überhaupt ein wirtschaftliches Interesse haben oder nicht.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Alexander Wagner**,  
München

Die Entscheidung des OLG München betrifft eine Problematik, die in der notariellen Praxis nicht selten auf Unverständnis der Beteiligten stößt: Das Erfordernis des Nachweises der Erbfolge gegenüber dem Registergericht (oder dem Grundbuchamt) mittels öffentlicher Urkunden. Der Hinweis des Notars, dass in solchen Fällen bei Fehlen einer notariellen Verfügung von Todes wegen die Vorlage eines Erbscheins notwendig werde, wird von den Beteiligten regelmäßig insbesondere dann als lästige – und mitunter kostspielige – Förmerei begriffen, wenn ein bloß geringwertiger Nachlassgegenstand in Rede steht. Das OLG München hat vorliegend entschieden, dass auch erhebliche Gebühren in Höhe von insgesamt 53.170 €, die für die Erteilung eines Erbscheins anfallen würden, eine Ausnahme von der Verpflichtung zum Nachweis der Rechtsnachfolge gegenüber dem Registergericht mittels öffentlicher Urkunden grundsätzlich nicht rechtfertigen. Dabei überzeugt die Entscheidung nur in ihren grundsätzlichen Aussagen (nachfolgend 1.) und im Ergebnis (unten 3.), jedoch nicht in allen Begründungselementen (unten 2.).

#### 1. Grundsatz: Nachweis der Rechtsnachfolge gegenüber dem Registergericht durch öffentliche Urkunden

Der Übergang der Gesellschafterstellung eines Kommanditisten von Todes wegen auf dessen Erben gemäß § 177 HGB ist ein anmelde- und eintragungsbedürftiger Rechtsvorgang; die Anmeldung ist durch die Gesellschafter unter Mitwirkung der Erben zu bewirken, vgl. § 162 Abs. 3, § 161 Abs. 2, §§ 107, 108 Abs. 1, § 143 Abs. 2 HGB.

Aus der Regelung § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB folgt, wie das OLG München zu Recht betont, dass der Nachweis der Rechtsnachfolge nach Möglichkeit durch vom Anmelder selbst vorzulegende öffentliche Urkunden zu führen ist. Als öffentliche Urkunde, deren Vorliegen sich nach § 415 ZPO richtet, kommt dabei in erster Linie der Erbschein in Betracht, weil dieser gerade dazu bestimmt ist, im Rechtsverkehr als amtliche Bescheinigung darüber zu dienen, wer Erbe ist und welchen Beschränkungen er unterliegt.<sup>1</sup> Auf die Vorlage eines Erbscheins ist der Anmelder nach dem Wortlaut des Gesetzes sowie nach seinem Sinn und Zweck (und in Anlehnung an § 35 Abs. 1 GBO) grundsätzlich dann nicht beschränkt, wenn er die Erbfolge durch andere öffentliche Urkunden – also insbesondere eine notariell beurkundete

Verfügung von Todes wegen nebst der Niederschrift über deren Eröffnung – zur Überzeugung des Registergerichts nachweisen kann.<sup>2</sup> Da es beim Anfall einer Erbschaft infolge gesetzlicher Erbfolge oder – wie im Sachverhalt der vorliegenden Entscheidung – infolge eines handschriftlichen Testaments aber gerade an anderen geeigneten öffentlichen Urkunden fehlt, kann das Registergericht in einem solchen Fall als Rechtsnachfolgenachweis regelmäßig die Vorlage einer Erbscheinsausfertigung verlangen.<sup>3</sup>

#### 2. „(Un-)tunlichkeit“ wegen unverhältnismäßigen Gebührenaufwands?

Die Pflicht zum Nachweis der Rechtsnachfolge mittels öffentlicher Urkunde gilt aber schon nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB nicht zwingend und in allen Fällen, sondern nur soweit sie „tunlich“ ist. Nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur ist die Vorlage eines Erbscheins nur dann nicht „tunlich“, wenn die Beschaffung der notwendigen Urkunden unmöglich oder aber schwierig und mit langen Verzögerungen verbunden ist.<sup>4</sup> Das sei aber nicht schon dann der Fall, wenn und weil die Erteilung eines Erbscheins mit einem Kosten- oder Zeitaufwand verbunden ist.<sup>5</sup>

Die antragstellenden Erben waren in der hier zu besprechenden Entscheidung der Meinung, die „Untunlichkeit“ sei jedenfalls auf Grund einer groben Unverhältnismäßigkeit zwischen dem Gebührenaufwand für die Erlangung des Erbscheins (aufgrund des enormen Nachlasswerts von mindestens 100 Mio. € vorliegend insgesamt 53.170 €) und dem Wert der ererbten Kommanditbeteiligung mit einem Wert von „höchstens 30.000 €“.

Das OLG München ist dem mit dem Argument entgegengetreten, Bezugsmaßstab für die Beurteilung der (Un-)Verhältnismäßigkeit der Gebühren sei der Wert des Gesamtnachlasses in Höhe von 100 Mio. € und nicht der einzelne Vermögensgegenstand der Kommanditbeteiligung, weil die Eintragung im Register auch der Umsetzung der Gesamtrechtsnachfolge der Erblasserin diene. Daher könne die Gebühr von ca. 54.000 € von vorneherein keine unverhältnismäßige Ausgabe darstellen.

Diese Argumentationslinie des Gerichts überzeugt nicht. Folgte man ihr, wäre eine „Untunlichkeit“ wegen unverhältnismäßigen Kostenaufwands in jedem Fall ausgeschlossen. Denn da sich die Gebühren für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung des Erbscheins (GNotKG

1 KG, Beschluss vom 5.10.2006, 1 W 146/06, RNotZ 2007, 49, 50.

2 KG, Beschluss vom 23.7.2018, 22 W 17/18, NZG 2018, 1150, 1151; Beschluss vom 5.10.2006, 1 W 146/06, RNotZ 2007, 49, 50; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Teil 1.

Handelsregister Erster Abschn., Allgemeiner Teil des Handelsregisterrechts C., Anmeldungen zum Handelsregister, Rdnr. 128.

3 OLG Köln, Beschluss vom 9.9.2004, 2 Wx 22/04, DNotZ 2005, 555, 556.

4 KG, Beschluss vom 23.7.2018, 22 W 17/18, NZG 2018, 1150, 1151; BeckOK-HGB/*Müther*, Stand: 15.10.2018, § 12 Rdnr. 29; MünchKomm-HGB/*Krafka*, 4. Aufl. 2016, § 12 Rdnr. 49.

5 Etwa OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.8.1993, 20 W 336/93, NJW-RR, 1994, 10.



KV 23300) sowie die Gebühren zur Erteilung eines Erbscheins (GNotKG KV 12210) – mit Ausnahme des gegenständig beschränkten Erbscheins gemäß § 352c FamFG – gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 GNotKG immer am Wert des gesamten Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls orientieren,<sup>6</sup> steigen die Gebühren für den Erbschein stets mit dem Gesamtnachlasswert, der gerade als Bezugsmaßstab für (Un-)Verhältnismäßigkeit entscheidend sein soll. Richtiger Bezugsmaßstab für die Beurteilung einer etwaigen (Un-)Verhältnismäßigkeit wäre daher – wie von den antragstellenden Erben insoweit zu Recht vorgetragen – der Verkehrswert der Kommanditbeteiligung gewesen.

Die Entscheidung des Gerichts liest sich zudem umso überraschender, als derselbe Senat – in anderer Besetzung – in einem allerdings sehr knapp begründeten Beschluss vom 24.3.2015 jedenfalls im Ergebnis entschieden hatte, dass unverhältnismäßig hohe Kosten zur Erlangung eines Erbscheins bei der Frage nach der „(Un-)tunlichkeit“ des Rechtsnachfolgenachweises durchaus berücksichtigt werden können.<sup>7</sup> Dort hatte das Gericht für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwands hinsichtlich des Erbscheins zutreffend auf das Verhältnis zum Verkehrswert der Kommanditbeteiligung abgestellt. Da die Erbscheinskosten (wohl) in etwa dem gesamten Verkehrswert der Beteiligung entsprochen hatten, ließ das Gericht daher den Nachweis mittels privatschriftlichen Testaments in Verbindung mit einer eidesstattlichen Versicherung bezüglich des Fehlens weiterer Verfügungen von Todes wegen genügen.<sup>8</sup>

Das OLG München hat somit in der vorliegenden Entscheidung die Möglichkeit verpasst, klar zu präzisieren, ob und unter welchen Umständen die Kosten für die Erlangung eines Erbscheins den Rechtsnachfolgenachweis durch öffentliche Urkunde gemäß § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB untunlich werden lassen: Ein Sachverhalt mit einem Nachlasswert von über 100 Mio. € ohne eine vorhandene notarielle Verfügung von Todes wegen und ohne Grundbesitz im Nachlass dürfte an Seltenheit kaum zu überbieten sein. Gerade auf-

grund der allseits betonten Vergleichbarkeit mit § 35 Abs. 1 GBO, dessen Grundsätze regelmäßig bei der Auslegung von § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB berücksichtigt werden,<sup>9</sup> hätte es insoweit nahe gelegen, sich zur näheren Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „(Un-)tunlichkeit“ wegen unverhältnismäßigem Kostenaufwand an der Regelung des § 35 Abs. 3 GBO zu orientieren. Danach wäre die Vorlage eines Erbscheins aber nur dann entbehrlich, wenn – kumulativ – der Beschaffungsaufwand für den Erbschein den Verkehrswert des Kommanditanteils übersteigt<sup>10</sup> und der Verkehrswert des Kommanditanteils unterhalb von 3.000 € liegt. Für ein Abweichen der grundbuchrechtlichen 3.000 €-Grenze „nach oben“ im Registerrecht sind dagegen letztlich keine schlagenden Argumente ersichtlich:<sup>11</sup> Ebenso wie im Grundbuchverfahrensrecht hat der Gesetzgeber in § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB die Eintragung der Rechtsnachfolge im Interesse des Rechtsverkehrs von der Vorlage hinreichend sicherer Nachweise abhängig gemacht. Diese grundsätzliche Entscheidung für eine Nachweispflicht durch öffentliche Urkunden sollte nicht durch eine zu weitreichende Schaffung von Ausnahmetatbeständen unterlaufen werden.

### 3. Ergebnis

Nach alledem ist die Entscheidung des OLG München zumindest im Ergebnis zutreffend: Die antragstellenden Erben bedurften zum Nachweis ihrer Gesamtrechtsnachfolge der Vorlage eines Erbscheins. Der Erbschein war vorliegend aber nur deshalb unentbehrlich, weil der Verkehrswert der in Rede stehenden Kommanditbeteiligung ca. 30.000 € betrug und damit über einer Bagatellgrenze von 3.000 € lag.

6 Korintenberg/Sikora, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 40 Rdnr. 17.

7 OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 31 Wx 105/15, MittBayNot 2016, 258 m. zust. Anm. Schreindorfer.

8 OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 31 Wx 105/15, MittBayNot 2016, 258 m. zust. Anm. Schreindorfer.

9 Vgl. statt vieler KG, Beschluss vom 12.11.2002, 1 W 461/01, MittBayNot 2003, 495; Beschluss vom 5.10.2006, 1 W 146/06, RNotZ 2007, 49, 50; MünchKomm-HGB/Krafka, § 12 Rdnr. 49; DNotI-Report 2006, 109, 111.

10 So für § 35 Abs. 3 GBO jedenfalls OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 34 Wx 189/14, NJW-RR 2014, 1114, 1115 und Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 955.

11 So im Ergebnis aber wohl OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 31 Wx 105/15, MittBayNot 2016, 258 m. zust. Anm. Schreindorfer.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 15. Mängelgewährleistung beim Rechtskauf

BGH, Urteil vom 26.9.2018, VIII 187/17 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.8.2017, 13 U 44/15)

BGB § 313 Abs. 1 und 2, § 453 Abs. 1 Alt. 1

#### LEITSÄTZE:

1. **Zur Mängelgewährleistung beim Rechtskauf nach § 453 BGB (hier: Kauf von Gesellschaftsanteilen).**
2. **Bei einem Kauf von Mitgliedschaftsrechten an einer GmbH, der als solcher ein Rechtskauf gemäß § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist, sind im Fall von Mängeln des von der GmbH betriebenen Unternehmens die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB anzuwenden, wenn Gegenstand des Kaufvertrags der Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile an dem Unternehmen ist und sich der Anteilskauf damit sowohl nach der Vorstellung der Vertragsparteien als auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens selbst und damit als Sachkauf darstellt (Fortführung von BGH, Urteile vom Februar 1970, I ZR 103/68, WM 1970, 819 unter II.; vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246, 248 f., 251; vom 24.11.1982, VIII ZR 263/81, BGHZ 85, 367, 370; vom 25.3.1998, VIII ZR 185/96, BGHZ 138, 195, 204; vom 4.4.2001, VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163 unter II. 1.; jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.).**
3. **Ein solcher Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile an dem Unternehmen liegt nicht vor, wenn ein Käufer, der bereits 50 % der Mitgliedschaftsrechte an einer GmbH hält, weitere 50 % der Geschäftsanteile dieser Gesellschaft hinzuerwirbt.**
4. **Zur Störung der Geschäftsgrundlage, wenn bei einem Anteilskauf beide Vertragsparteien irrtümlich von einer Solvenz der Gesellschaft ausgehen.**

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) – beide sind im Energiegeschäft tätige Handelsgesellschaften – waren seit dem Jahr 2001 im Wege eines sog. „Joint Venture“ jeweils zu 50 % an der E GmbH beteiligt. Nach Meinungsverschiedenheiten beabsichtigten die Parteien seit Ende des Jahres 2010, das „Joint Venture“ durch einen Verkauf der von der Beklagten gehaltenen Anteile an die Klägerin zu beenden.

2 Nach einem von der Klägerin bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Auftrag gegebenen Gutachten, welches unter Berücksichtigung von Einwänden der Beklagten überarbeitet und um zwischen den Parteien in weiteren Verhandlungen abgestimmte Hinzurechnungen ergänzt wurde, belief sich der Gesamtwert der E GmbH zum Bewertungsstichtag am 31.12.2010 auf 8.377.000 €. Dementsprechend veräußerte die Beklagte ihre Anteile an der E GmbH mit Wirkung zum 1.10.2011 durch notariellen Vertrag vom 5.10.2011 zu einem Kaufpreis von 4.188.000 € an die Klägerin. Der Kaufvertrag enthält in § 4.1 verschiedene Garantieabreden, die insbesondere

das rechtswirksame Bestehen der Geschäftsanteile, deren nicht vorhandene Belastung mit Rechten Dritter, die Eigentümerstellung des Verkäufers sowie die häufige Einzahlung der Einlagen auf den Geschäftsanteil betreffen; gesetzliche Gewährleistungsansprüche sind hingegen ausgeschlossen, „soweit dies rechtlich möglich ist“. Gemäß § 8.3 regelt der Vertrag im Hinblick auf dessen Gegenstand das Verhältnis der Parteien abschließend.

3 Mit ihrer Klage hat die Klägerin von der Beklagten die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises sowie zunächst außerdem noch die Zahlung weiterer 4.897.000 € als Beitrag zur Sanierung der E GmbH verlangt und dies auf Ansprüche auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage sowie hilfsweise auf Gewährleistungsansprüche gestützt. Dabei hat sie sich auf einen von einer (anderen) Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellten Prüfbericht zum Jahresabschluss der E GmbH für das Jahr 2011 berufen, welcher ein den Jahren 2008 bis 2010 zuzurechnendes Defizit i. H. v. 12.951.000 € ergeben und wonach insbesondere der für die Kaufpreisfindung maßgebliche Jahresabschluss 2009 infolge massiver Abgrenzungsfehler deutlich zu hohe Umsatzerlöse ausgewiesen habe. Bei Zugrundelegung der – von beiden Parteien irrtümlich verkannten – zutreffenden Unternehmenszahlen hätte sich eine deutliche Unterbilanz ergeben, sodass der Kaufpreis „auf allenfalls Null“ festgesetzt worden wäre.

4 Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen von der Klägerin eingelegte Berufung, mit der sie nur noch die Rückzahlung des Kaufpreises begehrt hat, ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Rückzahlungsbegehren weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Revision hat Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

7 Bei dem von der Klägerin behaupteten hohen negativen Eigenkapital der E GmbH handele es sich um eine Beschaffenheit dieses von der Klägerin erworbenen Unternehmens, sodass die von ihr geltend gemachten Ansprüche – in Übereinstimmung mit dem LG – nach Sachmängelgewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB) und nicht nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu beurteilen seien.

8 Nach allgemeiner Meinung sei der Kauf von Gesellschaftsanteilen („share deal“) zwar ein Rechtskauf im Sinne des § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Als solcher werde er im Hinblick auf die Gewährleistung aber – wie bereits nach ständiger Rechtsprechung des BGH vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – jedenfalls dann wie ein Unternehmenskauf und damit wie ein Sachkauf („asset deal“) behandelt, wenn sich der Kaufvertrag auf den Erwerb sämtlicher Anteile der unternehmenstragenden Gesellschaft erstrecke oder die beim Verkäufer oder Dritten verbleibenden Anteile so geringfügig seien, dass sie die Verfügungsbefugnis des Erwerbers über das Unternehmen nicht entscheidend beeinträchtigten, sofern der Wille der Parteien auf den Kauf des Unternehmens als Ganzes gerichtet sei.

9 Dementsprechend sei auch vorliegend der Kauf von 50 % der Geschäftsanteile an der E GmbH als Kauf des ganzen Unternehmens einzuordnen, da die Klägerin mit dem Kauf bestimmungsgemäß sämtliche Geschäftsanteile dieser Gesellschaft auf sich vereint und als alleinige Geschäftsinhaberin

nummehr deren Geschicke allein bestimmt habe, sodass bei Mängeln der E GmbH das Sachmängelgewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB einschlägig sei.

**10** Der seit der Schuldrechtsreform für einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 BGB nunmehr maßgebende Begriff der „Beschaffenheit“ sei dabei weit auszulegen, sodass – anders als noch unter der Geltung der §§ 459 ff. BGB a. F. – nunmehr auch das Vorhandensein eines positiven Eigenkapitals und die damit verbundene Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft als Beschaffenheit und spiegelbildlich deren Fehlen als Sachmangel des Unternehmens im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB einzuordnen seien. Daneben kämen die subsidiären Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht zur Anwendung. Denn nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur sei § 313 BGB nicht einschlägig, wenn die Störung der Geschäftsgrundlage auf einem Mangel der Kaufsache beruhe.

**11** Im Ergebnis komme wegen der von ihr behaupteten Überschuldung und Insolvenzreife der E GmbH ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin allerdings auch nach den §§ 434 ff. BGB nicht in Betracht, da § 4.1 des Kaufvertrags dahin auszulegen sei, dass die Haftung der Beklagten für jegliche über die vereinbarten Garantien hinausgehenden Gewährleistungsansprüche der Klägerin hinsichtlich einer etwaigen negativen Abweichung der E GmbH von der von beiden Seiten vertraglich vorausgesetzten Fortführungsfähigkeit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) ausgeschlossen sei. Eine von diesem Gewährleistungsausschluss nicht umfasste Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinsichtlich des Eigenkapitals der E GmbH hätten die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent geschlossen.

**12** II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Vertragsanpassung – in Form der Rückzahlung des Kaufpreises – wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 und 2 BGB nicht verneint werden. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stünden bei Vorliegen der von ihr behaupteten Überschuldung und Insolvenzreife der E GmbH allein – gegenüber den vorbezeichneten Regeln des § 313 Abs. 1 und 2 BGB vorrangige, vertraglich indes ausgeschlossene – Sachmängelgewährleistungsansprüche nach §§ 434 ff. BGB zu, weil sie durch den streitgegenständlichen Anteilserwerb das „ganze“ Unternehmen erworben habe, trifft nicht zu. Sie beruht auf einem Fehlverständnis der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung des Sachmängelgewährleistungsrechts bei einem auf den Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Geschäftsanteile bzw. Mitgliedschaftsrechte eines Unternehmens gerichteten – und damit wie ein Unternehmenskauf zu behandelnden – (Rechts-)Kauf.

**13** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind diese Voraussetzungen, die auch nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes weiterhin gelten, nicht bereits dann erfüllt, wenn ein Käufer – wie hier die Klägerin –, der bereits 50 % der Geschäftsanteile hält, weitere 50 % der Geschäftsanteile eines Unternehmens hinzukauf. Denn Vertragsgegenstand eines solchen Kaufvertrags ist allein die Beteiligung in Höhe von 50 %, sodass es sich insoweit nicht um

einen Unternehmenskauf, sondern um einen – nicht der Sachmängelhaftung unterliegenden – Anteilskauf handelt.

**14** 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass eine Anpassung des streitgegenständlichen Kaufvertrags nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB grundsätzlich auszuschließen hätte, soweit aufgrund der von der Klägerin behaupteten Überschuldung sowie der daraus resultierenden Insolvenzreife der E GmbH der Anwendungsbereich des Sach- und Rechtsmängelgewährleistungsrechts der §§ 434 ff. BGB eröffnet wäre.

**15** Denn nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB kommt die Anpassung eines Vertrags wegen wesentlicher Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind und sich als falsch herausstellen, nur in Betracht, wenn und soweit die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie dieser Fehlvorstellung nicht erlegen wären (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.9.2008, VI ZR 296/07, VersR 2008, 1648 Rdnr. 23; MünchKomm-BGB/Finkenauer, 7. Aufl., § 313 Rdnr. 58), und einem Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. In diesem Verweis auf die gesetzliche Risikoverteilung kommt zum Ausdruck, dass eine Anwendung der Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage auszuschließen hat, wenn und soweit es um Fehlvorstellungen geht, deren Auswirkungen auf den Vertrag der Gesetzgeber bereits durch Aufstellung bestimmter gesetzlicher Regeln zu erfassen versucht hat (vgl. Senatsurteil vom 18.11.2015, VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rdnr. 23).

**16** Dementsprechend kann § 313 BGB im Anwendungsbebereich der kaufrechtlichen Sach- und Rechtsmängelhaftung grundsätzlich nicht herangezogen werden, da andernfalls die den Bestimmungen der §§ 434 ff. BGB zugrunde liegende Risikoverteilung durch die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert werden würde (vgl. BGH, Urteile vom 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139 Rdnr. 12; vom 7.2.1992, V ZR 246/90, BGHZ 117, 159, 162 [m. w. N. zu dem bis zum 31.12.2001 geltenden Schuldrecht]; vom 21.2.2008, III ZR 200/07, NZM 2008, 462 Rdnr. 8 [zum Miet- und Pachtrecht]). Das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen einer Mängelhaftung im Einzelfall – etwa aufgrund eines wirksamen Haftungsausschlusses, wie ihn das Berufungsgericht vorliegend angenommen hat – nicht gegeben sein sollten (vgl. BGH, Urteil vom 30.9.2011, V ZR 17/11, a. a. O.).

**17** 2. Allerdings besteht dieser Vorrang des Gewährleistungsrechts nur insoweit, als der maßgebliche Umstand – hier also die (behauptete) Überschuldung und die daraus resultierende Insolvenzreife der E GmbH – überhaupt geeignet ist, entsprechende Mängelansprüche auszulösen (vgl. BGH, Urteil vom 30.9.2011, V ZR 17/11, a. a. O. Rdnr. 13 m. w. N.). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

**18** a) Soweit das Berufungsgericht die Anwendbarkeit des Sachmängelgewährleistungsrechts bejaht hat, weil der streitgegenständliche Kauf von 50 % der Geschäftsanteile an der E GmbH als Kauf des „ganzen“ Unternehmens einzuordnen sei und die Beklagte somit auch für Sachmängel desselben haften müsse, beruht dies auf einem Fehlverständnis der im

Berufungsurteil insoweit in Bezug genommenen Rechtsprechung des BGH.

**19 aa)** Noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der BGH bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I, S. 3138) in ständiger Rechtsprechung den Kauf von Mitgliedschaftsrechten an einer GmbH zwar als Rechtskauf angesehen und die Gewährleistung gemäß den hierfür in § 433 Abs. 1 Satz 2, §§ 437 ff. BGB a. F. vorgesehenen Regelungen – die eine Haftung grundsätzlich nur für den Bestand des Rechtes (Verität) vorsahen – bemessen hat, auf Mängel des von der GmbH betriebenen Unternehmens jedoch die Vorschriften über die Sachmängelhaftung (§§ 459 ff. BGB a. F.) für die Fälle entsprechend herangezogen hat, in denen sich der Erwerb dieses Rechts sowohl nach der Vorstellung der Parteien als auch objektiv als Kauf des Unternehmens selbst und damit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Sachkauf darstellte (vgl. nur BGH, Urteile vom 27.2.1970, I ZR 103/68, WM 1970, 819 unter II.; vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, BGHZ 65, 246, 248 f., 251; vom 24.11.1982, VIII ZR 263/81, BGHZ 85, 367, 370; vom 25.3.1998, VIII ZR 185/96, BGHZ 138, 195, 204; vom 4.4.2001, VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163 unter II. 1. [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.] sowie m. w. N.).

**20** Ein solcher Unternehmenskauf wurde insbesondere dann bejaht, wenn der Käufer von seinem Verkäufer sämtliche oder nahezu sämtliche Geschäftsanteile (vgl. hierzu Senatsurteile vom 2.6.1980, VIII ZR 64/79, NJW 1980, 2408 unter II. 2. a); vom 4.4.2001, VIII ZR 32/00, a. a. O. [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a.F.]) erwarb und damit, ohne durch die Befugnisse von Mitgesellschaftern beeinträchtigt zu sein, uneingeschränkt über das Unternehmen verfügen konnte, obgleich formell die GmbH Trägerin des Unternehmens und Eigentümerin der Sachwerte desselben blieb (vgl. etwa BGH, Urteile vom 16.10.1968, I ZR 81/66, JZ 1969, 336 unter III. 3. a); vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 251 [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.]).

**21 bb)** Ebenso wenig begegnet es in rechtlicher Hinsicht Bedenken, dass das Berufungsgericht diese Rechtsprechungsgrundsätze auf das nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geltende Kaufvertragsrecht übertragen hat (so auch die allg. Meinung; vgl. etwa OLG Köln, ZIP 2009, 2063, 2064; *Grunewald*, NZG 2003, 372; *BeckOK-BGB/Faust*, Stand: 1.5.2018, § 453 Rdnr. 32; *Staudinger/Beckmann*, Neub. 2013, § 453 Rdnr. 101; *jurisPK-BGB/Leible/Müller*, 8. Aufl., § 453 Rdnr. 24; *Palandt/Weidenkaff*, 77. Aufl., § 453 Rdnr. 23; jeweils m. w. N.).

**22** Zwar sieht das Gesetz in § 453 Abs. 1 BGB die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Kauf von Sachen nicht nur für den Kauf von Rechten (Alt. 1), sondern außerdem für den Kauf sonstiger Gegenstände (Alt. 2) – worunter nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auch der Kauf von Unternehmen oder Unternehmensteilen fallen soll (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 242) – vor. Unberührt von dieser Regelungssystematik bleibt jedoch der Umstand, dass aufgrund des Wesens einer GmbH als einer juristischen Person und ihrer mithin personen- und vermögensrechtlichen Selbstständigkeit gegenüber den sie tragenden Gesellschaf-

tern beim Erwerb von Mitgliedschaftsrechten zunächst allein die betreffenden Gesellschaftsanteile den Vertragsgegenstand und damit zugleich den für die Anwendung von Gewährleistungsvorschriften maßgebenden Anknüpfungspunkt bilden (vgl. Senatsurteil vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 250 [zu §§ 459 ff. BGB a. F.]). An dem von der GmbH betriebenen Unternehmen und den von diesem gehaltenen Sachwerten erwirbt ein Anteilskäufer mithin nach wie vor kein unmittelbares Recht, sondern kann vielmehr nur im Rahmen der ihm durch Gesetz und Satzung eingeräumten Befugnisse als Gesellschafter Einfluss nehmen.

**23** Eine Haftung auch für Mängel des Unternehmens selbst ist aber weiterhin sach- und interessengerecht, wenn im Grunde das „gesamte“ Unternehmen verkauft wird, es sich bei dem betreffenden Anteilskauf also faktisch um einen Kauf des „ganzen“ Gesellschaftsvermögens und damit wirtschaftlich betrachtet um einen Sachkauf handelt (vgl. *Grunewald*, a. a. O. S. 372 f.; *BeckOK-BGB/Faust*, a. a. O.). Mithin bleibt es – in Fortführung der dargestellten bisherigen Rechtsprechung des BGH – auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes dabei, dass bei einem Anteilskauf, der als solcher ein Rechtskauf gemäß § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist, im Fall von Mängeln des Unternehmens die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB (nur) dann anzuwenden sind, wenn der Käufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an einem Unternehmen erwirbt und sich der Anteilskauf damit sowohl nach der Vorstellung der Vertragsparteien als auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens selbst und damit als Sachkauf darstellt (vgl. hierzu bereits Senatsurteil vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 248 f., 251 m. w. N. [zu §§ 459 ff. BGB a. F.]).

**24 cc)** Allerdings hat das Berufungsgericht verkannt, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Anteilskauf, durch den die Klägerin lediglich 50 % der Mitgliedschaftsrechte der E GmbH erworben hat, weder nach der Vorstellung der Parteien noch objektiv um den Kauf des „ganzen“ Unternehmens handelt.

**25 (1)** Im Ausgangspunkt ist es zwar sachgerecht – und entspricht auch der Rechtsprechung des BGH vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes –, den Anwendungsbereich der dargestellten Rechtsprechung zum Unternehmenskauf nicht von vornherein auf Fälle zu beschränken, in denen der Käufer vom Verkäufer sämtliche Gesellschaftsanteile erwirbt und damit, ohne durch Befugnisse von Mitgesellschaftern beeinträchtigt zu sein, uneingeschränkt über das Unternehmen verfügen kann. Denn dieselben Erwägungen gelten, wenn der Käufer zwar nicht alle Geschäftsanteile erwirbt, die bei dem Verkäufer oder einem Dritten verbleibenden Anteile aber so geringfügig sind, dass sie die Verfügungsbefugnis des Erwerbers über das Unternehmen nicht entscheidend beeinträchtigen, sofern nur der Wille der Vertragspartner auf den Kauf des Unternehmens als Ganzes gerichtet ist (vgl. BGH, Urteile vom 27.2.1970, I ZR 103/68, a. a. O.; vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 251; vom 2.6.1980, VIII ZR 64/79, a. a. O. [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.]).

**26 (2)** Ein solcher Fall liegt aber nicht vor, wenn der Käufer – wie hier die Klägerin – lediglich einen Anspruch auf Übertragung der Hälfte der Geschäftsanteile hat. Denn unter derarti-

gen Umständen fehlt es nach der Parteivorstellung und der Verkehrsanschauung an einem – gemäß den dargestellten Grundsätzen für die entsprechende Anwendung der Sachmängelhaftung entscheidenden – auf den Erwerb des Unternehmens insgesamt gerichteten Ziel des Vertrags (vgl. Senatsurteile vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 252; vom 2.6.1980, VIII ZR 64/79, a. a. O. unter II. 3.; vom 4.4.2001, VIII ZR 32/00, a. a. O. [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.]).

**27** Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts beruht auf einem Missverständnis der Rechtsprechung des BGH. Es hat insoweit – unter Bezugnahme auf die dargestellte Rechtsprechung – als ausschlaggebend erachtet, dass die Klägerin mit dem Kauf bestimmungsgemäß sämtliche Geschäftsanteile der E GmbH auf sich vereinte und als alleinige Geschäftsinhaberin nunmehr die Geschicke der Gesellschaft allein bestimmte.

**28** Dabei hat das Berufungsgericht allerdings aus den Augen verloren, dass allein maßgeblicher Anknüpfungspunkt des Mängelgewährleistungsrechts der §§ 434 ff. BGB und damit ausschlaggebend für die vorliegend zu beantwortende Frage, ob diese Vorschriften überhaupt zur Anwendung gelangen, nach der Regelungssystematik des BGB – wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 433 Abs. 1 BGB ergibt – der jeweilige Kaufgegenstand ist. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Mängelgewährleistung kann deshalb nicht von Umständen außerhalb des von den Parteien übereinstimmend im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit gewählten Vertragsgegenstands abhängen. Die vom Berufungsgericht erörterte Frage, wie „weit“ der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB zu verstehen ist – ob also nicht nur Beziehungen der Sache zur Umwelt, die ihren Ursprung im Kaufgegenstand haben, umfasst sind, sondern sogar jeder tatsächliche Bezug zum Kaufgegenstand ausreicht (offen gelassen in BGH, Urteile vom 15.6.2016, VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rdnr. 13; vom 19.4.2013, V ZR 113/12, NJW 2013, 1948 Rdnr. 15) – stellte sich erst, wenn das Sachmängelgewährleistungsrecht für den betreffenden Kaufgegenstand überhaupt einschlägig wäre.

**29** Deshalb kann es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bei der Beurteilung, ob sich ein Erwerb von Mitgliedschaftsrechten an einer GmbH bei wirtschaftlicher Betrachtung als Unternehmens- und damit Sachkauf darstellt, von vornherein nicht darauf ankommen, ob der Käufer in diesem Zeitpunkt bereits (weitere) Anteile an der Gesellschaft hält und aufgrund dessen im Ergebnis die alleinige Verfügungsbefugnis über das betreffende Unternehmen erhält (so auch OLG Naumburg, NJW-RR 1995, 799, 800 [zu §§ 459 ff. BGB a. F.]; Erman/*Grunewald*, BGB, 15. Aufl., § 453 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 453 Rdnr. 22; Staudinger/*Beckmann*, § 453 Rdnr. 101; BeckOGK-BGB/*Wilhelmi*, Stand: 1.7.2018, § 453 Rdnr. 325; Scholz/*Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 15 Rdnr. 153; a. A. Prütting/*Wegen/Weinreich/Schmidt*, BGB, 13. Aufl., § 453 Rdnr. 28). Zwar wird in einem solchen Fall der Wille des Käufers – regelmäßig auch mit Wissen des Verkäufers – darauf gerichtet sein, im Ergebnis die Unternehmensherrschaft zu erlangen, was sich möglicherweise auch im Kaufpreis niederschlägt (vgl. Prütting/*Wegen/Weinreich/Schmidt*, a. a. O.). Der Erwerb als solcher hingegen betrifft sowohl nach der Parteiauffassung als auch nach der Verkehrsanschauung stets nur den im Kaufvertrag genannten Gegen-

stand, vorliegend mithin (nur) die Hälfte der Mitgliedschaftsrechte an der E GmbH. Inwieweit sich hiervon im Einzelfall Abweichungen ergeben können, wenn mehrere Anteilskäufe als einheitliches Geschäft im Sinne von § 139 BGB anzusehen sind, bedarf vorliegend keiner Entscheidung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23.11.1979, I ZR 161/77, WM 1980, 284 unter III. [Erwerb von Anteilen an einer Aktiengesellschaft] sowie OLG Hamm, GmbHR 1994, 48, 49 [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.]; außerdem Erman/*Grunewald*, a. a. O. m. w. N.).

**30 b)** Da es sich im vorliegenden Fall mithin um einen reinen Anteilskauf – also einen Rechtskauf und nicht um einen Unternehmens- und damit Sachkauf – handelt, kommen Gewährleistungsansprüche der Klägerin wegen von ihr behaupteter Sachmängel der E GmbH von vornherein nicht in Betracht.

**31 aa)** Zwar wird in Teilen des Schrifttums, insbesondere seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in verschiedenen Ausprägungen die Ansicht vertreten, die Sachmängelhaftung der §§ 434 ff. BGB gelte auch für Sachen und sonstige Gegenstände, auf die sich das verkaufte Recht lediglich beziehe, sodass namentlich auch bei einem bloßen Anteilskauf gemäß § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB – der nach den dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen nicht gleichzeitig ein Unternehmenskauf ist – (Sach-)Mängel einzelner Sachen, Rechte oder sonstiger Gegenstände bzw. des Unternehmensvermögens als Gewährleistungsrechte auslösende Mängel des Anteils selbst anzusehen seien (vgl. BeckOGK-BGB/*Wilhelmi*, § 453 Rdnr. 42 ff., 58 ff., 566 ff.; MünchKomm-HGB/*Thiessen*, 4. Aufl., § 25 Anhang Rdnr. 112; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 416 f.; *Gaul*, ZHR 166 [2002], 35, 39; *von Gierke/Paschen*, GmbHR 2002, 457, 459; ähnlich auch *Zimmermann*, AcP 213 [2013], 652, 659 ff.). Es dürfe nicht übersehen werden, dass die zu erwerbenden Gesellschaftsanteile nicht um ihrer selbst willen existierten, sondern die Beteiligung an einem Unternehmen verkörperten, auf das es infolgedessen auch gewährleistungsrechtlich primär ankomme (MünchKomm-HGB/*Thiessen*, § 25 Anhang Rdnr. 113; siehe auch *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 10).

**32 bb)** Diese vornehmlich von wirtschaftlichen Billigkeitserwägungen getragenen Auffassungen übergehen indes, dass der von den Parteien übereinstimmend und im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit bestimmte Kaufgegenstand eben keine Sache, sondern ein Recht ist (vgl. hierzu auch *Huber*, AcP 202 [2002], 179, 213 f.). Den Verkäufer eines Rechts trifft kraft Gesetzes aber auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (und Entfallen der Vorschrift des § 437 Abs. 1 BGB a. F.) nach allgemeiner Auffassung (vgl. *Staudinger/Beckmann*, § 453 Rdnr. 7 f.; *BeckOGK-BGB/Faust*, § 453 Rdnr. 16 ff.; jeweils m. w. N.) weiterhin nur eine Gewährleistung für den Bestand des Rechts (Verität), nicht aber für die Einbringlichkeit der Forderung (Bonität) und dementsprechend ebenso wenig für die Güte des Gegenstands, auf welchen sich das Recht bezieht. Eine solche Bonitätshaftung besteht vielmehr nur, wenn sie vertraglich besonders übernommen ist (*Huber*, a. a. O. S. 214, 229 ff.; *BeckOGK-BGB/Faust*, § 453 Rdnr. 20 ff.; MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 453 Rdnr. 11; jeweils m. w. N.).

**33** Zwar wird von Teilen der Literatur in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auf den Rechtskauf nach

§ 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB die Vorschriften zum Sachkauf und damit nunmehr eben auch das Sach- und Rechtsmängelgewährleistungsrecht entsprechende Anwendung fänden. Weder dem Wortlaut des Gesetzes noch den Gesetzesmaterialien des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sind aber auch nur Andeutungen zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 453 BGB den Unterschied zwischen dem Kauf eines Rechts und dem Kauf einer Sache, auf welche sich dieses Recht bezieht, aufzuheben beabsichtigte. Im Gegenteil ging der Gesetzgeber vielmehr davon aus, dass die Regelung des § 453 Abs. 1 BGB mit der darin vorgesehenen entsprechenden Anwendung der Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen „im Einklang mit dem geltenden Recht“ stehe (BT-Drucks. 14/6040, S. 242).

**34** Diese Auslegung wird bestätigt durch die Gesetzessystematik der in § 453 BGB enthaltenen Bestimmungen. Nach § 453 Abs. 3 BGB haftet der Verkäufer, sofern ein Recht verkauft ist, das zum Besitz an einer Sache berechtigt, dafür, dass die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln ist. Im Umkehrschluss zeigt diese für bestimmte Fälle des Rechtskaufs geltende Ausnahmeregelung, dass eine solche Gewährleistung in allen anderen Fällen des Rechtskaufs (§ 453 Abs. 1 BGB) gerade nicht besteht, da diese Vorschrift ansonsten überflüssig wäre (vgl. *Grunewald*, NZG 2003, 372, 373; NK-BGB/*Büdenbender*, 3. Aufl., § 453 Rdnr. 14; vgl. auch BeckOK-BGB/*Faust*, § 453 Rdnr. 21a).

**35** Von alledem ist eine Ausnahme aus den oben (unter II. 2. a) aa), bb und cc)) im Einzelnen dargestellten Gründen nur dann gerechtfertigt, wenn der Käufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an einem Unternehmen erwirbt und sich der Anteilskauf damit sowohl nach den Vorstellungen der Vertragsparteien als auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens selbst darstellt, da der Käufer mit den vorbezeichneten Anteilen – wirtschaftlich betrachtet – das Unternehmen als Ganzes erwirbt (vgl. nur Senatsurteil vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 248 f., 251 m. w. N. [zu §§ 459 ff. BGB a. F.]).

**36** Insoweit hat der Senat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass es daneben unverändert dabei bleibt, dass der Erwerber von Mitgliedschaftsrechten an einer Gesellschaft eben kein unmittelbares Recht an dem von dieser betriebenen Unternehmen erwirbt, sondern auf dieses vielmehr nur mittelbar im Rahmen der ihm durch Gesetz und Satzung eingeräumten Befugnisse als Gesellschafter Einfluss nehmen kann (vgl. Senatsurteil vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 250 [zu §§ 459 ff. BGB a. F.]). Diese Trennung ist auch kein leerer Formalismus, sondern beruht auf dem Wesen der juristischen Person – wie hier der E GmbH –, mithin auf ihrer personen- und vermögensrechtlichen Verselbstständigung gegenüber den sie tragenden Gesellschaftern, die ihrerseits für die Verbindlichkeiten dieser juristischen Person auch nur begrenzt einzustehen haben (Senatsurteil vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. [zu §§ 459 ff. BGB a. F.]).

**37** Überdies besteht auch kein zwingendes praktisches Bedürfnis für eine derartige – mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbarende – Ausweitung der Gewährleistung beim Anteilskauf. Denn es bleibt den Parteien eines solchen Kaufvertrages

unbenommen, entsprechend weitergehende Garantieabreden zu treffen. In Ermangelung solcher Vereinbarungen kommen außerdem eine Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 2, § 241 Abs. 2 BGB (*culpa in contrahendo*) – bei einem Vertretermüssen des Verkäufers – und eine – im Streitfall von der Klägerin auch begehrte – Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB in Betracht (vgl. BeckOK-BGB/*Faust*, § 453 Rdnr. 22, 30 f.; *Canaris* in FS Georgiades, 2006, S. 71, 78 ff.; BGH, Urteile vom 12.11.1975, VIII ZR 142/74, a. a. O. S. 252 f.; vom 23.11.1979, I ZR 161/77, a. a. O. unter IV.; vom 2.6.1980, VIII ZR 64/79, a. a. O. unter III.; vom 4.4.2001, VIII ZR 32/00, a. a. O. unter II. 3. und 4.; OLG Naumburg, a. a. O. S. 800 und 802; [jeweils zu §§ 459 ff. BGB a. F.]; BT-Drucks. 14/6040, S. 242; a. A. wohl *Huber*, a. a. O. S. 217 ff.).

**38 c)** Schließlich vermögen die von der Klägerin behauptete Überschuldung und die daraus resultierende Insolvenzreife der E GmbH – entgegen einzelner Auffassungen im Schrifttum – auch einen Rechtsmangel der von ihr erworbenen Anteile selbst nicht zu begründen.

**39 aa)** Aus der in § 453 Abs. 1 BGB enthaltenen Verweisung auf die Vorschriften zum Sachkauf ergibt sich für den – im vorliegenden Fall gegebenen – Kauf von Rechten (§ 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB) nach dem Willen des Gesetzgebers des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das Recht „frei von Rechtsmängeln“ zu verschaffen (BT-Drucks. 14/6040, S. 242). Zwar wird unterschiedlich beurteilt, ob insoweit lediglich Rechtsmängel im Sinne des § 435 BGB in Betracht kommen (so etwa *Grunewald*, a. a. O. S. 373; *Erman/Grunewald*, BGB, § 453 Rdnr. 10; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 125; *Brink*, WM 2003, 1355, 1357) oder ob sich die Haftung des Verkäufers darüber hinaus nicht vielmehr unter entsprechender Heranziehung des § 434 BGB außerdem danach bestimmt, ob das Recht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist, sich für die vertraglich vereinbarte Verwendung eignet oder bei Eignung für die gewöhnliche Verwendung die übliche und zu erwartende Beschaffenheit aufweist (so in unterschiedlichen Ausprägungen die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum, vgl. etwa BeckOK-BGB/*Faust*, § 453 Rdnr. 10; NK-BGB/*Büdenbender*, § 453 Rdnr. 10 f.; *jurisPK-BGB/Leible/Müller*, § 453 Rdnr. 12 f.; *Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt*, BGB, § 453 Rdnr. 8; *Scholz/Seibt*, GmbHG, a. a. O. Rdnr. 149; wohl auch *Staudinger/Beckmann*, § 453 Rdnr. 7; *Palandt/Weidenkaff*, § 453 Rdnr. 18; jeweils m.w. N.).

**40 bb)** Diese Rechtsfrage bedarf im Streitfall indes keiner näheren Beurteilung, da ein „Rechtsmangel“ der an die Klägerin verkauften Anteile nach beiden Auffassungen nicht in Betracht kommt. Denn weder den Feststellungen des Berufungsgerichts noch dem Vorbringen der Parteien ist zu entnehmen, dass die verkauften Geschäftsanteile mit Rechten Dritter belastet wären oder – etwa in Bezug auf Stimmrechte oder Gewinnansprüche – nicht der vereinbarten, vorausgesetzten oder üblichen Beschaffenheit entsprechen würden. Die von der Klägerin vorinstanzlich und im Rahmen ihrer Revisionsbegründung – in Bezug sowohl auf die von ihr angenommene Störung der Geschäftsgrundlage als auch auf die ihrer Auffassung nach getroffene (konkludente) Beschaffenheitsver-

einbarung zur Solvenz der E GmbH – behaupteten falschen Vorstellungen bzw. Mängel der Überschuldung und Insolvenzreife beziehen sich vielmehr allein auf die Gesellschaft bzw. auf das von dieser betriebene Unternehmen, welches als solches aber – wie ausgeführt – gerade nicht Vertragsgegenstand war.

**41** Zwar wird in der (gesellschaftsrechtlichen) Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass Überschuldung und Insolvenzreife einer Gesellschaft auch „Rechtsmängel“ von an dieser erworbenen Geschäftsanteilen begründen würden, weil hierdurch zugleich deren Bestand gefährdet sei (so Scholz/Seibt, GmbHG, a. a. O. Rdnr. 145; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Ebbing, GmbH-Gesetz, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 177; wohl auch Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbH-Gesetz, 21. Aufl., § 15 Rdnr. 6). Dabei wird aber übersehen, dass die Überschuldung oder auch Insolvenzreife einer Gesellschaft für sich den rechtlichen Bestand eines vom Verkäufer abgetretenen Geschäftsanteils gerade noch nicht beeinträchtigen, da Stimmrechte und Gewinnansprüche wie vor Eintritt der Überschuldung bestehen (so bereits Senatsurteil vom 2.6.1980, VIII ZR 64/79, a. a. O. unter I. 3.; siehe außerdem OLG Naumburg, a. a. O. S. 800 [jeweils zu § 437 BGB a. F.]). Somit wird die geschuldete Rechtsstellung auch bei Überschuldung und Insolvenzreife der Gesellschaft mangelfrei übertragen (vgl. Grunewald, NZG 2003, 372, 373 f.). Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass diese Rechtsstellung für die Zukunft möglicherweise – etwa bei Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG – „gefährdet“ sein könnte. Andernfalls würde sich im Einzelfall stets die Frage anschließen, ab welcher Vermögenslage einer Gesellschaft von einer rechtsmängelbegründenden „Gefährdung“ in dem vorbezeichneten Sinne auszugehen wäre.

**42** Dass bei Eintritt derartiger Umstände schließlich die tatsächliche Gewinnerwartung wegfallen und der wirtschaftliche Wert der Anteile gemindert sein kann (vgl. Senatsurteil vom 2.6.1980, VIII ZR 64/79, a. a. O. [zu § 437 BGB a. F.]), begründet ebenso wenig einen Rechtsmangel des Geschäftsanteils, da, wie bereits ausgeführt, den Verkäufer auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes keine Haftung für die Bonität des veräußerten Rechts trifft.

**43** III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die nicht entscheidungsreife Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), da es zur Beurteilung der Frage, ob und inwieweit die Klägerin wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB Vertragsanpassung, namentlich in Form der mit der Klage geltend gemachten Rückzahlung des Kaufpreises, verlangen kann, weiterer Feststellungen bedarf.

**44** 1. Das Berufungsgericht hat zwar bereits ausdrücklich und von den Parteien im Revisionsverfahren nicht angegriffen festgestellt, dass beide Parteien davon ausgegangen seien, die E GmbH weise ein positives Eigenkapital auf und sei mithin nicht insolvenzreif, sondern vielmehr fortführungsfähig. Ob und in welchem Umfang sich diese wesentlichen Vorstellungen der Parteien, die nach den Feststellungen des Berufungs-

gerichts zur (Geschäfts-)Grundlage des streitgegenständlichen Vertrags geworden sind, tatsächlich – wie von der Klägerin behauptet – als falsch herausstellten und ob ihr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (§ 313 Abs. 1 und 2 BGB), hat es hingegen – von seinem Rechtsstandpunkt allerdings folgerichtig – bislang allerdings offen gelassen (vgl. hierzu auch BGH, Urteile vom 8.2.2006, VIII ZR 304/04, NJW-RR 2006, 1037 Rdnr. 7 ff.; vom 1.2.2012, VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rdnr. 26 ff.; vom 26.4.2017, IV ZR 126/16, VersR 2017, 741 Rdnr. 18, 21 ff.; vom 11.1.2018, I ZR 85/17, NJW-RR 2018, 877 Rdnr. 16; jeweils m. w. N.).

**45** 2. In diesem Zusammenhang weist der Senat außerdem darauf hin, dass vorliegend eine Anwendbarkeit des § 313 BGB auch nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Parteien im streitgegenständlichen Kaufvertrag umfassend den Ausschluss gesetzlicher Gewährleistungsansprüche und stattdessen abschließend bestimmte Garantien betreffend die zu übertragenden Geschäftsanteile vereinbart haben. Zwar ist § 313 BGB unanwendbar, wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Risiko verwirklicht, das nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fällt (vgl. BGH, Urteile vom 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139 Rdnr. 15; vom 30.6.2017, V ZR 248/16, WM 2017, 1937 Rdnr. 8; jeweils m. w. N.). Der zwischen den Parteien geschlossene Anteilkaufervertrag enthält aber gerade – wie auch das Berufungsgericht mehrfach hervorgehoben hat – keine näheren Angaben zur wirtschaftlichen Lage der E GmbH und trifft dementsprechend auch keine Aussagen darüber, wer insoweit das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tragen sollte.

#### ANMERKUNG:

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

Die vorstehende Entscheidung überrascht und erscheint in einem wesentlichen Teil und im Ergebnis nicht überzeugend.<sup>1</sup>

#### 1. Sachverhalt

Zwei Handelsgesellschaften (nachfolgend Verkäufer V und Käufer K) haben eine GmbH als Gemeinschaftsunternehmen („joint-venture“) gegründet, an der sie hälftig beteiligt waren.

Nach Meinungsverschiedenheiten einigten sich V und K rund zehn Jahre nach der Gründung auf einen Verkauf der Geschäftsanteile von V an K. Um den Kaufpreis zu ermitteln, beauftragte K eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Feststellung des Unternehmenswerts der GmbH. Der Unternehmenswert wurde dann nach gegenseitiger Abstimmung zum festgelegten Stichtag 31.12.2010 auf 8.377.000 € beziffert, als Kaufpreis wurde sodann in dem am 1.11.2011 geschlossenen Kaufvertrag der annähernd hälftige Betrag, also 4.188.888 € vereinbart.

<sup>1</sup> Kritisch auch Vossius, notar 2018, 454; Wachter, GmbHR 2018, 1269; unklar Nasall, NJW 2019, 150.

Nach dem Urteilssachverhalt enthielt der Kaufvertrag „verschiedene Garantieabreden, die insbesondere das rechts-wirksame Bestehen der Geschäftsanteile, deren nicht vorhandene Belastung mit Rechten Dritter, die Eigentümerstellung des Verkäufers sowie die hälftige Einzahlung der Einlagen auf den Geschäftsanteil“ betrafen. Sonstige gesetzliche Gewährleistungsansprüche waren ausgeschlossen, „soweit dies rechtlich möglich ist“; in einer weiteren Bestimmung war festgelegt, dass der Vertrag insoweit eine abschließende Regelung darstellen solle.

Nach Zahlung des Kaufpreises verlangte K sodann den Kaufpreis wieder zurück und stützte sich dabei auf einen von einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellten Prüfbericht zum Jahresabschluss der GmbH für das Jahr 2011, wonach das Unternehmen zum Stichtag wertlos bzw. insolvent war.

## 2. Entscheidung des BGH

Die beiden Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, der BGH hob die Klageabweisung auf und verwies den Fall an das Berufungsgericht zur Neuentscheidung zurück. Begründet hat der BGH dies im Wesentlichen wie folgt:

Der Kauf der Beteiligung von V sei ein Rechtskauf. Eine Haftung für Sachmängel des Unternehmens bestünde hier nur, wenn es sich nach dem Willen der Vertragsteile quasi um den Kauf des Unternehmens der GmbH handeln würde. Dafür reiche es nicht aus, dass K im Ergebnis durch den Kauf Alleingesellschafter der GmbH werde, sondern erforderlich sei für die Gleichsetzung mit einem Unternehmenskauf der Kauf sämtlicher oder zumindest nahezu sämtlicher Anteile an der GmbH, und nicht lediglich der (Hinzu-)Erwerb von 50 %. Die Wertlosigkeit des Unternehmens könne bei einem reinen Rechtskauf, der nicht dem Kauf des Unternehmens als solchem entspräche, weder als Sach- noch als Rechtsmangel eingestuft werden. Der beiderseitige Irrtum von V und K begründe jedoch eine Störung der Geschäftsgrundlage des Vertrags, der zu einem entsprechenden Rückzahlungsanspruch führen könne, wenn das Unternehmen tatsächlich zum Stichtag wertlos gewesen sein sollte. Der Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen im Kaufvertrag stünde dem nicht entgegen, weil sich dieser nur auf eine Mängelgewährleistung beziehen würde, aber nicht auf Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage.

## 3. Stellungnahme

Der Ausgangspunkt des BGH ist durchaus nachvollziehbar und entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wonach ein Anteilskauf einem Unternehmenskauf mit einer Haftung des Verkäufers für Mängel des Unternehmens selbst nur gleichzusetzen ist, wenn sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile einer Gesellschaft gekauft werden, weil damit wirtschaftlich nicht nur Anteile, sondern das Unternehmen gekauft wird.<sup>2</sup>

Ob hierfür der Erwerb einer satzungsändernden Mehrheit (gemäß § 53 GmbHG: 75 %) ausreicht oder erst ein Erwerb von über 90 % oder gar 99 %, hat der BGH – wie in der Vergangenheit – offengelassen.<sup>3</sup> Der Kauf von 50 % der Anteile sei auch dann nicht dem Erwerb des Unternehmens selbst gleichzusetzen, wenn der Käufer durch diese Transaktion Alleingesellschafter wird.

Ebenfalls durchaus nachvollziehbar ist die Auffassung des BGH, dass die Wertlosigkeit des Unternehmens weder einen Sachmangel noch einen Rechtsmangel einer gekauften Beteiligung darstellt, wobei dies allerdings bei Insolvenzzustand durchaus diskussionswürdig erscheint, weil hier der Fortbestand der gekauften Beteiligung je nach den Umständen des Einzelfalls mehr oder weniger konkret gefährdet ist.<sup>4</sup>

Nicht nachvollziehbar ist für mich jedoch, dass hier dann ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen Störung der Geschäftsgrundlage bestehen soll. Nach ganz herrschender Meinung sind Ansprüche wegen Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts generell ausgeschlossen. Dies gilt auch, wenn Gewährleistungsansprüche wegen eines vereinbarten Gewährleistungsausschlusses nicht bestehen.<sup>5</sup>

Der BGH sieht sich im konkreten Fall trotzdem an der Anwendung des § 313 BGB nicht gehindert, weil nach seiner Sichtweise die Wertlosigkeit des Unternehmens und der Beteiligung nicht in den Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts fällt.

Dies führt meines Erachtens hier jedoch zu einem auf der Hand liegenden Wertungswiderspruch zu den Grundsätzen einer Haftung bei Annahme eines Unternehmenskaufs: Hätte hier der Käufer vom Verkäufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile erworben, würde die Wertlosigkeit einen Sachmangel darstellen. Eine Haftung des Verkäufers wäre jedoch wegen des Gewährleistungsausschlusses ausgeschlossen. Warum soll nun der Verkäufer davon abweichend haften, nur weil er lediglich eine Beteiligung von 50 % veräußert hat, obwohl doch die Umqualifizierung eines Anteilskaufs zu einem Unternehmenskauf, also bei einem Erwerb aller bzw. nahezu aller Anteile, ansonsten und auch nach den Entscheidungsgründen des BGH gerade zu einer stärkeren Haftung führen soll? Denn beim Unternehmenskauf wird – anders als beim Rechtskauf – auch für Mängel des Unternehmens gehaftet.

Diesen Wertungswiderspruch übersieht der BGH dann auch in seinen Ausführungen am Ende seiner Entscheidung, wenn er darauf hinweist, dass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen Störung der Geschäftsgrundlage nicht entgegensteht. Der BGH hält hier zwar – im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung – § 313 BGB für unanwendbar, „wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein

<sup>2</sup> Entgegen einigen Stimmen im Schrifttum, die seit der Schuldrechtsreform 2001 und der Regelung des § 453 BGB auch beim Anteilskauf eine Haftung für Sachmängel am Unternehmen für möglich halten, vgl. *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 416 ff. Ausführlich zur Mängelhaftung beim Unternehmenskauf siehe *BeckOK-BGB/Faust*, Stand: 1.11.2018, § 453 Rdnr. 27 ff.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu auch *MünchKomm-BGB/Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 453 Rdnr. 21 f.

<sup>4</sup> Abweichende Meinungen im GmbH-Schrifttum führt der BGH in seiner Entscheidung auf, lehnt sie aber i. E. insbesondere im Hinblick auf Abgrenzungsprobleme ab.

<sup>5</sup> Vgl. *BeckOK-BGB/Lorenz*, § 313 Rdnr. 19.



Risiko verwirklicht, das nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fällt“. Da der Anteilskaufvertrag aber keine näheren Angaben zur wirtschaftlichen Lage der GmbH enthalte und „dementsprechend auch keine Aussagen darüber, wer insoweit das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tragen sollte“, falle das Risiko nicht in die Sphäre des Käufers.

Für mich ist das wenig nachvollziehbar: Im Falle eines Unternehmenskaufs wäre die Wertlosigkeit des Unternehmens als Mangel zu behandeln und eine Haftung für Mängel wurde – abgesehen von einigen, hier nicht maßgeblichen Garantien – ausdrücklich vertraglich ausgeschlossen. Da hier vom BGH kein Unternehmenskauf, sondern ein reiner Rechtskauf angenommen wurde, stellte die Wertlosigkeit nicht einmal einen Mangel dar, sodass sich aus den vertraglichen Regelungen meines Erachtens recht eindeutig schließen lässt, dass das Risiko der Wertlosigkeit in die alleinige Sphäre des Käufers fällt. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als hier der Käufer die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beauftragt hatte, die den Unternehmenswert zur Kaufpreisbestimmung ermittelte.<sup>6</sup>

Nimmt man die BGH-Entscheidung ernst, könnte bei jedem derartigen Anteilverkauf hinterher Verkäufer oder Käufer eine Wertbegutachtung in Auftrag geben und bei einer Bewertung, die vom Kaufpreis oder dem für die Kaufpreisbemessung gemeinsam zugrunde gelegten Wert erheblich abweicht, eine Anpassung des Kaufpreises aufgrund Störung der Geschäftsgrundlage verlangen, konsequenterweise ggf. auch eine Kaufpreiserhöhung zugunsten des Verkäufers.

Einen durchaus ähnlichen Fall hat der 9. Senat des BGH am 15.9.2016 entschieden und dort einen Rückzahlungsanspruch abgelehnt,<sup>7</sup> wobei sich hier die Klage allerdings auf eine Schenkungsanfechtung stützte. Mit der Begründung des 8. Senats des BGH in der Entscheidung vom 26.9.2018 hätte der 9. Senat des BGH allerdings, gestützt auf Störung der Geschäftsgrundlage, eigentlich anders entscheiden können und müssen. Dies lässt hoffen, dass die BGH-Entscheidung vom 26.9.2018 mehr als „Ausreißer“ in Erinnerung bleiben wird.

#### 4. Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

Bleibt die Frage eines Änderungsbedarfs bei der Mängelhaftungsregelung zu einem Anteilskauf:

Eine typische Regelung bei einem Verkauf von Geschäftsanteilen an einen Käufer, der das Unternehmen bereits besser kennt und bei dem keine umfangreicheren Garantien gewünscht werden, lautet:<sup>8</sup>

Der Veräußerer garantiert, dass ihm der übertragene Teil-Geschäftsanteil zusteht, nicht mit Rechten Dritter belastet ist, die Stammeinlage voll/häufig eingezahlt ist und eine Nachschusspflicht nicht besteht.

Darüber hinaus sind alle Ansprüche des Erwerbers wegen Sach- und Rechtsmängeln ausgeschlossen, einschließlich wegen Mängeln des Unternehmens, an dem die übertragene Beteiligung besteht, es sei denn, der Veräußerer handelt vorsätzlich pflichtwidrig.

Dies dürfte inhaltlich ziemlich genau der Regelung des Entscheidungssachverhalts entsprechen und würde daher wohl nach Ansicht des BGH in einem vergleichbaren Fall eine Kaufpreisanpassung bzw. -rückzahlung wegen Störung der Geschäftsgrundlage ermöglichen.

Es könnte nun daran gedacht werden, zusätzlich Ansprüche auf Anpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage auszuschließen.<sup>9</sup> Ein solcher genereller Ausschluss widerspricht allerdings in gewisser Weise dem Sinn und Zweck des § 313 BGB,<sup>10</sup> ist in seiner Wirkung durchaus zweifelhaft<sup>11</sup> und daher wohl allenfalls dann zu empfehlen, wenn an dessen Stelle ausführliche Garantieregelungen getroffen werden, die auch einen von den Vorstellungen der Beteiligten abweichenden Unternehmenswert regeln.<sup>12</sup>

In Betracht käme allerdings eine punktuelle Erweiterung des Mängelausschlusses, zum Beispiel:

Darüber hinaus sind alle Ansprüche des Erwerbers wegen Sach- und Rechtsmängeln oder eines Unternehmensminderwerts ausgeschlossen, einschließlich wegen Mängeln des Unternehmens, an dem die übertragene Beteiligung besteht, es sei denn, der Veräußerer handelt vorsätzlich pflichtwidrig.

Verzichtet man auf eine solche Erweiterung, könnte sich noch die Frage von Hinweispflichten des Notars stellen, da eine Rückzahlungspflicht, wie sie der 8. Senat des BGH hier befürwortet, für Beteiligte sicherlich eher überraschend ist. Ich sehe diesbezüglich aber keine allgemeine Hinweispflicht von Notaren, die ja auch sonst nicht pauschal für allgemeine Leistungsstörungenansprüche, Anfechtungsrechte, culpa in contrahendo und eben Störung der Geschäftsgrundlage angenommen wird.

<sup>9</sup> So *Ziegenhahn/Möller*, GWR 2018, 447.

<sup>10</sup> Zu den Grenzen der Abdingbarkeit des § 313 BGB siehe *MünchKommBGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rdnr. 51.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu auch *Vossius*, notar 2018, 455.

<sup>12</sup> In diesem Sinn z. B. das Formular zu einem Unternehmenskauf in *Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 13. Aufl. 2019, Formular III. A.16, § 6 Abs. 7.

<sup>6</sup> Darauf weist auch *Vossius*, notar 2018, 455 f., hin.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 15.9.2016, IX ZR 250/15, DNotZ 2017, 144.

<sup>8</sup> Vgl. *Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Frank*, Stand: 1.3.2019, Muster 7.8.6.1. (§ 4).

## 16. Zustimmung des Aufsichtsrats vor Durchführung zustimmungspflichtiger Geschäfte

BGH, Urteil vom 10.7.2018, II ZR 24/17 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, 15.12.2016, 6 U 97/16)

*AktG § 76 Abs. 1, §§ 78, 82, 93 Abs. 4 Satz 1, § 108 Abs. 1, § 111 Abs. 4 Satz 2*  
*BGB §§ 183, 184, 242*  
*ZPO § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1*

### LEITSÄTZE:

1. Bestimmen die Satzung oder der Aufsichtsrat, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, hat der Vorstand die Zustimmung des Aufsichtsrats grundsätzlich vor der Durchführung des Geschäfts einzuholen.
2. Die Zustimmung kann, vorbehaltlich der Übertragung der Zustimmungsentscheidung auf einen Ausschuss, nur durch ausdrücklichen Beschluss des Aufsichtsrats erteilt werden und kann nicht durch eine Entscheidung des Aufsichtsratsvorsitzenden ersetzt werden.
3. Die Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds auf Schadensersatz durch eine Aktiengesellschaft wegen Pflichtverletzung ist regelmäßig nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Alleinaktionär zuvor in das haftungsbegründende Geschäft eingewilligt hat.
4. Der Vorstand kann gegenüber einer Schadensersatzklage der Aktiengesellschaft, die mit dem Verstoß gegen einen zugunsten des Aufsichtsrats eingerichteten Zustimmungsvorbehalt begründet ist, einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte.

## 17. Sozialversicherungsrechtlicher Status von Fremd- und Gesellschafter-Geschäftsführern

BSG, Urteil vom 14.3.2018, B 12 KR 13/17 R (Vorinstanz: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10.5.2017, L 1 KR 281/15)

*GG Art. 102 Abs. 1*  
*SGB III § 25 Abs. 1 Satz 1*  
*SGB IV § 7 Abs. 1, § 7a*  
*SGB VI § 1 Satz 1 Nr. 1*  
*SGG § 62*

### LEITSÄTZE:

1. Fremdgeschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Mindestbeteiligung von 50 % am Stamm-

kapital oder umfassender und gesellschaftsvertraglich eingeräumter Sperrminorität sind bei der Gesellschaft abhängig beschäftigt. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags zustande gekommene, sich auf die Stimmverteilung auswirkende Abreden sind für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung ohne Bedeutung. (Leitsatz der Schriftleitung)

## 18. Ausübung der Gesellschafterrechte an einer Komplementär-GmbH in einer sog. Einheitsgesellschaft

KG, Beschluss vom 21.12.2018, 22 W 84/18

*BGB § 181*  
*GmbHG § 8 Abs. 3 Satz 1, § 45*  
*HGB §§ 164, 170*

### LEITSATZ:

Ist eine KG zugleich einzige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH (sog. Einheitsgesellschaft), wird die KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementärin mangels abweichender Regelungen gleichwohl durch deren Geschäftsführer vertreten. Einer Beteiligung der Kommanditisten bedarf es dabei nicht.

### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 387.

## 19. Beendigung einer KG durch Übertragung aller Anteile an einen Dritten

KG, Beschluss vom 30.11.2018, 22 W 69/18

*BGB § 181*  
*FamFG § 69 Abs. 1 Satz 4, § 382 Abs. 4 Satz 1*  
*HGB §§ 107, 108, 157 Abs. 1, § 161 Abs. 2*  
*HRV § 40 Nr. 7*

### LEITSATZ:

Übertragen alle Gesellschafter einer KG ihre Gesellschafterstellung auf einen Dritten, wird die Gesellschaft beendet. Das Vermögen geht durch Gesamtrechtsnachfolge auf den Dritten über. In einem solchen Fall sind das Ausscheiden der bisherigen Gesellschafter und der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den Dritten anzumelden und in das Handelsregister einzutragen.

**SACHVERHALT:**

**1** I. Die Gesellschaft, eine KG, ist seit dem 20. November 2017 in das Handelsregister Abteilung A eingetragen. Nach dieser Eintragung ist die Beteiligte zu 1 persönliche haftende Gesellschafterin und sind die Beteiligten zu 2 bis 4 Kommanditisten. Mit einer notariell beglaubigten elektronischen Erklärung vom 24.7.2018 haben die Beteiligten zu 1 bis 4 sowie die Beteiligte zu 5 zum Register angemeldet, dass

„das Vermögen der B4 Grundstücks GmbH & Co KG, B mit dem Sitz in B (die Gesellschaft) ist der B5 Fahrzeugteile GmbH & Co KG, B mit Sitz in B angewachsen; diese hat das Geschäft der B4 Grundstücks GmbH & Co KG, B ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven übernommen.

Die B4 Grundstücks GmbH & Co KG, B ist ohne Auflösung und Liquidation erloschen.“

**2** Unter Vorbemerkungen heißt es in der Erklärung, dass die Beteiligten zu 1 bis 4 ihre Gesellschaftsbeteiligungen mit Wirkung zum 1.8.2018, 0 Uhr, an die Beteiligte zu 5 abgetreten haben.

**3** Mit einem Schreiben vom 6.8.2018, das ausdrücklich als Hinweis bezeichnet ist, hat das Registergericht um Ergänzung dahin gebeten hat, dass der Eintritt der Beteiligten zu 5 als Kommanditistin unter Bezeichnung der übernommenen Einlagen und das Ausscheiden der Beteiligten zu 1 bis 4 anzumelden sei und die Anmeldung auch durch den Hinweis zu ergänzen sei, dass die Kommanditisten ihre Einlagen im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf die eintretende Kommanditistin übertragen hätten. Diesen Hinweis hat das Registergericht mit einem weiteren Schreiben vom gleichen Tag dahin erweitert, dass die Beteiligten zu 1 bis 4 noch eine negative Abfindungsversicherung abzugeben hätten, die nicht durch notarielle Eigenurkunde erfolgen könne.

**4** Diesem Hinweis ist der Notar mit Schreiben vom 10.8.2018 entgegengetreten. Er hat insoweit die Auffassung vertreten, dass keine Sonderrechtsnachfolge vorliege, sondern eine Gesamtrechtsnachfolge. Von einem Eintritt der Beteiligten zu 5 könne nicht die Rede sein. Im Übrigen sei die Formulierung der Eintragung Sache des Registergerichts. Mit einer Zwischenverfügung vom 14.8.2018 hat das Registergericht sodann von der Anmeldung der Rechtsnachfolge Abstand genommen, aber die Anmeldung des Ausscheidens und des Eintritts mit dem Erlöschen der Firma für erforderlich gehalten. Es hat insoweit eine Erledigungsfrist von sechs Wochen gesetzt.

**5** Gegen diese Zwischenverfügung hat der Notar mit Schreiben vom 16.8.2018 Beschwerde eingelegt und einen Vollzug der Anmeldung beantragt. Dieser Beschwerde hat das Registergericht nicht abgeholfen und die Sache mit einem Beschluss vom 21.8.2018 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

(...)

**7** 2. Die Beschwerde ist auch begründet. Mit einer Zwischenverfügung kann eine Anmeldung zum Register nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG nur beanstandet werden, wenn mit ihr Eintragungshindernisse aufgezeigt werden. Dies ist nicht der Fall.

**8** a) Mit der in der Anmeldung vom 24.7.2018 dargelegten und durch die Anmeldung aller Beteiligten für eine Eintragung ausreichend nachgewiesenen Übertragung der Gesellschafterstellungen aller Gesellschafter der Gesellschaft auf die Beteiligte zu 5 ist die Gesellschaft beendet. Das Vermögen ist durch Gesamtrechtsnachfolge auf den Erwerber übergegangen. Ein Weiterbestehen der Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft kommt nicht in Betracht, weil eine Personengesellschaft aus mindestens zwei Gesellschaftern bestehen muss, die Gesellschaft ist vielmehr beendet (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.1990,

II ZR 256/89, BGHZ 113, 132-139 Rdnr. 6; Urteil vom 6.5.1993, IX ZR 73/92, juris Rdnr. 24; KG, Beschluss vom 3.4.2007, 1 W 305/06, juris Rdnr. 8).

**9** b) Von dieser Rechtslage gehen auch die Beteiligten und das Registergericht aus. Insoweit hat das Registergericht jedenfalls im Nichtabhilfebeschluss auch zu Recht davon Abstand genommen, die Anmeldung einer Sonderrechtsnachfolge mit einer negativen Abfindungsversicherung zu verlangen. Allein in Streit steht noch, ob ausdrücklich das Ausscheiden der Beteiligten zu 1 bis 4 anzumelden ist und ob es der Anmeldung des Eintritts der Beteiligten zu 5 bedarf. Beides ist nicht der Fall.

**10** aa) Die Anmeldung des Eintritts der Beteiligten zu 5 scheidet aus. Mit der Übertragung der Gesellschafterstellungen aller Gesellschafter der Gesellschaft auf den Beteiligten zu 5 ist die Gesellschaft – wie ausgeführt – vollbeendet. Ein Eintritt der Beteiligten zu 5 kommt daher, wie die Beteiligten zu Recht geltend machen, nicht in Betracht, weil eine Gesellschaft, in die die Beteiligte zu 5 eintreten könnte, nicht mehr besteht.

**11** bb) Aber auch der ausdrücklichen Anmeldung des Ausscheidens der Beteiligten zu 1 bis 4 bedarf es nicht.

**12** Eine Anmeldung muss keinen bestimmten Wortlaut enthalten, sie ist vielmehr der Auslegung zugänglich (vgl. Senat, Beschluss vom 5.9.2018, 22 W 53/18, juris Rdnr. 8; Ebenroth/Boujong/Schaub, HGB, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 37; MünchKommHGB/Krafka, 4. Aufl., § 12 Rdnr. 8; Röhrich/Westphalen/Ries, HGB, 4. Aufl., § 12 Rdnr. 3; Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, Handelsregisterrecht, 2010, § 12 HGB Rdnr. 13). Bei dieser Auslegung ist aber zu berücksichtigen, dass eine an das Registergericht gerichtete Anmeldung Grundlage einer Eintragung sein soll und damit wegen des Publizitätsgrundsatzes des Registers klar und eindeutig sein muss (vgl. Senat, Beschluss vom 5.9.2018, 22 W 53/18, juris Rdnr. 8; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.7.1997, 3 Wx 94/97, juris Rdnr. 14; BayObLG, Beschluss vom 22.2.1985, BReg 3 Z 16/85, juris; Beschluss vom 1.12.1977, BReg. 3 Z 127/77, MittBayNot 1978, 17; Ebenroth/Boujong/Schaub, HGB, § 12 Rdnr. 37; Röhrich/Westphalen/Ries, HGB, § 12 Rdnr. 4; Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, Handelsregisterrecht, § 12 HGB Rdnr. 13).

**13** Diese Voraussetzungen erfüllt die Anmeldung vom 24.7.2018, auch wenn dort in Bezug auf die Registereintragung ausdrücklich nur die Vermögensübernahme der Gesellschaft durch die Beteiligte zu 5 erklärt worden ist. Denn unter dem Abschnitt „Vorbemerkungen“ stellen die Beteiligten klar, dass diese Vermögensübernahme auf der Übertragung ihrer Gesellschafterstellungen auf die Beteiligte zu 5 beruht. Dann aber ist nach dem Grundsatz, dass eine Auslegung dahin zu erfolgen hat, dass sie Erfolg hat (vgl. BayObLG, Beschluss vom 16.2.2000, 3 Z BR 389/99, juris Rdnr. 22; Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, Handelsregisterrecht, § 12 Rdnr. 13), davon auszugehen, dass damit der Austritt der Beteiligten zu 1 bis 4 und der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf die Beteiligten mit der Folge des Erlöschens der Firma angemeldet ist.

**14** Soweit das Registergericht insoweit nachvollziehbare Bedenken hat, weil nicht ersichtlich sei, wer insoweit Rechtsnachfolger der Beteiligten zu 1 bis 4 geworden ist, ist dem dadurch Rechnung zu tragen, dass nicht nur der Austritt der

Beteiligten zu 1 bis 4 eingetragen wird, sondern auch der dahinterstehende Grund, nämlich die Übertragung der Gesellschafterstellungen auf die Beteiligte zu 5. Die Eintragung ist zu ergänzen um die auch in der Anmeldung angegebene Eintragung der Beteiligten zu 5 ins Handelsregister, vgl. § 40 Ziffer 7 HRV.

15 3. Auf die Beschwerde ist aus den genannten Gründen, die Zwischenverfügung vom 14.8.2018 aufzuheben. Eine Anweisung an das Registergericht, eine Eintragung dahin zu vollziehen, dass die Beteiligten zu 1 bis 4 mit der Übertragung ihrer Gesellschafterstellungen auf die Beteiligte zu 5 aus der Gesellschaft ausgetreten sind und die Firma damit erloschen ist, kommt nicht in Betracht. Mit der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung fällt das Verfahren beim Beschwerdegericht nur in Bezug auf die in der Verfügung geltend gemachten Eintragungshindernisse an. Wegen des weiteren Verfahrens weist der Senat – aber ohne Bindungswirkung nach § 69 Abs. 1 Satz 4 FamFG – darauf hin, dass aus seiner Sicht keine weiteren Vollzugshindernisse bestehen. Dass die Anmeldung teilweise in Vertretung der eigentlich Beteiligten erfolgt ist, ist nicht zu beanstanden, weil keine höchstpersönlichen Erklärungen abzugeben waren und – unabhängig von der materiellen Rechtslage – es für eine Vertretung im Rahmen der Anmeldung keiner Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bedurfte.

(...)

## 20. Verwendung der Bezeichnung „Partners“ in der Firma einer GmbH

KG, Beschluss vom 17.9.2018, 22 W 57/18

FamFG § 58 Abs. 1

HGB § 17

PartGG § 11 Abs. 1 Satz 1

### LEITSATZ:

**Eine GmbH kann die Bezeichnung „Partners“ nicht in der Firma verwenden. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Bezeichnung als Hinweis auf einen Zusammenschluss mehrerer Personen verstanden werden kann. Im Zweifel ist die Verwendung untersagt.**

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 21. Grunderwerb in einer Gütergemeinschaft niederländischen Rechts

OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.2.2019, 12 W 143/17

BGB § 894

EGBGB Art. 15 Abs. 1

GBO § 47

### LEITSÄTZE:

1. **Erwirbt ein im gesetzlichen Güterstand niederländischen Rechts lebender Ehegatte ein in Deutschland belegenes Grundstück, fällt dieses in das Gesamtgut der zwischen den Eheleuten bestehenden Gütergemeinschaft. Auf dieses Gemeinschaftsverhältnis ist nach § 47 GBO hinzuweisen.**
2. **Diese güterrechtliche Bindung hat jedoch nicht zur Konsequenz, dass auch beide Ehepartner unter Angabe ihres Gemeinschaftsverhältnisses in das Grundbuch einzutragen sind. Auch eine Auflassung an diese Gemeinschaft kann nicht gefordert werden (entgegen OLG Oldenburg, Beschluss vom 22.5.1991, 5 W 55/91, Rpfleger 1991, 412).**
3. **Das sich aus dem niederländischen Recht ergebende Gemeinschaftsverhältnis lässt sich in einer für die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs ausreichenden Weise dadurch im Grundbuch bezeichnen, dass der erwerbende Eigentümer in Abteilung I, Spalte 2 des Grundbuchblattes mit dem Zusatz eingetragen wird, dass er im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft niederländischen Rechts lebt.**
4. **Mit der Aufnahme lediglich des erwerbenden Ehegatten als Eigentümer im Grundbuch bei gleichzeitigem Hinweis auf die bestehende Gütergemeinschaft wird dieses Rechtsverhältnis eindeutig abgegrenzt von demjenigen, welches entsteht, wenn beide Ehegatten gemeinschaftlich ein Grundstück erwerben.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Eigentümer mit einem Miteigentumsanteil zu je ½ des im Grundbuch von (...) Blatt (...) verzeichneten Grundstücks eingetragen. Mit notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag vom (...) 2017 des Notars (...) veräußerten sie ihre Miteigentumsanteile an den Beteiligten zu 3. In gleicher Urkunde erklärten die Beteiligten die Auflassung und bewilligten bzw. beantragten, den Beteiligten zu 3 als neuen Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch einzutragen. Der Beteiligte zu 3 ist verheiratet und lebt im gesetzlichen Güterstand niederländischen Rechts.

2 Den Eintragungsantrag der Beteiligten hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 18.8.2017 beanstandet. Aus den Angaben im Kaufvertrag folge, dass der Käufer in niederländischer Gütergemeinschaft lebe. Nach der Auflassung solle er das Grundstück als Alleineigentümer erwerben. Tatsächlich falle das mit Vertrag vom (...) 2017 erworbene Grundstück in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft. Das sich aus dem Güterstand der Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht ergebende Gemeinschaftsverhältnis sei nach § 47 GBO zu bezeichnen. Zwar besitze der Ehegatte gemäß

Art. 97 des Bürgerlichen Gesetzbuches der Niederlande die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Vermögensgegenstände, die er während der Ehe erwerbe. Dies rechtfertigt es jedoch im Hinblick auf die sich aus dem Güterstand ergebende Gebundenheit des Mit-eigentums nicht, von der Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses abzusehen. Die niederländische Praxis, wonach der Käufer allein im Grundbuch eingetragen werde mit dem Vermerk, dass dieser in allgemeiner Gütergemeinschaft verheiratet sei, sei nach deutschem Recht nicht möglich. Zur Beseitigung des Eintragungshindernisses könne eine Eintragungsbewilligung der Eheleute vorgelegt werden, wonach diese als Eigentümer in Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht in das Grundbuch einzutragen seien.

**3** Gegen diese Zwischenverfügung wenden sich die Antragsteller mit ihrer Beschwerde. Sie vertreten die Auffassung, dass ein Käufer, der im gesetzlichen Güterstand niederländischen Rechts lebe, alleine Eigentum erwerben könne. Ferner legten die Antragsteller im Verlauf des Beschwerdeverfahrens eine durch einen niederländischen Notar beglaubigte Erklärung der Ehefrau des Beteiligten zu 3 vor, wonach diese sich damit einverstanden erklärte, dass ihr Ehemann als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen werde.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**4** II. Die nach § 71 Abs. 1 GBO statthafte Beschwerde der Antragsteller ist zulässig und begründet. Das in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht. Namentlich bedarf es zur Bezeichnung des sich aus dem niederländischen Recht ergebenden Gemeinschaftsverhältnisses des Beteiligten zu 3 und seiner Ehefrau an dem erworbenen Grundstück keiner Eintragung beider Ehegatten im Grundbuch. Damit ist auch die Vorlage einer entsprechenden Eintragungsbewilligung nicht erforderlich.

**5** Im Ausgangspunkt geht das Grundbuchamt allerdings zutreffend davon aus, dass bei Erwerb eines Grundstücks durch einen in Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht lebenden Ehegatten eine gemeinsame Rechtsbeziehung der Ehegatten an dem Grundstück begründet wird. Ein derartiges gemeinschaftliches Rechtsverhältnis ist gemäß § 47 GBO im Grundbuch zu verlautbaren.

**6** Der Beteiligte zu 3 lebt mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht. Dies folgt aus der entsprechenden Angabe des Beteiligten in der Kaufvertragsurkunde vom (...) 2017. Besonderer diesbezüglicher Nachforschungen, die dem Grundbuchamt nach übereinstimmender Auffassung der obergerichtlichen Rechtsprechung verwehrt sind (vgl. BayObLGZ 1986, 81, Rdnr. 13; OLG München, Rpfleger 2013, 385, Rdnr. 16; OLG Düsseldorf, FGPrax 2000, 5, Rdnr. 21; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 530, Rdnr. 19; jeweils juris), bedurfte es zur Feststellung dieser Tatsache insoweit nicht.

**7** Kollisionsrechtlich hat dies nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB zur Folge, dass die güterrechtlichen Wirkungen der in den Niederlanden geschlossenen Ehe nach dem deutschen internationalen Privatrecht auch bei der Zuordnung von in Deutschland belegenen Sachen zu beachten sind (vgl. OLGR München, 2009, 270, juris Rdnr. 12; OLG Schleswig, Rpfleger 2010, 73, juris Rdnr. 19; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., AT K Rdnr. 459; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3422; Staudinger/Mankowski, Neub. 2010, Art. 15 EGBGB Rdnr. 398; Staudinger/Mansel, Neub. 2015, Art. 43 EGBGB Rdnr. 995 f.). Irgendwelche Anhaltspunkte, dass sich die allgemeinen Wir-

kungen der Ehe zum Zeitpunkt der Eheschließung nicht nach niederländischem Recht richteten oder dieses vorliegend auf deutsches Recht zurückverweist, gibt es nicht. Vielmehr folgt aus dem Akteninhalt, dass beide Eheleute ihren gemeinsamen Wohnsitz weiterhin in den Niederlanden unterhalten. Zumindest für die Ehefrau, deren beglaubigter Erklärung vom (...) 2017 auch eine Ablichtung ihres Personalausweises beigelegt war, liegt zudem auch ein Nachweis ihrer niederländischen Staatsangehörigkeit vor.

**8** Zur Klärung der güterrechtlichen Wirkungen einer im gesetzlichen Güterstand des niederländischen Rechts geschlossenen Ehe hat der Senat ein Rechtsgutachten des Sachverständigen X, Direktor des Instituts für Europäische Rechtswissenschaft der Universität (...) und zugleich Inhaber einer Professur der Universität (...) eingeholt. Nach seinen überzeugenden gutachterlichen Feststellungen, die vom Senat auch unter Hinzuziehung der ihm zur Verfügung stehenden deutschen Sekundärliteratur geteilt werden, ist dabei von folgenden Rechtswirkungen auszugehen:

**9** Nach Art. 1:94 Abs. 2 des niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches (Burgerlijk Wetboek – kurz: BW) umfasst die Gütergemeinschaft – bis auf hier nicht einschlägige Ausnahmen – alle Gegenstände, die zu Beginn der Gemeinschaft vorhanden oder seitdem, solange die Gemeinschaft nicht beendet ist, erlangt worden sind. Dies gilt auch für Grundstücke, die während der Ehe von einem oder beiden Ehepartnern erworben werden. Von der Frage der vermögensrechtlichen Zuordnung der Gegenstände zum Gesamtgut zu trennen ist die Frage, welchem der Ehegatten die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der in das Gesamtgut fallenden Gegenstände zusteht. Das niederländische Recht unterscheidet insoweit drei verschiedene Arten der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (bestuur) an den Gegenständen einer ehelichen Gütergemeinschaft, nämlich persönliche Verwaltung (privatief bestuur), kumulative Verwaltung (cumulatief bestuur) und fakultative Verwaltung (facultatief bestuur). Im Rahmen der persönlichen Verwaltung hat ein Ehegatte die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis allein, unter Ausschluss des anderen, inne. Kumulative Verwaltung ist dagegen eine nur gemeinschaftlich durch beide Ehegatten ausübbarer Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Bei fakultativer Verwaltung haben beide Ehegatten, jeder gesondert für sich, die vollständige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die in das Gesamtgut fallenden Gegenstände. Letztgenannte Befugnis ist seit einer am 1.1.2012 in Kraft getretenen Reform des ehelichen Güterrechtes der Regelfall (Gutachten vom 6.12.2018, S. 10).

**10** So bestimmt Art. 1:97 Abs. 1 Satz 2 BW, dass jeder Ehepartner berechtigt ist, die Gegenstände der Gemeinschaft zu verwalten. Ausnahmen von diesem Grundsatz enthält Art. 1:97 Abs. 1 Satz 1 BW. Hiernach steht ein Gegenstand, der auf den Namen eines Ehepartners registriert ist, unter seiner Verwaltung. Einer derartigen Registrierung unterfallen auch Grundstücke. Insoweit bleibt ein Ehegatte, der im gesetzlichen Güterstand lebt, frei darin, einen Kaufvertrag über ein Grundstück allein abzuschließen. Er wird in diesem Fall allein als Eigentümer in das Register eingetragen, was zur Folge hat, dass er allein verwaltungs- und Verfügungsbefugt bleibt, solange der Güterstand der Gütergemeinschaft nicht beendet wird. Es

handelt sich um einen Fall der persönlichen Verwaltung (Gutachten, S. 11).

**11** Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse nach Art. 1:97 Abs. 1 BW ändern sich mit der Beendigung des Güterstandes, wobei diese Wirkungen nach Art. 1:99 Abs. 1 BW bereits mit Einreichung des Scheidungsantrages eintreten. Auf das Gemeinschaftsverhältnis finden nunmehr die allgemeinen Regeln über Gemeinschaften Anwendung. Für die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gilt hiernach Art. 3:170 BW, wonach die (Ex-)Ehegatten ab der Beendigung ihrer Gütergemeinschaft grundsätzlich nur noch gemeinschaftlich verwaltungs- und verfügungsbefugt sind, mithin ein Fall der kumulativen Verwaltung vorliegt (Gutachten, S. 12). Unabhängig von der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dienen die in das Gesamtgut fallenden Gegenstände gemäß Art. 1:96 BW als Haftungsmasse für Verbindlichkeiten beider Ehegatten (Gutachten, S. 3, 4 und 7). Ferner bleibt der Ehegatte, dem eine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht zusteht, weiterhin gemäß Art. 1:190 Abs. 2 BW im Rahmen des ehelichen Verhältnisses zur Nutzung und zum Genuss des Gegenstandes berechtigt (Gutachten, S. 9).

**12** Die Rechtsnatur der ehelichen Gütergemeinschaft nach dem gesetzlichen Güterstand niederländischen Rechts ist bereits in den Niederlanden seit Langem umstritten. Erwogen werde unter anderem, die eheliche Gütergemeinschaft als eine juristische Person, als eine gebundene Gemeinschaft oder als ein juristisches Sondervermögen anzusehen (Gutachten, S. 8 m. w. N.). Unschärf sei das niederländische Recht auch in der Frage, welche aufgrund des Güterstandes entstehenden Rechte der Ehegatten sachenrechtlicher Natur seien und welche nur schuldrechtliche Folgen für das Innenverhältnis der Ehegatten haben (Gutachten, S. 9). Dieser Streit um die Einordnung der ehelichen Gütergemeinschaft niederländischen Rechts setzt sich auch in der deutschen Rechtswissenschaft bei der Frage fort, ob und wie diese Gemeinschaft im Grundbuch nach § 47 GBO zu verlautbaren ist (einen umfassenden Überblick über den diesbezüglichen Meinungsstand bietet, OLGR München, 2009, 270, juris Rdnr. 19 ff.). Die obergerichtliche Rechtsprechung vertritt hierzu einheitlich die Auffassung, dass es sich bei der Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht um eine dem deutschen Recht nicht bekannte Gemeinschaftsform *sui generis* handle, auf die weder die Regelungen über die Bruchteilsgemeinschaft noch die der Gesamthandsgemeinschaft Anwendung fänden, mit der Folge, dass das Bestehen der Gütergemeinschaft als solches im Grundbuch anzugeben sei (OLG Oldenburg, Rpfleger 1991, 412 Rdnr. 6; OLGR München 2009, 270 Rdnr. 11 ff.; OLG Schleswig, Rpfleger 2010, 73 Rdnr. 25; vgl. auch OLG Düsseldorf, FGPrax, 2000, 5 ff.; jeweils juris). Ehegatten, die in der Gütergemeinschaft niederländischen Rechts leben und gemeinsam ein Grundstück in Deutschland erwerben, können daher nicht als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen werden; vielmehr erwerben sie beide das Grundstück gemeinschaftlich. Sie sind daher mit Hinweis auf die zwischen ihnen bestehende Gütergemeinschaft als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen (OLG München, a. a. O. Rdnr. 28 f.; OLG Schleswig, a. a. O. Rdnr. 24 f.).

**13** Eine entsprechende Bezeichnung des gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisses hat der damals für weitere Beschwerden

in Grundbuchsachen zuständige 5. Zivilsenat des OLG Oldenburg in seiner Entscheidung vom 22.5.1991 (5 W 55/91, Rpfleger 1991, 412) auch dann für erforderlich gehalten, wenn lediglich einer der beiden in Gütergemeinschaft niederländischen Rechts lebenden Ehegatten als Käufer auftritt. Auch das von einem Ehegatten allein erworbene Grundstück falle nach dem maßgeblichen niederländischen Recht in das Gesamtgut, sodass es dem Erwerber nur gemeinschaftlich im Sinne von § 47 GBO mit seiner Ehefrau zustehe (OLG Oldenburg, Rpfleger 1991, 412, juris Rdnr. 5). Zwar komme dem allein erwerbenden Ehegatten eine Verfügungsbefugnis über das von ihm erworbene Grundstück zu. Dies rechtfertige es aber im Hinblick auf die Gebundenheit des Miteigentums nicht, von der Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses gemäß § 47 GBO abzusehen. Diese personenrechtliche Gebundenheit habe weiterhin wesentliche Auswirkungen, so insbesondere im Falle der Auflösung der Gütergemeinschaft oder im Hinblick auf die Berechtigung jedes Ehegatten, zulasten des Gesamtgutes Verbindlichkeiten einzugehen (a. a. O. Rdnr. 7).

**14** Als Folge vorstehend zitierter Entscheidung entspricht es gängiger Grundbuchpraxis im Bezirk des OLG Oldenburg, dass auch dann beide Eheleute unter Hinweis auf die bestehende Gütergemeinschaft niederländischen Rechts als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden, wenn lediglich einer von ihnen als Erwerber im Kaufvertrag auftritt. Auch im vorliegenden Verfahren stützt sich das Grundbuchamt auf diese Rechtsprechung, indem es mit der angefochtenen Zwischenverfügung von den Antragstellern die Vorlage einer entsprechenden Eintragungsbewilligung des Beteiligten zu 3 und seiner Ehefrau fordert.

**15** Diese Eintragungspraxis hat in der Literatur Kritik erfahren (vgl. *Süß*, Rpfleger 2003, 53, 60; *Weber*, MittBayNot 2017, 22; krit., aber offengelassen, auch OLG Schleswig, a. a. O. Rdnr. 26). Soweit hiernach beide Ehegatten in das Grundbuch eingetragen würden, ließe sich nicht mehr feststellen, wer einbringender und damit ausschließlich Verfügungsbefugter Ehegatte sei (*Süß*, a. a. O.).

**16** Auch der nunmehr für Grundbuchbeschwerden zuständige 12. Zivilsenat vermag der Entscheidung vom 22.5.1991 nicht in vollem Umfang zu folgen. Allerdings geht auch der erkennende Senat weiterhin davon aus, dass das von einem Ehegatten alleine erworbene Grundstück nach Art. 1:94 Abs. 2 BW ebenfalls kraft Gesetzes Bestandteil des Gesamtgutes wird, an dem jeder Ehegatte ein „qualifiziertes Miteigentum *sui generis*“ erhält (vgl. 5. Zivilsenat, a. a. O. Rdnr. 6). Insoweit gibt auch das in diesem Verfahren eingeholte Rechtsgutachten vom 6.12.2018 keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Dieses bestätigt vielmehr, dass schon mit dem Erwerb des Grundstücks durch einen Ehegatten dingliche – gegenüber jedermann wirkende – Rechtsbeziehungen des anderen Ehegatten an dieser Sache begründet werden, die es rechtfertigen, schon zu diesem Zeitpunkt von einem gemeinschaftlichen Recht auszugehen. Es handelt sich nicht um eine lediglich auf den Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes aufgeschobene Gemeinschaft, auch wenn erst ab diesem Zeitpunkt eine gemeinsame Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis der Ehegatten über das Grundstück begründet wird

(a. A. Meikel/*Hertel*, GBO, 11. Aufl., Einl. G Rdnr. 223). Vielmehr dient das nur von einem Ehegatten erworbene Grundstück nach den gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen X, die vom Senat anhand der gesetzlichen Regelung des Art. 1:96 BW nachvollzogen und geteilt werden, bereits während des laufenden Güterstandes als Haftungsmasse für Verbindlichkeiten, die der andere Ehegatte während der Ehe begründet hat. Daneben stehen dem anderen Ehegatten auch Nutzungsrechte an dem erworbenen Grundstück zu, wenn gleich diesbezüglich vertreten werden kann, dass derartige innereheliche Bindungen lediglich schuldrechtlicher Natur seien (Gutachten, S. 9).

**17** Die von Anfang an bestehende güterrechtliche Bindung des Grundstücks hat aus Sicht des erkennenden Senats jedoch nicht zur Konsequenz, dass auch beide Ehepartner unter Angabe ihres Gemeinschaftsverhältnisses in das Grundbuch einzutragen sind. Noch weniger kann eine Auffassung an diese Gemeinschaft gefordert werden. Vielmehr lässt das niederländische Recht den Erwerb eines Grundstückes durch einen Ehegatten zu (Gutachten, S. 11). In das Gesamtgut der Ehegatten gelangt das Grundstück durch gesetzliche Anordnung, nicht durch Auffassung an beide Ehepartner. In der Terminologie des niederländischen Sachenrechts wird dieser Vorgang als „Erwerb unter allgemeinen Titel“ beschrieben, der auch „Gütervermischung“ (boedelmenging) genannt wird (Gutachten, S. 8). Aus Sicht des Senats spricht vieles dafür, dass es sich insoweit um einen Durchgangserwerb nach deutschem Rechtsverständnis handelt, bei dem nur der erwerbende Ehegatte in Rechtsbeziehung zu dem Veräußerer steht und kein unmittelbarer Rechtsübergang vom Dritten auf das Gesamtgut stattfindet; vielmehr der erwerbende Ehegatte für eine „logische Sekunde“ Alleineigentümer wird, bevor das Erworbene kraft Gesetzes auf die Gemeinschaft übergeht (vgl. Staudinger/*Thiele*, Neub. 2018, § 1416 Rdnr. 24 m. w. N.). Dabei behält der erwerbende Ehegatte nach niederländischem Güterrecht die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Grundstück und bleibt auch alleine im Grundbuch als Eigentümer eingetragen (Gutachten, S. 11).

**18** Die gegenwärtige Grundbuchpraxis, bei der auch in Fällen des Erwerbs eines Grundstückes durch einen Ehegatten, der in niederländischer Gütergemeinschaft lebt, beide Ehegatten unter Angabe ihres Gemeinschaftsverhältnisses eingetragen werden, hat zur Folge, dass der nicht erwerbende Ehegatte Rechte an dem Grundstück erhält, die dieser nach dem niederländischen Recht tatsächlich nicht erhalten soll. So führt die Miteintragung des Ehegatten nach deutschem Grundbuchverfahrensrecht dazu, dass dieser bei einer zukünftigen Weiterveräußerung oder Belastung des Grundstückes durch Abgabe entsprechender Eintragungsbewilligungen mitwirken müsste. Dies allein könnte noch hingenommen und mit dem Umstand der Kollision des niederländischen Güterrechtes mit dem deutschen Grundbuchverfahrensrecht gerechtfertigt werden, die nicht aufeinander abgestimmt sind. Darüber hinaus hat eine entsprechende Eintragung jedoch auch Rückwirkung auf das materielle Güterrecht der Niederlande. Die alleinige Verfügungsbefugnis des erwerbenden Ehegatten unter Ausschluss einer entsprechenden Befugnis seines Partners setzt nach Art. 1:97 Abs. 1 Satz 1 BW voraus, dass das erworbene Grundstück auch allein auf den Namen des erwer-

benden Ehepartners registriert ist. Die gegenwärtige Eintragungspraxis hat zur Folge, dass eine derartige Registrierung nicht möglich ist und der Ehepartner die in seinem Heimatrecht eröffnete alleinige Verfügungsbefugnis nicht erwerben kann. Vielmehr greift infolge der gemeinsamen Eintragung beider Ehegatten Art. 1:97 Abs. 1 Satz 2 BW, wonach beiden die fakultative Verwaltung über das Grundstück zusteht, mithin auch der nicht erwerbende Partner die vollständige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hierüber erhält. Eine derartige Beeinflussung der materiellen Rechtslage durch eine bloße Ordnungsvorschrift des Grundbuchverfahrensrechtes (vgl. BayObLGZ 1990, 188, juris Rdnr. 11; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 47 Rdnr. 35) ist nicht zuzulassen. Zweck der von § 47 GBO geforderten Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses ist es, den Rechtsverkehr über die in diesem Rechtsverhältnis geltende Verfügungsbefugnis zu informieren (BGHZ 136, 327, juris Rdnr. 7; BayObLG, a. a. O.). Dieser Zweck würde verfehlt, wenn erst durch die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses im Grundbuch die materielle Verfügungsbefugnis innerhalb dieses Gemeinschaftsverhältnisses gestaltet würde.

**19** Aus Sicht des erkennenden Senats lässt sich das nach niederländischem Recht tatsächlich bestehende Gemeinschaftsverhältnis in einer für die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs ausreichenden Weise auch im deutschen Grundbuch bezeichnen, ohne dass es hierzu der Eintragung des nicht erwerbenden Ehegatten bedarf. In der niederländischen Grundbuchpraxis wird in derartigen Fallkonstellationen auf den Umstand, dass der Erwerber in Gütergemeinschaft lebt, hingewiesen. Auf diese Weise wird bei einem niederländischen Inlandssachverhalt öffentlich erkennbar gemacht, dass das Grundstück möglicherweise in eine Gütergemeinschaft fällt, mit der Folge, dass das Grundstück als Haftungsmasse für die Schulden jedes der beiden Ehegatten dient und dass bei Einleitung eines Scheidungsverfahrens beide Ehegatten nur noch gemeinschaftlich verfügen können (Gutachten, S. 11). Ein derartiger Hinweis ist über § 47 GBO auch nach deutschem Grundbuchrecht möglich. Nach dieser Norm ist ein bestehendes Gemeinschaftsverhältnis zweifelsfrei zu bezeichnen; andererseits sind überflüssige Zusätze zu vermeiden (BayObLGZ 1990, 188, juris Rdnr. 11 m. w. N.). Diesen Anforderungen genügt ein Zusatzeintrag in Abteilung I, Spalte 2 des Grundbuchblatts, wonach beim einzutragenden Eigentümer – hier dem Beteiligten zu 3 – anzugeben ist, dass dieser im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht lebt. Ein derartiger Eintrag im Grundbuch gibt Gläubigern, Notaren und allen interessierten Parteien nach niederländischem Recht einen Anspruch gegenüber dem eingetragenen Ehegatten auf Auskunft, ob das Grundstück in die Gütergemeinschaft fällt und ob ein Scheidungsgesuch eingereicht ist. Der eingetragene Ehegatte trägt dabei nach Art. 1:96 Abs. 5 BW die Beweislast dafür, dass das Grundstück nicht in die eheliche Gütergemeinschaft fällt. Kann er diesen Beweis nicht führen, wird das Grundstück als in die Gütergemeinschaft fallend behandelt (Gutachten, S. 11). Hierdurch ist das Informationsbedürfnis des interessierten Rechtsverkehrs im ausreichenden Maße gewahrt. Im Gegenzug wird durch die alleinige Eintragung des erwerbenden Ehegatten als Eigentümer deutlich, dass nur diesem die Verfügungsbefugnis über

das Grundstück zusteht. Im Gegenzug wird der nicht eingetragene Ehegatte durch den zusätzlichen Vermerk gegen einen gutgläubigen Erwerb im Falle der Beendigung der Gemeinschaft geschützt. Da bei Beendigung des Güterstandes sich die Verfügungsbefugnis in eine gemeinschaftliche Befugnis beider Eheleute wandelt, besteht ab diesem Zeitpunkt zudem ein Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB dahin gehend, dass nunmehr beide Ehegatten als Eigentümer in beendeter Gütergemeinschaft niederländischen Rechts eingetragen werden.

**20** Mit der Aufnahme lediglich des erwerbenden Ehegatten als Eigentümer im Grundbuch bei gleichzeitigem Hinweis auf die bestehende Gütergemeinschaft wird dieses Rechtsverhältnis eindeutig abgegrenzt von demjenigen, welches entsteht, wenn beide Ehegatten gemeinschaftlich ein Grundstück erwerben (mit der Folge einer fakultativen Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis nach Art. 1:97 Abs. 1 Satz 2 BW). In dieser Konstellation ist es erforderlich, beide Ehegatten unter Verweis auf die bestehende Gütergemeinschaft niederländischen Rechts im Grundbuch einzutragen (vgl. OLG München; OLG Schleswig; OLG Düsseldorf; jeweils. a. a. O.).

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 22. Schenkungsanfechtung im Insolvenzverfahren

BGH, Urteil vom 5.7.2018, IX ZR 126/17 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 11.4.2017, 14 U 43/15)

*BGB §§ 166, 167 Abs. 1*

*BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2*

*InsO § 129 Abs. 1, § 134 Abs. 1, § 143 Abs. 1 und 2*

#### LEITSATZ:

**Es ist bei der Schenkungsanfechtung nach objektiven Maßstäben aus der Sicht des Empfängers zu beurteilen, ob er eine Leistung des Schuldners erhalten hat.**

#### SACHVERHALT:

**1** Der Kläger ist Verwalter in dem über das Vermögen der E GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 18.12.2012 eröffneten Insolvenzverfahren.

**2** Der Beklagte (früherer Beklagter zu 2) war mit 75,1 vom Hundert und der frühere Beklagte zu 1 mit 24,9 vom Hundert am Stammkapital der Schuldnerin beteiligt, die sich mit der Organisation und Vermittlung von Schülerabiturballen befasste. Beide Gesellschafter verkauften ihre Geschäftsanteile durch notariellen Vertrag vom 3.5.2011 für insgesamt 400.000 €, wovon 360.000 € sofort gezahlt werden sollten, an R. Im Rahmen des Vertragsschlusses wurde der frühere Beklagte zu 1 von seinem Amt als Geschäftsführer der Schuldnerin abberufen und S zum neuen Geschäftsführer bestellt.

**3** Noch am 3.5.2011 wies R den Geschäftsführer S an, vom Geschäftskonto der Schuldnerin 360.000 € auf das Aderkonto des bekrundenden Notars zu überweisen. Dieser leitete nach Eingang der

Zahlung entsprechend den Beteiligungsverhältnissen am 6.5.2011 270.000 € an den Beklagten und 90.000 € an den früheren Beklagten zu 1 weiter. Eine von R dem Geschäftsführer S zum Zwecke der Deckung der Überweisung ausgehändigte „Money Pay Order“ der W Bank über 996.810 US-Dollar erwies sich als wertlos.

**4** Der Kläger nimmt den Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung auf Zahlung von 270.000 € in Anspruch. Die Vorinstanzen haben der Klage – ein gegen den früheren Beklagten zu 1 auf Zahlung von 90.000 € ergangenes Versäumnisurteil ist rechtskräftig geworden – stattgegeben. Dagegen richtet sich die von dem Senat zugelassene Revision des Beklagten.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**5** Die Revision des Beklagten hat Erfolg.

**6** I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

**7** Zutreffend sei das Erstgericht von einem Zahlungsanspruch des Klägers nach § 134 Abs. 1, § 143 Abs. 1 und 2, § 129 Abs. 1 InsO ausgegangen. Der Beklagte sei richtiger Anfechtungsgegner. Im Ergebnis habe der Beklagte 270.000 € über den zwischengeschalteten Notar als teilweise Tilgung des Kaufpreises erhalten. Welche Leistungsvorgänge im bereicherungsrechtlichen Sinne dem Zahlungsvorgang zugrunde lägen, sei für den Anfechtungsanspruch nach § 134 InsO nicht erheblich. Jedenfalls ermögliche die Tilgung der fremden Schuld eines Dritten in der Insolvenz des Leistungsmittlers im Grundsatz eine Anfechtung gegen den Leistungsempfänger.

**8** Der Beklagte selbst habe den Umstand einer Überweisung vom Konto der Schuldnerin bei Erhalt der Folgeüberweisung des zwischengeschalteten Notars nicht erkannt. Eine Kenntnis des Notars könne ihm möglicherweise nur entsprechend § 166 BGB zugerechnet werden. Rechtlich entscheidend falle indessen ins Gewicht, dass dem Zahlungsempfänger bei der Anfechtung im Drei-Personen-Verhältnis das Insolvenzrisiko des Leistungsmittlers zugemutet werden könne.

**9** Die Leistung sei unentgeltlich erfolgt. Im hier gegebenen Drei-Personen-Verhältnis komme es nicht entscheidend darauf an, ob der Leistende selbst einen Ausgleich für seine Leistung erhalten habe. Maßgeblich sei vielmehr, ob der Zuwendungsempfänger seinerseits eine Gegenleistung zu erbringen habe. Die Gegenleistung liege in aller Regel darin, dass der Zuwendungsempfänger eine werthaltige Forderung verliere. Hingegen sei die Tilgung einer fremden Schuld unentgeltlich, wenn die Forderung des Zahlungsempfängers wertlos sei. Eine Werthaltigkeit der Kaufpreisforderung des Beklagten gegen R könne nicht festgestellt werden. Ein Vermögensstatus des R oder Feststellungen zu einer ausdrücklichen Zahlungsunfähigkeit lägen zwar nicht vor. Die angeführten Indizien für die faktische Unmöglichkeit des Beklagten, den Kaufpreis von R zu erlangen, seien aber überzeugend und auch im zweiten Rechtszug nicht widerlegt. Auch wegen der einschlägigen Vorstrafen verhalte es sich so, dass R den Kaufpreis nicht aus eigenen Mitteln habe zahlen wollen. Er habe vielmehr eine Money Order der W Bank eingesetzt, die von keiner Bank eingelöst worden sei und einem Fälschungsverdacht unterliege. Überdies habe R. in dem anschließenden Strafprozess angegeben, von der Unterstützung seiner Lebensgefährtin abhängig zu sein.



**10** Die Unentgeltlichkeit sei nicht dadurch beseitigt worden, dass R mit der Schuldnerin einen Darlehensvertrag geschlossen habe. Dem schriftlichen Darlehensvertrag könne ein Vertrag zugunsten des Beklagten und des früheren Beklagten zu 1 nicht entnommen werden.

**11** II. Diese Ausführungen halten im entscheidenden Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand.

**12** 1. Die zugunsten der Beklagten geleisteten Überweisungen haben als Rechtshandlungen der Schuldnerin infolge des Vermögensabflusses eine objektive Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) bewirkt (BGH, Urteil vom 7.5.2015, IX ZR 95/14, WM 2015, 1202 Rdnr. 8 m. w. N.; vom 17.12.2015, IX ZR 61/14, WM 2016, 172 Rdnr. 13; vom 15.9.2016, IX ZR 250/15, WM 2016, 2312 Rdnr. 11; vom 7.9.2017, IX ZR 224/16, WM 2017, 1910 Rdnr. 11). Insoweit ist es ohne Bedeutung, dass die Zahlungen zunächst an den Notar als uneigennützigem Treuhänder flossen, der die Mittel auftragsgemäß an den Beklagten als Leistungsempfänger ausgekehrt hat (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2009, IX ZR 16/09, ZIP 2010, 531 Rdnr. 11; vom 9.11.2017, IX ZR 319/16, WM 2018, 343 Rdnr. 8).

**13** 2. Jedoch fehlt es an einer Leistung (§ 134 Abs. 1 InsO) der Schuldnerin an den Beklagten, weil dieser die Zahlung nicht der Schuldnerin, sondern seinem Vertragspartner R zuordnete.

**14** a) Hat der Schuldner eine Zwischenperson eingeschaltet, die für ihn im Wege einer einheitlichen Handlung eine Zuwendung an einen Dritten bewirkt und damit zugleich das den Insolvenzgläubigern haftende Vermögen vermindert hat, so richtet sich die Anfechtung gegen den Dritten als Empfänger, wenn es sich für diesen erkennbar um eine Leistung des Schuldners handelte (BGH, Urteil vom 16.9.1999, IX ZR 204/98, BGHZ 142, 284, 287). Diese Zuordnungskriterien entsprechen denen des Leistungsbegriffs im bereicherungsrechtlichen Sinne (BGH, a. a. O.). Diese Rechtsprechung gilt zwar vornehmlich in Fällen der Deckungsanfechtung (BGH, a. a. O.; Urteil vom 19.1.2012, IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 Rdnr. 18). Eine mittelbare Zuwendung kommt freilich ebenso im Anwendungsbereich des § 134 InsO in Betracht (BGH, Urteil vom 11.11.1954, IV ZR 64/54, WM 1955, 407, 409; RGZ 167, 199, 202 f.; OLG Celle, KTS 1963, 50, 52; Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Rogge/Leptien, 6. Aufl., § 134 Rdnr. 6; Frankfurter Kommentar-InsO/Dauernheim, 9. Aufl., § 134 Rdnr. 24). Darum hat im Falle der Einschaltung eines uneigennützigen Treuhänders die Schenkungsanfechtung grundsätzlich nicht diesem gegenüber, sondern gegenüber dem Empfänger der Leistung stattzufinden. Bei einer mittelbaren unentgeltlichen Zuwendung muss der Empfänger jedoch erkennen, von wem die Leistung herrührt. Darum muss er wissen, dass es sich um eine freigebige Leistung des Schuldners handelt (BGH, Urteil vom 9.10.2008, IX ZR 59/07, WM 2008, 2178 Rdnr. 21). Dies beurteilt sich nach objektiven Kriterien aus der Sicht des Empfängers (MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rdnr. 14; MünchKomm-AnfG/Kirchhof, 2012, § 4 Rdnr. 14; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 466; vgl. Kübler/Prütting/Bork/Bork, InsO, 2016, § 134 Rdnr. 24; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 14. Aufl., § 134 Rdnr. 61).

**15** b) Aus der Warte des Beklagten war bei objektiver Bewertung in der erhaltenen Zahlung über 270.000 € eine Leistung seines Vertragspartners R, aber nicht der Schuldnerin zu erkennen (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2009, IX ZR 16/09, ZIP 2010, 531 Rdnr. 12; vom 19.1.2012, a. a. O.).

**16** Ausweislich des Vertrages über die Veräußerung des Geschäftsanteils war R als Erwerber verpflichtet, den Kaufpreis an den Notar zu entrichten, der die empfangenen Mittel an den Beklagten auszukehren hatte. Da ein Zahlungsanspruch gegen die Schuldnerin nicht bestand, konnte der Beklagte, zumal keine Anhaltspunkte für ein uneigennütziges Dazwischentreten eines Dritten bestanden, bei objektiver Betrachtung allein davon ausgehen, dass der Notar eine von R erhaltene Zahlung an ihn weitergeleitet hatte (vgl. BGH, Urteil vom 19.9.2013, IX ZR 4/13, WM 2013, 2074 Rdnr. 23; vom 24.10.2013, IX ZR 104/13, WM 2013, 2231 Rdnr. 18; vom 12.4.2018, IX ZR 88/17, DB 2018, 1203 Rdnr. 12). Nach dem Verständnis des Beklagten war der Notar als Leistungsmittler seines Vertragspartners R und nicht der Schuldnerin tätig geworden. Danach war aus der Warte des Beklagten eine an ihn bewirkte mittelbare Zuwendung des R und nicht der Schuldnerin erfolgt. Es bestanden für den Beklagten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin ihm eine unentgeltliche Leistung zuwenden wollte (BGH, Beschluss vom 9.7.2015, IX ZR 207/13, WM 2015, 1531 Rdnr. 2).

**17** c) Eine etwaige Kenntnis des beurkundenden Notars, wonach die Zahlung nicht durch R, sondern durch die Schuldnerin erfolgt war, ist dem Beklagten nicht zuzurechnen. Denn der Notar war – was der Senat selbst feststellen kann – nicht bevollmächtigter Vertreter (§ 167 Abs. 1, § 166 Abs. 1 BGB) des Beklagten.

**18** aa) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH haben Zahlungen auf ein Notaranderkonto in der Regel – wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben – keine Erfüllungswirkung (BGH, Urteil vom 25.3.1983, V ZR 168/81, BGHZ 87, 156, 163; vom 17.2.1994, IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403, 1404; vom 20.11.1997, IX ZR 152/96, NJW 1998, 746, 747; vom 7.12.2006, IX ZR 161/04, NJW-RR 2007, 845 Rdnr. 12). Ein Notar, der als Treuhänder Geld zur Aufbewahrung oder Ablieferung übernimmt, wird nicht als Vertreter einer Partei, sondern als unparteiischer Betreuer für sämtliche Beteiligten tätig (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO; BGH, Urteil vom 17.2.1994, IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403, 1404).

**19** bb) Ausweislich des notariellen Vertrages hatte der Beklagte den beurkundenden Notar nicht bevollmächtigt, für ihn den Kaufpreis in Empfang zu nehmen. Eine sonstige Vollmachterteilung an den Notar durch den Beklagten wird von dem Kläger nicht vorgetragen. Bei dieser Sachlage kann die Klage infolge Entscheidungsreife abgewiesen werden.

## 23. Vollstreckbarkeit aus einer Unterwerfungserklärung

BGH, Urteil vom 6.7.2018, V ZR 115/17 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 3.11.2016, 15 U 169/13)

BGB § 185

ZPO § 543 Abs. 1 Nr. 1, §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5

### LEITSATZ:

**Der Titelgläubiger kann nach Abtretung der Grundschuld aus der Unterwerfungserklärung des Schuldners gegen diesen vollstrecken, wenn der Zessionar, der ihn materiellrechtlich zur Einziehung der Grundschuld ermächtigt hat, nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten ist; hierbei muss sich der Titelgläubiger allerdings die Einwendungen und Einreden entgegenhalten lassen, die dem Schuldner aus dem Sicherungsvertrag zustehen (Fortführung von BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133; Senat, Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, BKR 2011, 291).**

### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## KOSTENRECHT

### 24. Wertfestsetzung für ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht

OLG München, Beschluss vom 31.10.2018, 34 Wx 448/17 Kost

BGB § 1179

Erbbaurecht § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2

GNotKG § 45 Abs. 3, § 47 Satz 2, § 49 Abs. 2, § 51 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 53 Abs. 1 Satz 1

KostO a. F. §§ 21, 30 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Bei der Wertfestsetzung für ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht ist aufgrund der mit dem 2. KostRMoG eingeführten Änderungen der nach den prognostizierten Baukosten anzunehmende Wert der künftigen Bauwerke nur noch im Ausnahmefall, nämlich im Fall von Unbilligkeit, werterhöhend zu berücksichtigen.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Dem Beteiligten zu 1, einem eingetragenen Verein, wurde mit Urkunde vom 13.2.2014 ein Erbbaurecht an einem Grundstück bestellt. Als Inhalt des Erbbaurechts wurde unter anderem die Verpflichtung zum Bau und zur Unterhaltung eines Schulgebäudes samt dazu erforderlicher Anlagen bestimmt. Dem jeweiligen Erbbauberechtigten wurde sodann durch die Grundstückseigentümerin ein dingliches Vorkaufsrecht am Grundstück für alle Verkaufsfälle und dem jeweiligen Grundstückseigentümer durch den Erbbauberechtig-

ten ein dingliches Vorkaufsrecht am Erbbaurecht für alle Verkaufsfälle eingeräumt. Das Erbbaugrundbuch wurde am 23.6.2016 angelegt; am gleichen Tag wurden der Erbbauberechtigte in Abteilung I und das Vorkaufsrecht für den jeweiligen Grundstückseigentümer in Abteilung II eingetragen. Im Grundbuch betreffend das Erbbaugrundstück wurden am 23.6.2016 in Abteilung II das Erbbaurecht für den Beteiligten zu 1 und das Vorkaufsrecht für den jeweiligen Berechtigten des Erbbaurechts eingetragen.

**2** Zu notariellen Urkunden jeweils vom 14.7.2016 bestellte der Beteiligte zu 1 zulasten des Erbbaurechts Grundschulden zu 2.461.326 €, 2.150.000 € und 2.461.326 €. Er verpflichtete sich gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks, die Grundschulden löschen zu lassen, wenn sich das Grundpfandrecht mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt. Zur Sicherung dieser Verpflichtung bewilligte er die Eintragung einer Löschungsvormerkung bei dem jeweiligen Grundpfandrecht. Außerdem trat der Beteiligte zu 1 alle Forderungen gegen den jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger auf Rückgewähr, Abtretung oder Löschung des Rechts ab. Zur Sicherung der (teils auflösend und aufschiebend bedingt) abgetretenen Ansprüche bewilligte er jeweils die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des aus den Abtretungen Berechtigten. Am 31.8.2016 wurden im Erbbaugrundbuch die Grundschulden sowie die Löschungsvormerkungen und die Vormerkungen zur Sicherung der (teils auflösend und aufschiebend bedingt) abgetretenen Ansprüche eingetragen.

**3** Der zuständige Bezirksrevisor, der Beteiligte zu 2, beanstandete die Kostenansätze. Für die Eintragung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht sei die Gebühr aus einem zu niedrigen Wert berechnet worden. Außerdem seien Gebühren für die Eintragung der Vormerkungen zu erheben. Gegen die deswegen erfolgte Kostennacherhebung wandte sich der Beteiligte zu 1 unter anderem wegen des zugrunde gelegten Geschäftswerts.

**4** Auf Antrag des Beteiligten zu 2 hat das Grundbuchamt in dem daraufhin eingeleiteten Wertfestsetzungsverfahren den Geschäftswert mit Beschluss vom 11.12.2017 festgesetzt auf:

159.423 € für das Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück

2.600.419 € für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht

2.461.326 € jeweils für die Löschungsvormerkung und die Rückgewährsvormerkungen betreffend die Grundschuld III/1

2.150.000 € jeweils für die Löschungsvormerkung und die Rückgewährsvormerkung betreffend die Grundschuld III/2

2.461.326 € jeweils für die Löschungsvormerkung und die Rückgewährsvormerkung betreffend die Grundschuld III/3.

**5** Hiergegen hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde (ausdrücklich nur hinsichtlich der Festsetzungen für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht sowie für die Löschungs- und die Rückgewährsvormerkungen) eingelegt.

**6** Der Wert des Erbbaurechts als Bezugswert für den des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht sei zu Unrecht unter Einbeziehung der voraussichtlichen Baukosten berechnet worden. Festzusetzen sei nur der Hälftebetrag aus 80 % des mit 1.594.230 € angegebenen Bodenwerts, weil zum Eintragungszeitpunkt noch kein Gebäude errichtet gewesen sei. Baubeginn sei erst im September 2016 gewesen. Hilfsweise wird geltend gemacht, dass die Positionen für Außenanlagen, Versicherungen, Projektsteuerung, Landschaftsplaner und Erschließung des Grundstücks nicht als Kosten für die Errichtung der Gebäude anzusehen seien. Schließlich sei allenfalls ein Anteil von 80 % der Baukosten berücksichtigungsfähig.

**7** Als Wert der Löschungs- und Rückgewährsvormerkungen sei nicht der volle Grundschuldbetrag, sondern – wie bei der Bewertung von Rückauffassungsvormerkungen – nur die Hälfte des jeweiligen Nennbetrags festzusetzen.

**8** Der Beteiligte zu 2 ist den Ausführungen entgegengetreten: Der Wert der beiden Vorkaufsrechte (am Erbbaugrundstück und am Erbbaurecht) müsse in Summe dem Wert eines Vorkaufsrechts am be-

bauten Grundstück entsprechen. Würde nur ein Anteil von 80 % der Baukosten beim Wert des Erbbaurechts berücksichtigt, wären die restlichen 20 % der Baukosten somit werterhöhend beim Vorkaufsrecht für das Grundstück anzusetzen. Nach dem Gesetzeswortlaut sei der Wert des Vorkaufsrechts am Grundstück sogar mit 50 % des Bodenwerts anzunehmen, nicht – wie bisher geschehen – mit 50 % aus dem „Rest“ von 20 %.

**9** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

**10** Der Beteiligte zu 2 hat vor dem Senat für den Fall einer Herabsetzung des Werts für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht die Heraufsetzung des Werts für das Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück auf 50 % des Bodenwerts beantragt.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12 II.** Die gemäß § 83 Abs. 1 Satz 1, Sätze 3 bis 5, § 81 Abs. 5 Sätze 1, 2 und 4 GNotKG zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen die Geschäftswertfestsetzung nach § 79 GNotKG, über die nach Übertragung durch die Einzelrichterin der Senat in seiner Besetzung nach § 122 Abs. 1 GVG entscheidet (§ 83 Abs. 1 Satz 5 GNotKG i. V. m. § 81 Abs. 6 Sätze 1 und 2 GNotKG), hat in der Sache teilweise Erfolg. Auf den als Anschlussbeschwerde auszulegenden Antrag des Beteiligten zu 2 erfolgt allerdings eine – hinter dem Antrag zurückbleibenden – Höherbewertung hinsichtlich des mit der Beschwerde nicht angegriffenen Teils des Festsetzungsbeschlusses.

**13 1.** Der Wert des auf ein Erbbaurecht bezogenen Vorkaufsrechts ist nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG mit der Hälfte des Werts des Erbbaurechts zu bemessen.

**14 a)** Nach der gesetzlichen Regelung in § 49 Abs. 2 GNotKG ist der Wert des Erbbaurechts pauschal mit 80 % der Summe aus den Werten des belasteten Grundstücks und darauf errichteter Bauwerke anzusetzen (hierzu: Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 49 Rdnr. 16; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, 2. Aufl., § 49 Rdnr. 7; BeckOK-Kostenrecht/*Becker*, § 49 GNotKG Rdnr. 7; Renner/Otto/Heinze/*Heinze/Deecke*, GNotKG, 2. Aufl., § 49 Rdnr. 6). Mithin ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes der Anteil von 80 % aus der Summe, gebildet aus dem Verkehrswert des belasteten Grundstücks und dem Verkehrswert der aufstehenden Gebäude, zu berechnen (von Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 9 Rdnr. 2 mit Rdnr. 11 und Bewertungsbeispiel in Rdnr. 10; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, § 49 Rdnr. 7; BeckOK-Kostenrecht/*Becker*, § 49 GNotKG Rdnr. 7). Die der angefochtenen Wertfestsetzung zugrundeliegende Berechnung als Summe aus 80 % des Grundstückswerts und 100 % der Gebäudewerte ist damit nicht vereinbar und bedingt schon deshalb eine überhöhte Wertfestsetzung.

**15 b)** Die sich daneben stellende und – soweit ersichtlich – seit Inkrafttreten des GNotKG am 1.8.2013 obergerichtlich noch nicht entschiedene Frage, ob der Wert der bei Eintragung des Vorkaufsrechts noch nicht errichteten Bauwerke im Rahmen der Wertbestimmung für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht Berücksichtigung findet, ist grundsätzlich zu verneinen.

**16 aa)** Mit § 49 Abs. 2 GNotKG hat der Gesetzgeber in bewusster Abkehr von der Regelung in § 21 Abs. 2 KostO eine

Bewertungsvorschrift geschaffen, die immer dann gelten soll, wenn der Wert des Erbbaurechts für die Ermittlung des Geschäftswerts eine Rolle spielt (BT-Drucks. 17/11471 – neu – S. 170; OLG Celle, ZNotP 2015, 118, 119; Korintenberg/*Tiedtke*, § 49 Rdnr. 2 und 12; Schneider/Volpert/Fölsch/*Fackelmann*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 49 GNotKG Rdnr. 18). Diese Vorschrift ist deshalb auch dann maßgeblich, wenn der Wert des Erbbaurechts deshalb zu ermitteln ist, weil er nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG der maßgebliche Bezugswert ist, aus dem sich der Wert des Vorkaufsrechts ableitet.

**17 bb)** Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es danach für die Wertbestimmung darauf an, ob bereits in dem nach § 59 Satz 1 GNotKG maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung Bauwerke auf dem Erbbaugrundstück errichtet waren.

**18** Dennoch wird in der Fachliteratur teilweise die Meinung vertreten, dass in den für die Bewertung des Vorkaufsrechts maßgeblichen Bezugswert neben dem Verkehrswert des Grundstücks (samt ggf. vorhandener Gebäude) auch der Wert der künftigen, noch zu errichtenden Gebäude einfließe (Schneider/Volpert/Fölsch/*Röhl*, FamGKG, § 43 GNotKG Rdnr. 34 und 35 mit Berechnungsbeispiel Rdnr. 36; Korintenberg/*Sikora*, GNotKG, § 43 Rdnr. 20; *Hartmann*, Kostengesetze, 48. Aufl., § 51 GNotKG Rdnr. 3; *Sikora*, MittBayNot 2013, 446, 450).

**19** Eine Begründung für diese Meinung wird allerdings nicht gegeben; eine Auseinandersetzung mit der Änderung, die das Kostenrecht durch das Zweite Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 23.7.2013 (2. KostRMoG; BGBl. I, S. 2586) erfahren hat, findet nicht statt. Ohne auf die sich dadurch stellenden grundlegenden Fragen einzugehen, wird schlicht die frühere Rechtsprechung fortgeschrieben.

**20** Der Senat vermag sich dieser Sichtweise nicht anzuschließen.

**21 (1)** Unter der Regie von § 20 Abs. 2 KostO entsprach es allgemeinem Konsens in Rechtsprechung und Fachliteratur, dass die zu erwartende künftige Bebauung bei der Bewertung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht nicht außer Betracht bleiben kann (OLG München, FGPrax 2006, 134; BayObLGZ 1968, 52, 61 f.; 1975, 450, 456; 1982, 342, 347 f.). Allerdings beruhte diese Rechtsprechung darauf, dass der nach § 20 Abs. 2 KostO maßgebliche Bezugswert des Erbbaurechts nicht nach den Vorgaben des § 21 KostO zu berechnen war – diese Norm galt nur für die Bestellung eines Erbbaurechts –, sondern gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen geschätzt werden musste und durfte (BayObLGZ 1968, 52, 61 f.; 1982, 342).

**22 (2)** Dieses Konzept wurde durch das 2. KostRMoG jedoch dahin gehend geändert, dass der Wert des Erbbaurechts auch dann, wenn es nicht um die Bestellung des Rechts geht (zu der insoweit anzustellenden Vergleichsberechnung: § 43 GNotKG), nach der Bewertungsvorschrift des § 49 Abs. 2 GNotKG zu bemessen ist (OLG Celle, ZNotP 2015, 118, 119). Danach ist die Berücksichtigung einer erst künftigen Bebauung grundsätzlich nicht vorgesehen.

**23** Dass bei der Wertberechnung auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen ist, besagt zwar nicht, dass in diesem Zeitpunkt bereits hinreichend sicher absehbare, wertrelevante

Entwicklungen keine Berücksichtigung finden dürfen (vgl. BayObLGZ 1975, 450, 456). Hier jedoch steht der Wortlaut des Gesetzes der Berücksichtigung einer künftigen Bebauung entgegen.

**24** Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers entgegen dem Wortlaut des § 49 Abs. 2 GNotKG nicht nur der Wert bereits errichteter, sondern auch der Wert noch zu erstellender Bauwerke dann den Wert des Erbbaurechts bestimmen sollen, wenn dieser Wert als Bezugswert für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht von Bedeutung ist, ergeben sich weder aus § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG noch aus den Gesetzesmaterialien. Mit der Neuregelung in § 49 Abs. 2 GNotKG verfolgte der Gesetzgeber Vereinfachungszwecke (BT-Drucks. 17/11471, S. 170). Ausdrücklich angesprochen sind die Vereinfachungseffekte, die sich aus der Vorgabe eines pauschalen Anteils von 80 % sowie daraus ergeben, dass der Wert bereits errichteter Gebäude ohne Rücksicht darauf, wer die Baukosten wirtschaftlich zu tragen hatte, in die Bewertung des Erbbaurechts einfließt. Ausdrücklich erwähnt ist zudem der vereinfachende Effekt, der sich daraus ergibt, dass die Bestimmung immer zur Anwendung kommen soll, wenn es für die Bewertung auf den Wert des Erbbaurechts ankommt, und eine Vergleichsberechnung auf der Basis des Erbbauzinses einerseits und des pauschal geminderten Werts von Grundstück und Bauwerken andererseits nur noch für die Bestellung des Erbbaurechts anzustellen ist (vgl. BeckOK-Kostenrecht/Becker, § 49 GNotKG Rdnr. 4). Dass die mit dieser Vereinfachung einhergehenden Auswirkungen auf die Bewertung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht nicht ausdrücklich erwähnt sind, besagt nicht, dass sie übersehen wurden oder der Gesetzgeber insoweit ein abweichendes Verständnis von den mit der Neukonzeption verbundenen Änderungen hatte. Insbesondere zeigt die bei der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum maßgebliche Bestimmung in § 42 Abs. 1 Satz 2 GNotKG auf, dass der Gesetzgeber die Frage der Berücksichtigung erst künftiger Bebauung im Rahmen der Bewertung im Blick hatte.

**25 c)** Auf dieser Grundlage errechnet sich der Bezugswert für das Vorkaufsrecht mit 1.275.384 € (80 % des Bodenwerts von 1.594.230 €), der Wert des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht daher mit 637.692 €.

**26 d)** Hierbei hat es jedoch vorliegend nicht sein Bewenden, denn der nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG gebildete Wert ist im konkreten Einzelfall unbillig.

**27 aa)** Eine Unbilligkeit folgt allerdings nicht regelmäßig bereits daraus, dass der Wert der künftigen Bebauung unberücksichtigt geblieben ist, denn dies würde der gesetzlichen Konzeption – wie dargestellt – widersprechen. Eine Abweichung vom gesetzlichen Regelwert kommt nur bei Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls aus Billigkeitsgründen in Betracht (§ 51 Abs. 3 GNotKG).

**28 bb)** Ein solcher Einzelfallumstand ist hier allerdings gegeben.

**29** Er zeigt sich in dem überaus hohen Unterschied zwischen dem nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG gebildeten Wert und dem wirtschaftlichen Wert, den das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht für den Berechtigten angesichts der nach dem Vertrag

bestehenden Bebauungspflicht und deren Umfang hat. Bleibt der Wert der im Zeitpunkt der Bestellung und Eintragung des Vorkaufsrechts nach dem Vertrag zu erwartenden Bebauung außer Ansatz, so bleibt unberücksichtigt, dass die Bebauung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ErbbauRG kraft Gesetzes zu einem wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts wird. Auf diesen Bestandteil erstreckt sich das Vorkaufsrecht, mit dessen Einräumung bereits ein durch den Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten und die Ausübung des Vorkaufsrechts bedingter Kaufvertrag geschlossen wird (BGH, NJW-RR 2012, 209 Rdnr. 8).

**30** Im Hinblick auf den Umfang der hier vertraglich verpflichtend zugesagten Bebauung ist der hierfür anzusetzende wirtschaftliche Wert (dazu unter cc)) immens. Ein diesen Wert völlig außer Acht lassender Ansatz erscheint deshalb unbillig. Dies eröffnet nach dem Gesetz die Möglichkeit, einen höheren Wert anzunehmen.

**31 cc)** Sachgerecht erscheint es, den Zuschlag am Wert der künftigen Bauwerke auszurichten, der auf der Grundlage der prognostizierten Baukosten geschätzt werden kann (Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 43 Rdnr. 20; Hartmann, Kostengesetze, § 51 GNotKG Rdnr. 3).

**32** Berücksichtigungsfähig sind allerdings lediglich die Kosten für „Bauwerke“ (hierzu: BGHZ 117, 19, 25; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 7 f.).

**33** Deshalb sind die Kosten für Außenanlagen, die nicht befestigte Flächen betreffen, ebenso auszuscheiden wie die Kosten nicht näher erläuterter sonstiger Maßnahmen und die Position für Landschaftsplaner. Differenziert werden kann bei den Kosten für Erschließung. Zur nichtöffentlichen Erschließung gehört die Erstellung der Hausanschlüsse von der Grundstücksgrenze bis zum Haus. Nur die hierfür kalkulierte Position kann der Bauwerkerrichtung zugeordnet werden. Sachgerecht erscheint es außerdem, die Nebenkosten für Versicherung und Projektsteuerung, sog. Wettbewerbskosten, die Kosten für Baustellensicherheit, Brandschutzgutachten und -prüfung sowie für Gebühren nicht als Errichtungskosten zu berücksichtigen.

**34** Ausgehend von der Kostenplanung ergeben sich unter Berücksichtigung eines Abzugsbetrags von zusammen 578.518 € somit geschätzte Baukosten für Bauwerke von 3.487.080 €. Der mit 1.594.230 € außer Streit stehende Bodenwert erreicht nicht einmal die Hälfte dieses Betrags. Deshalb wäre es völlig unverhältnismäßig und mithin unbillig, den wirtschaftlichen Kern bei der Bewertung des Vorkaufsrechts unberücksichtigt zu lassen.

**35** Unter Einbeziehung ergibt sich der für die Bewertung des Vorkaufsrechts maßgebliche Bezugswert mit 80 % von 5.081.310 €, somit 4.065.048 €.

**36** Hiervon ist gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG die Hälfte anzusetzen, mithin 2.032.524 €.

**37** Dass der Wert des Vorkaufsrechts über dem Wert des Erbbaurechts liegen kann, liegt in der Natur der Sache und ist auch nach der Kostenrechtsreform nicht als unzulässig anzusehen (vgl. zur KostO: BayObLGZ 1982, 342, 348).

**38** 2. Die Festsetzung des Werts der Lösungs- und Rückgewährvormerkungen richtet sich vorliegend nach § 45 Abs. 3 Hs. 1 GNotKG. Der Geschäftswert wird danach durch den Wert des vorgemerkten Rechts bestimmt.

**39** a) Die Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB wird nach der Spezialnorm des § 45 Abs. 2 Satz 1 GNotKG wie eine Einräumung des Vorrangs (nur dann) behandelt, wenn sie zugunsten eines nach- oder gleichrangig Berechtigten bestellt wird. Weil hier die Löschungsvormerkungen jedoch zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers bestellt sind, ist zur Wertbestimmung § 45 Abs. 3 Hs. 1 GNotKG heranzuziehen.

**40** Nach dieser für „sonstige“ Vormerkungen maßgeblichen Norm richtet sich auch der Wert einer Vormerkung, die zur Sicherung des Anspruchs auf (u. a.) Rückgewähr des Grundpfandrechts bestellt wurde.

**41** Maßgeblicher Bezugswert ist danach hier für sämtliche Vormerkungen der Wert des jeweiligen Grundpfandrechts. Für die Löschungsvormerkungen ergibt sich dies daraus, dass sie kostenrechtlich als Veränderung einer Belastung fingiert werden, Nr. 14130 Abs. 1 Satz 1 KV GNotKG (BeckOK-Kostenrecht/Becker, Nr. 14150 KV GNotKG Rdnr. 4, Nr. 14130 KV GNotKG Rdnr. 11 mit 11.1 sowie Nr. 14120 KV GNotKG Rdnr. 8), und der Wert der auf Löschung gerichteten Veränderung (Korintenberg/Heyl, GNotKG, Nr. 14150 KV GNotKG Rdnr. 6) gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GNotKG mit dem Nennbetrag des Grundpfandrechts anzunehmen ist. Für die Rückgewährvormerkungen folgt dasselbe Bewertungsergebnis daraus, dass sie den Anspruch auf Abtretung des dinglichen Grundpfandrechts an den Vormerkungsberechtigten sichern; der somit maßgebliche Bezugswert des Grundpfandrechts entspricht gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GNotKG wiederum dem Nennbetrag der Schuld.

**42** b) Eine Reduzierung des Werts auf die Hälfte nach § 45 Abs. 3 Hs. 2, § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG ist nicht angezeigt.

**43** aa) Mit Beschluss vom 9.7.2015 (34 Wx 136/15, FGPrax 2015, 230) hat der Senat dargelegt, dass weder die gesetzliche Fassung dieser Bestimmungen noch die Gesetzesmaterialien einer Auslegung dahin gehend entgegenstehen, dass bestimmte Vormerkungen wegen der häufig völligen Ungewissheit des Bedingungseintritts für den gesicherten Anspruch nur nach dem Wert eines Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts (mithin mit dem halben Wert des Gegenstands, auf das sich das Recht bezieht) zu bewerten sind.

**44** Weiter hat der Senat entschieden, dass für Rückauflassungsvormerkungen, die einen unter Bedingungen gestellten Anspruch des Grundstücksübergebers gegen den Übernehmer auf Rückübertragung sichern, nur der halbe Grundstückswert anzusetzen sei. Diene der bedingte Rückerwerbsanspruch lediglich dazu, von den Vertragsparteien für unwahrscheinlich erachtete vertragliche Störfälle aufzufangen (vgl. Schneider/Volpert/Fölsch/Fackelmann, Gesamtes Kostenrecht, § 51 GNotKG Rdnr. 14; Wilsch, ZfIR 2015, 389, 390), so sei es ein Gebot der Kostengerechtigkeit, den Wert der zur Sicherung bestellten Vormerkung an den gesetzlichen Vorgaben für die Bemessung des Werts von Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten (im engeren Sinne) auszurichten.

**45** bb) Diese Rechtsprechung, an der festgehalten wird, ist für den vorliegenden Sachverhalt unergiebig. Weder liegt eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte vor noch verlangen sonstige Gesichtspunkte der Kostengerechtigkeit eine Wertreduzierung. Auch unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens ist das von der Beschwerde geforderte weite Normverständnis abzulehnen.

**46** (1) Die Rückgewährvormerkungen sichern vorliegend Ansprüche des jeweiligen Abtretungsempfängers im Rahmen der regulären Vertragsdurchführung, deren Geltendmachung und Realisierung somit berechtigterweise erwartet werden kann.

**47** In der Person des Erbbauberechtigten als Sicherungsgeber entsteht nämlich regelmäßig aufgrund des Sicherungsvertrags ein Anspruch gegen den Grundpfandrechtsgläubiger auf Rückgewähr (Verzicht oder Löschung) der (Finanzierungs-) Grundpfandrechte, der nach den Bestimmungen des Sicherungsvertrags fällig wird. Diese Ansprüche hat der Beteiligte zu 1 zur Sicherung seiner Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag und aus einem mehrseitigen Treuhandvertrag abgetreten. Die diesbezüglich bestellten Vormerkungen sichern somit Ansprüche im Rahmen einer planmäßigen Vertragsdurchführung. Soweit ein- und dieselben Forderungen auf Rückgewähr (Verzicht oder Löschung) unter auflösender und entsprechend aufschiebender Bedingung (Erledigung des Sicherungszwecks) an verschiedene Zessionare abgetreten wurden, gilt nichts anderes.

**48** Darin besteht ein rechtlich relevanter Unterschied sowohl zu Rückgewährvormerkungen als auch zu Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechten, der eine Gleichbehandlung der Sachverhalte unter dem Gesichtspunkte der Kostengerechtigkeit als nicht sachgerecht erscheinen lässt.

**49** Dies gilt auch insoweit, als die Rückgewährvormerkungen teils auflösend und aufschiebend bedingt abgetretene Ansprüche sichern. Allein die Bedingtheit des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs rechtfertigt die Wertreduzierung nicht. Auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll nach der mit dem KostRMOG in dieser Form neu eingeführten Bestimmung des § 45 Abs. 3 GNotKG „wie bereits nach aktueller Rechtslage“ (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 167; BR-Drucks. 517/12, S. 240) der Wert des vorgemerkten Rechts maßgebend sein. Danach ist nichts dafür ersichtlich, dass – anders als bisher (vgl. nur Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 66 KostO Rdnr. 6) – ein Wertabschlag bereits deshalb vorgenommen werden müsste, weil das vorgemerkte Recht bedingt (oder befristet) ist.

**50** (2) Die Löschungsvormerkungen sichern den Anspruch des jeweiligen Eigentümers des Erbbaugrundstücks auf Löschung des Grundpfandrechts für den Fall, dass sich das Grundpfandrecht mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt.

**51** Auch insoweit ist keine grundlegend abweichende Beurteilung veranlasst. In welchem Maße der Eintritt der Bedingung wahrscheinlich oder unwahrscheinlich ist, ist für das Gericht nicht aufgrund der vereinbarten Bedingungen abzuschätzen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt im Zusammenhang mit § 51 Abs. 3 GNotKG: Korintenberg/Schwarz, GNotKG, § 51 Rdnr. 41). Konkrete Anhaltspunkte für die Behauptung, dass die Wahr-

scheinlichkeit des Eintritts außerordentlich gering sei, liegen nicht vor.

**52** Aus den Gründen der Senatsentscheidung vom 9.7.2015 lässt sich nichts für die Sicht des Beschwerdeführers ableiten. Die Löschungsvormerkungen sichern vorliegend nicht solche Ansprüche, deren Eintritt die Vertragsparteien als unerwünschten und nicht erwarteten vertraglichen Störfall ansehen. Sie dienen vielmehr der Sicherung einer reibungsfreien Vertragsdurchführung.

**53** Eine die Wahrscheinlichkeit gewichtende Einzelfallbetrachtung ist weder nach dem Gesetz noch unter dem Gesichtspunkt der Kostengerechtigkeit notwendig. Die aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche Vorstellung des Gesetzgebers von der Kontinuität der Rechtslage bei der Bewertung von Vormerkungen (siehe zu (1)) steht einer solchen individuellen Betrachtung entgegen.

**54 c)** Ob die Ausnahmeregelung in § 51 Abs. 3 GNotKG in diesem Zusammenhang überhaupt zur Anwendung kommen kann, kann dahinstehen, weil keine besonderen Einzelfallumstände vorliegen, die aus Billigkeitsgründen eine Herabsetzung des Werts nahelegen würden.

**55 3.** Die Anschlussbeschwerde des Beteiligten zu 2 hat teilweise Erfolg. Der Wert des auf das Grundstück bezogenen Vorkaufsrechts ist zu niedrig festgesetzt.

**56** Der Wert des Vorkaufsrechts ist gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG die Hälfte des Werts desjenigen Gegenstands, auf den es sich bezieht.

**57 a)** Gemäß § 46 GNotKG wird der Wert des Grundstücks bestimmt durch den Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Grundstücks unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Außer Streit steht der auf die Mitteilung des Notars (80 % des Bodenwerts = 1.275.384 €) gestützte Bodenwert für das unerschlossene Grundstück mit 1.594.230 €.

**58 b)** Allerdings ist das Vorkaufsrecht auf ein mit dem Erbbaurecht belastetes Grundstück bezogen.

**59 aa)** Die Beschaffenheit des Erbbaugrundstücks ist maßgeblich durch das an ihm lastende Erbbaurecht geprägt. Zwar werden gemäß dem in § 38 Satz 1 GNotKG statuierten Bruttoprinzip die auf einer Sache lastenden Verbindlichkeiten, mithin auch dingliche Belastungen, bei der Ermittlung des Geschäftswerts grundsätzlich nicht in Abzug gebracht. Abzugsfähig sind allerdings dauernde Verbindlichkeiten, die auf dem Gegenstand selbst ruhen und nach der Verkehrsanschauung dessen Wert mindern, weil sie vom Eigentümer nicht einseitig abgelöst werden können. Hierbei handelt es sich nicht um Verbindlichkeiten im Sinne von § 38 GNotKG, sondern um den Verkehrswert beeinflussende Beschaffenheitsmerkmale nach § 46 Abs. 1 GNotKG. Dazu zählen auch Erbbaurechte (KG, Rpfleger 2009, 532, 533; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, § 38 Rdnr. 6; BeckOK-Kostenrecht/Soutier, § 38 GNotKG Rdnr. 2; Korintenberg/Bormann, GNotKG, § 38 Rdnr. 3).

**60 bb)** Im Rahmen der Wertfestsetzung erscheint die in § 47 Abs. 2 GNotKG aus Vereinfachungsgründen zum Ausdruck

kommende pauschale Betrachtung als tauglicher Anknüpfungspunkt für die Bewertung des belasteten Grundbesitzes. Ist danach das Erbbaurecht mit 80 % des Grundstückswerts zu bewerten, so können die verbleibenden 20 % als Wert des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks angesetzt werden.

**61 cc)** Ein Zuschlag in Höhe von 20 % der zu erwartenden Kosten für die künftige Bebauung ist schon deshalb nicht sachgerecht, weil die zu errichtenden Bauwerke nicht wesentliche Teile des Grundstücks, sondern – wie ausgeführt – des Erbbaurechts werden.

**62 dd)** Allerdings sind die vom Vorkaufsberechtigten nach dem Vertrag verbindlich geschuldeten, den Wert des Grundstücks erhöhenden Leistungen bei der Bemessung des Bezugswerts werterhöhend zu berücksichtigen, vgl. § 47 Satz 2 GNotKG. Insoweit handelt es sich um bereits bei Eintragung hinreichend sicher zu erwartende, wertrelevante Entwicklungen des Gegenstands, auf das sich das Vorkaufsrecht bezieht. Eine Spezialnorm, die der Berücksichtigung entgegensteht, besteht insoweit nicht.

**63** Danach sind die Kosten der Grundstückserschließung i. H. v. 19.278 € werterhöhend in Ansatz zu bringen; das erschlossene Grundstück, auf das sich das Vorkaufsrecht bezieht, ist höherwertig als ein nicht oder nur teilerschlossenes Grundstück. Entsprechendes gilt hinsichtlich der für Außenanlagen veranschlagten Kosten von 215.980 €, nicht aber ohne Weiteres für die übrigen oben in Abzug gebrachten Positionen.

**64** Von dem sich somit errechnenden Gesamtbetrag von 1.829.488 € ist ein Anteil von 20 %, mithin 365.898 €, als Wert des Gegenstands, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, anzunehmen. Die Hälfte, mithin 182.949 €, entspricht dem Wert des Vorkaufsrechts.

**65 ee)** Sonstige Billigkeitsgründe (§ 51 Abs. 3 GNotKG) für einen Wertzuschlag (oder -abschlag) sind nicht ersichtlich. Besondere Umstände des Einzelfalls, die den Eintritt in eine Billigkeitserwägung veranlassen könnten, liegen nicht vor. § 51 Abs. 3 GNotKG ist eine eng auszulegende Ausnahmeregelung; eine Abweichung kommt daher grundsätzlich nur im Einzelfall bei außergewöhnlichen Umständen in Betracht (Korintenberg/Schwarz, GNotKG, § 51 Rdnr. 41; Schneider/Volpert/Fölsch/Fackelmann, Gesamtes Kostenrecht, § 51 GNotKG Rdnr. 23; BeckOK-Kostenrecht/Lutz/Mattes, § 51 GNotKG Rdnr. 14).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Der Beschluss des OLG München ist zur Kostenerhebung in Grundbuchelegenheiten ergangen, betrifft aber unter anderem eine grundsätzliche Kostenfrage, die bei nahezu allen Beurkundungen von Erbbaurechtsbestellungen einschlägig ist. Das OLG München hat dabei in erster Linie zu der Frage Stellung genommen, wie der Geschäftswert eines Vorkaufsrechts am Erbbaurecht, wie auch eines Vorkaufsrechts am Erbbaugrundstück zu bestimmen ist. Die Grund-

sätze der Geschäftswertbestimmung gelten hierbei für die Eintragung im Grundbuch und für die Bestellung dieser Rechte gleichermaßen. Daneben hat sich das Beschwerdegericht mit der Wertbestimmung für Löschungsvormerkungen und Vormerkungen zur Sicherung von Rückgewähransprüchen auseinandergesetzt.

## 1. Geschäftswert des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht

Der Geschäftswert eines Vorkaufsrechts bestimmt sich nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG mit der Hälfte des Wertes des Gegenstands, auf den sich das Recht bezieht. Wird ein Vorkaufsrecht an einem Erbbaurecht bestellt, ist der kostenrechtliche Wert des Erbbaurechts Bemessungsgrundlage. Der Geschäftswert eines Erbbaurechts ist in § 49 Abs. 2 GNotKG normiert. Danach ist der Geschäftswert pauschal mit 80 % des Grundstückswertes einschließlich der darauf errichteten Gebäude anzunehmen.

Im entschiedenen Fall wurden im Rahmen der Erbbaurechtsbestellung sowohl ein dingliches Vorkaufsrecht am Erbbaurecht als auch ein dingliches Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück (vertraglich) eingeräumt. Im Zeitpunkt der Beurkundung der Erbbaurechtsbestellung (wie auch im Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch) war das Erbbaugrundstück unbebaut. Der Erbbauberechtigte hatte sich jedoch im Erbbaurechtsvertrag gegenüber dem Grundstückseigentümer unter anderem zum Bau eines Schulgebäudes verpflichtet. Im Rahmen des Kostenverfahrens war also zu klären, ob die voraussichtlichen Baukosten bei der Wertbestimmung für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht, somit bei der Bemessung des Wertes für den Belastungsgegenstand nach § 49 Abs. 2 GNotKG, mit zu berücksichtigen waren.

Konsequent hat das OLG München festgestellt, dass bei der Wertbestimmung auf die Verhältnisse im Fälligkeitszeitpunkt abzustellen ist, also auf den Zeitpunkt der Beurkundung nach § 96 GNotKG bzw. den Zeitpunkt der Antragstellung nach § 59 GNotKG für die Grundbucheintragung. Deshalb sei der Wert der künftigen Gebäude grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, wenn diese im Fälligkeitszeitpunkt noch nicht errichtet sind. Die bisherige zu der Rechtsfrage anderslautende und noch zur Rechtslage nach der KostO ergangene Rechtsprechung unter anderem des BayObLG<sup>1</sup> und die dem folgende Auffassung in der Literatur<sup>2</sup> wurde abgelehnt. Das OLG München hat hierzu ausgeführt, dass die vorangeführten Bestimmungen des GNotKG zum Wert eines Erbbaurechts insoweit eindeutig seien und keinen Ermessensspielraum gewährten, wie dies früher nach den

maßgeblichen Vorschriften der § 20 Abs. 2 und § 30 Abs. 1 KostO der Fall war.

Dennoch kommt das Gericht im Ergebnis zu dem Schluss, dass nur die Annahme des 80 %-igen Grundstückswertes (im unbebauten Zustand) nach § 49 Abs. 2 GNotKG als Bemessungsgrundlage für die Wertbestimmung des Vorkaufsrechts nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG in dem zu entscheidenden Fall als unbillig anzusehen sei. Das Gericht ist der Auffassung, dass nach § 51 Abs. 3 GNotKG ein höherer Wert maßgeblich sei, da anderenfalls der wirtschaftliche Wert des Vorkaufsrechts nicht hinreichend abgebildet werde. Da der Erbbaurechtsvertrag auch verpflichtend die Errichtung des Gebäudes beinhaltet, sei eine anderweitige Wertbestimmung, welche die Bebauung und damit den wirtschaftlichen Kern des Erbbaurechts unberücksichtigt lässt, unbillig und deshalb abzulehnen.

Die Wertbestimmung nach § 51 Abs. 3 GNotKG nimmt das Gericht unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Baukosten einschließlich der Kosten für die nichtöffentliche Erschließung (Hausanschlusskosten) vor, wobei bezifferte Nebenkosten wie Außenanlagen und Kosten für Landschaftsplaner, Bauversicherungen, Projektsteuerung, Wettbewerbskosten, Baustellensicherheit, Brandschutzmaßnahmen, etc. nicht berücksichtigt werden.

Das OLG München begründet seine Auffassung unter anderem mit den vermeintlich besonderen Umständen in dem konkret zu entscheidenden Einzelfall. Beim vorliegenden Sachverhalt handelt es sich jedoch um den Standardfall einer Erbbaurechtsbestellung, der die Einräumung eines Vorkaufsrechts am Erbbaurecht beinhaltet. Auch in Bezug auf die Wertverhältnisse zwischen dem Wert des Erbbaugrundstücks und dem Wert der künftigen aufstehenden Gebäude ist kein Unterschied zu sonstigen Erbbaurechtsverträgen festzustellen; der Wert der künftigen Gebäude wird regelmäßig den Grundstückswert erreichen bzw. weit übersteigen.

Damit kann bei der Bewertung von Vorkaufsrechten an Erbbaurechten in aller Regel auch weiterhin von folgendem Bewertungsschema ausgegangen werden:

Grundstückswert nach § 46 GNotKG zuzüglich künftige Baukosten, hiervon 80 % nach § 49 Abs. 2, § 51 Abs. 3 GNotKG als Wert des Erbbaurechts. Von diesem Wert ist nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG der halbe Wert als Geschäftswert anzunehmen.

Dem rechnerischen Ergebnis des OLG München ist zuzustimmen. Bei der Begründung der Entscheidung unter Heranziehung von § 51 Abs. 3 GNotKG als Grundlage für die Berücksichtigung des künftigen Gebäudewertes ist jedoch völlig außer Acht gelassen worden, dass neben dem Bewertungszeitpunkt (Fälligkeit der Gebühren) auch zu berücksichtigen ist, worauf sich die beurkundeten Erklärungen beziehen. Wesensmerkmal eines Erbbaurechts ist es, ein Bauwerk auf (oder unter) der Oberfläche eines Grundstücks zu haben. Die Regelungen zum Inhalt des Erbbaurechts beziehen sich nach § 2 Erbbaurechtsgesetz ausdrücklich auch auf die Errichtung des Bauwerks, das nach § 12 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts wird. Häufig, so

1 BayObLG, Beschluss vom 5.10.1982, BReg. 2 Z 68/82, MittBayNot 1983, 27 = DNotZ 1984, 113.

2 Korintenberg/Sikora, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 43 Rdnr. 20; Schneider/Volpert/Fölsch/Röhl, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2016, § 43 GNotKG Rdnr. 34, 35; Hartmann, Kostengesetze, 48. Aufl. 2018, § 51 GNotKG Rdnr. 3; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 108 Rdnr. 10 ff.; Leipziger Kostenspiegel/Heinze, 2. Aufl. 2016, § 108 Rdnr. 18; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1337.

auch im vorliegenden Fall, verpflichtet sich der Berechtigte im Rahmen des Erbbaurechtsvertrages zur Errichtung eines Gebäudes. Damit ist aber von der Vorkaufsrechtsbestellung in jedem Fall das Erbbaurecht in seinem künftigen Bestand unter Berücksichtigung der Regelungen aus dem Erbbaurechtsvertrag betroffen.<sup>3</sup>

## 2. Geschäftswert des Vorkaufsrechts am Erbbaugrundstück

Bei der Bewertung eines Erbbaurechtsvertrages spielt das Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück keine Rolle, da es nach allgemeiner Auffassung mit dem Wertansatz nach § 43 GNotKG für die Erbbaurechtsbestellung abgegolten ist. Das Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück ist nach § 2 Nr. 7 ErbbaurechtsRG Inhalt des Erbbaurechts.<sup>4</sup>

Für die Grundbucheintragung dieses Vorkaufsrechts hat das OLG München den Geschäftswert nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG mit der Hälfte des Verkehrswertes des Erbbaugrundstücks nach § 46 Abs. 1 GNotKG angenommen. Der Verkehrswert nach § 46 Abs. 1 GNotKG wurde dabei jedoch pauschal mit 20 % des rechnerischen Grundstückswertes bestimmt. Das OLG München ist der Auffassung, dass die Bestellung des Erbbaurechts eine den Verkehrswert beeinflussende Beschaffenheit der Sache darstellt, die mit dem kostenrechtlichen Wert des Erbbaurechts nach § 49 Abs. 2 GNotKG (80 % des Grundstückswertes) in Abzug gebracht werden kann. § 51 Abs. 3 GNotKG sei nicht einschlägig, so das Gericht.

Im entschiedenen Fall überzeugt die Begründung des OLG München nicht. Das Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück wurde dem Erbbauberechtigten eingeräumt. Die Rahmenbedingungen, die sich aus dem Erbbaurechtsvertrag ergeben, spielen aus Sicht des vorkaufsberechtigten Erbbauberechtigten keine Rolle und stellen dann auch keine Wertminderung des Grundstücks dar, die zu einem pauschalen Abschlag vom rechnerischen Grundstückswert berechtigt. Belastungen, die am Vertragsgegenstand eingetragen sind, dürfen nach § 38 Satz 1 GNotKG ohnehin nicht abgezogen werden.

Bei der Wertermittlung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks ist zu klären, ob das Erbbaurecht einen Ertrag abwirft und bejahendenfalls in welcher Höhe. Ist ein Erbbauzins vereinbart, der der wirtschaftlichen Nutzung des Erbbaugrundstücks entspricht, liegt keine Wertminderung vor, die die Vornahme eines Abschlags rechtfertigt.<sup>5</sup> Im Einzelfall kann das auf dem Grundstück lastende Erbbaurecht sogar einen wirtschaftlichen Vorteil für den Grundstückseigentümer darstellen, wenn beispielsweise ein verhältnismäßig hoher Erbbauzins vereinbart ist.<sup>6</sup> Auch die restliche

Laufzeit des Erbbaurechts hat Auswirkungen auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Im entschiedenen Fall sind keine derartigen Besonderheiten festgestellt worden, sodass der Verkehrswert nach § 46 Abs. 1 GNotKG ohne Abschläge der Wertermittlung zugrunde zu legen ist. Der Geschäftswert für das Vorkaufsrecht am Erbbaugrundstück ist dann nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG mit dem halben Wert des Grundstückswertes zu bilden.

## 3. Geschäftswert der Löschungsvormerkung und der Vormerkung zur Absicherung von Rückgewähransprüchen

Im Zusammenhang mit der Erbbaurechtsbestellung hat der Erbbauberechtigte Grundschulden bestellt und sich gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks verpflichtet, die Grundschulden löschen zu lassen, wenn sich das jeweilige Grundpfandrecht mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt. Zur Sicherung dieser Verpflichtungen wurden jeweils Löschungsvormerkungen zur Eintragung bei den Grundpfandrechten bewilligt. Daneben wurden alle Forderungen gegen den jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger auf Rückgewähr, Abtretung oder Löschung der Grundschulden an den Eigentümer des Erbbaugrundstücks abgetreten und zur Absicherung ebenfalls Vormerkungen zur Eintragung bewilligt.

Bei der Kostenberechnung des Notars sind die vorstehenden Verpflichtungen und Abtretungen nicht zu berücksichtigen, da es sich im Verhältnis zur Grundschuldbestellung um denselben Beurkundungsgegenstand nach § 109 Abs. 1 GNotKG handelt.<sup>7</sup>

Für die Grundbuchkosten hat das OLG München bestätigt, dass der Geschäftswert einer Löschungsvormerkung nach § 45 Abs. 2 Satz 1 GNotKG grundsätzlich mit dem vollen Wert des betroffenen Grundpfandrechts nach § 53 Abs. 1 GNotKG zu bestimmen ist, wenn die Vormerkung zugunsten eines nach- oder gleichrangigen Berechtigten bestellt wird. Im entschiedenen Fall kommt das Gericht zum selben Ergebnis, wobei hier § 45 Abs. 3 GNotKG einschlägig ist, da das Recht dem jeweiligen Grundstückseigentümer eingeräumt wird. Für die Vormerkung zur Absicherung der Löschungsverpflichtung kommt kein Abschlag vom Nominalbetrag der Grundschuld in Betracht, da der Anspruch auf Löschung des Rechts gerichtet ist.<sup>8</sup> Dies entspricht der allgemeinen Auffassung für die Bewertung von Löschungsvormerkungen.<sup>9</sup>

3 Wilsch, ZfIR 2019, 96.

4 Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 43 Rdnr. 19, 20; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 806.

5 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 51; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 865 ff.

6 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 874; OLG Hamm, Beschluss vom 2.11.1982, 15 W 227/82, MittBayNot 1983, 139.

7 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2074.

8 Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 45 Rdnr. 13, 16; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, § 45 Rdnr. 6; Renner/Otto/Heinzel/Zimmer, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rdnr. 5; Fackelmann/Heinemann/Röhl, GNotKG, § 45 Rdnr. 11; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2074.

9 Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 45 Rdnr. 16; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2851.



Bei der Vormerkung zur Absicherung der abgetretenen Ansprüche auf Rückgewähr, Abtretung oder Löschung des Grundpfandrechts findet ebenso § 45 Abs. 3 GNotKG Anwendung. Den Wert des gesicherten Anspruchs bestimmt das OLG München auch hier jeweils mit dem Nennbetrag des betroffenen Grundpfandrechts ohne Abschläge und verweist in der Begründung auf die hohe Wahrscheinlichkeit des Bedingungeintritts der betroffenen Ansprüche. Das Gericht stellt fest, dass die Bedingtheit des gesicherten Anspruchs bezogen auf die Abtretung der bereits bestehenden aber künftig erst ausübbar Ansprüche auf Rückgewähr, Abtretung oder Löschung der Grundschuld eine Reduzierung des Wertes nicht rechtfertigt.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 25. Fristen der Pflichtteilergänzung verfassungsgemäß

BVerfG, Beschluss vom 26.11.2018, 1 BvR 1511/14

BGB § 2325 Abs. 3 Satz 3

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**§ 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB verstößt weder gegen Art. 6 Abs. 1 GG noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber durfte im Rahmen seines Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums davon ausgehen, dass typischerweise bei einer Schenkung an nichteheliche Lebensgefährten und Kinder keine gleichermaßen dauerhafte Erwartung der Weiternutzungsmöglichkeit besteht wie bei Ehegatten. Die wirtschaftliche Verflechtung der Ehegatten und die aus der Ehe resultierenden gegenseitigen Ansprüche können zur Grundlage der Ungleichbehandlung von Dritt- und Ehegattenschenkungen gemacht werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Verfassungsbeschwerde wendet sich gegen § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB. Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann ein Pflichtteilsberechtigter im Falle einer Schenkung des Erblassers an einen Dritten als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Für eine solche Pflichtteilergänzung wird eine Schenkung nur innerhalb von zehn Jahren seit der Leistung des verschenkten Gegenstands berücksichtigt, wobei der Schenkungswert jährlich abgeschmolzen wird (§ 2325 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB). Bei einer Schenkung an den Ehegatten beginnt diese Frist gemäß § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht vor Auflösung der Ehe.

2 Die Beschwerdeführer sind die testamentarischen Erben des Erblassers. Der Erblasser hatte seiner Ehefrau, der Beschwerdeführerin zu 1, mehr als zehn Jahre vor seinem Tod ein mit einem Mietshaus bebautes Grundstück geschenkt. Im Ausgangsverfahren wurden in Anwendung von § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB wegen möglicher Pflichtteilergänzungs-

ansprüche die nunmehrige Witwe des Erblassers und der gemeinsame Sohn, der Beschwerdeführer zu 2, verurteilt, einem Sohn des Erblassers aus erster Ehe Auskunft über wertbildende Faktoren des Grundstücks zu erteilen. Die entscheidenden Gerichte vertraten die Auffassung, die Vorschrift sei mit der Verfassung vereinbar.

3 Hingegen sind die Beschwerdeführer der Ansicht, die Norm verletze den Schutz von Ehe und Familie, indem Schenkungen, die mehr als zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers vorgenommen worden seien, nur dann für den Pflichtteilergänzungsanspruch berücksichtigt würden, wenn der Empfänger der Ehegatte des Erblassers sei. Die Beschwerdeführerin sei als Witwe in ihren Rechten aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG, der Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

4 II. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Sie ist unbegründet. § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB verstößt weder gegen Art. 6 Abs. 1 GG noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

5 1. Art. 6 Abs. 1 GG, der Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, enthält einen besonderen Gleichheitssatz. Für einen Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG verbleibt daneben kein Raum mehr, wenn nicht eine stärkere sachliche Beziehung zum allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG besteht (vgl. BVerfGE 9, 237, 248 f.; 14, 34, 42; 17, 210, 224; 67, 186, 195 f.; 75, 348, 357; 75, 382, 393).

6 Art. 6 Abs. 1 GG verbietet, Ehe und Familie gegenüber anderen Lebens- und Erziehungsgemeinschaften schlechter zu stellen (Diskriminierungsverbot, vgl. BVerfGE 28, 104, 112; 76, 1, 72; 99, 216, 232; 114, 316, 333). Insbesondere untersagt Art. 6 Abs. 1 GG eine Benachteiligung von Ehegatten gegenüber Ledigen (vgl. BVerfGE 17, 210, 217; 28, 324, 347; 69, 188, 205 f.; 99, 216, 232; 114, 316, 333). Dieses Benachteiligungsverbot steht jeder belastenden Differenzierung entgegen, die an die Existenz einer Ehe anknüpft (BVerfGE 99, 216, 232). Die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft kann zwar zum Anknüpfungspunkt wirtschaftlicher Rechtsfolgen genommen werden (vgl. BVerfGE 6, 55, 76 f.; 24, 104, 109; 28, 324, 347; 114, 316, 333). Jedoch müssen sich für eine Differenzierung zulasten Verheirateter aus der Natur des geregelten Lebensverhältnisses einleuchtende Sachgründe ergeben. Die Berücksichtigung der durch die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft gekennzeichneten besonderen Lage der Ehegatten darf gerade bei der konkreten Maßnahme die Ehe nicht diskriminieren (vgl. BVerfGE 17, 210, 217, 219 f.; 24, 104, 109; 28, 324, 347; 114, 316, 333; st. Rspr.). Es ist dem Gesetzgeber dabei nicht verwehrt, generalisierend-typisierende Regelungen zu treffen, sofern er den nach Art. 6 Abs. 1 GG geschuldeten besonderen Schutz beachtet (vgl. BVerfGE 78, 214, 226 f.; 82, 126, 151 f.; 87, 234, 255 f.; 99, 280, 290).

7 Auch bei Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG – soweit überhaupt dafür neben Art. 6 Abs. 1 GG hier noch Raum ist – ist die Ungleichbehandlung des Ehegatten zumindest gerechtfertigt.

8 2. § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB bewirkt keine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Schen-

kungen an Ehegatten und Schenkungen an Dritte, insbesondere nichteheliche Lebensgefährten und Kinder, im Rahmen der Pflichtteilsergänzung. Dies gilt auch, soweit der beschenkte Ehegatte selbst dem Pflichtteilsergänzungsanspruch als Schuldner ausgesetzt ist. Der Gesetzgeber durfte im Rahmen seines Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 134, 204, 223 f. Rdnr. 70) davon ausgehen, dass typischerweise bei einer Schenkung an nichteheliche Lebensgefährten und Kinder keine gleichermaßen dauerhafte Erwartung der Weiternutzungsmöglichkeit besteht wie bei Ehegatten (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 6.4.1990, 1 BvR 171/90, NJW 1991, 217). Die wirtschaftliche Verflechtung der Ehegatten und die aus der Ehe resultierenden gegenseitigen Ansprüche können zur Grundlage der Ungleichbehandlung von Dritt- und Ehegattenschenkungen gemacht werden.

**9 a)** Zum einen partizipiert der Ehegatte, der durch eine Schenkung oder eine nach der Rechtsprechung des BGH von § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB ebenfalls erfasste unbenannte Zuwendung (vgl. BGHZ 116, 167, 170 ff.; BGH, Urteil vom 14.3.2018, IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475, 1476 Rdnr. 14) Vermögenspositionen überträgt, im Rahmen der gegenseitigen Unterhaltsverpflichtung in der Regel weiterhin an den Nutzungen (§ 100 BGB) des Vermögens. Maßstab der Unterhaltspflicht sind die ehelichen Lebensverhältnisse (vgl. § 1360a, § 1361 Abs. 1, § 1578 Abs. 1 BGB), die sich durch die bloße Vermögensverschiebung zwischen den Ehegatten nicht ändern und an denen die Ehegatten grundsätzlich hälftig partizipieren (vgl. BVerfGE 105, 1 12).

**10** Eine vergleichbare gegenseitige Unterhaltspflicht besteht zu Verwandten, das heißt insbesondere Kindern, schon nicht, weil Unterhaltsansprüche gegenüber Kindern zu Unterhaltsansprüchen gegenüber Ehegatten subsidiär sind (vgl. § 1608 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch die Unterhaltsansprüche zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern (§ 1615i BGB) enthalten keine vergleichbare Verpflichtung, knüpfen insbesondere nicht an gemeinsame Lebensverhältnisse an.

**11** Zum anderen besteht jedenfalls im Fall des gesetzlichen Güterstands des Zugewinnausgleichs eine wirtschaftliche Verflechtung der Vermögen der Ehegatten durch den Zugewinnausgleich nach §§ 1372 ff. BGB. Da im Wege der Schenkung oder unbenannte Zuwendung übertragenes Vermögen dem Zugewinnausgleich unterfällt (vgl. BGHZ 101, 65, 69 f.), ist die übertragene Vermögensposition dem Vermögen des übertragenden Ehegatten wirtschaftlich nicht vollständig und endgültig entzogen. Dem übertragenden Ehegatten steht ggf. im Fall der Auflösung der Ehe durch Scheidung zumindest ein auf teilweisen Ausgleich gerichteter Anspruch zu.

**12 b)** § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB sorgt überdies für einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen dem hinterbliebenen Ehegatten und den sonstigen der Familie des Erblassers zugehörigen Pflichtteilsberechtigten und hält sich auch insoweit innerhalb des dem Gesetzgeber zustehenden weiten Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 67, 329, 340 f.; 112, 332, 355).

**13** Das Pflichtteilsrecht gewährleistet die verfassungsrechtlich geschützte grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhän-

gige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass (vgl. BVerfGE 112, 332, 348). Diese ist als tradiertes Kernelement des deutschen Erbrechts Bestandteil des institutionell verbürgten Gehalts der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 112, 332, 349 f.). Zudem sind die strukturprägenden Merkmale der Nachlasseteilhabe von Kindern Ausdruck einer Familienolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht und die ihrerseits von Art. 6 Abs. 1 GG und bei nichtehelichen Kindern zudem von Art. 6 Abs. 5 GG geschützt wird. Das Pflichtteilsrecht knüpft an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern (vgl. BVerfGE 112, 332, 352 f.).

**14** Auf die Annahme, dass bei Ehegatten auch die Absicht einer Benachteiligung gesetzlicher Erben durch die Vermögensübertragung in der Regel unterstellt werden kann, kommt es damit nicht an.

(...)

## STEUERRECHT

### 26. Generationen- und betriebsübergreifende Totalgewinnprognose bei Übertragung eines Landwirtschaftsbetriebs unter Nießbrauchsvorbehalt

BFH, Urteil vom 23.10.2018, VI R 5/17 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 16.12.2016, 4 K 2629/14)

*EStG § 13 Abs. 1, § 15 Abs. 2*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Eine generationenübergreifende Totalgewinnprognose unter Einbeziehung des unentgeltlichen Rechtsnachfolgers kommt bei einem Landwirtschaftsbetrieb in Betracht, wenn der aktuell zu beurteilende Steuerpflichtige infolge umfangreicher Investitionen die wirtschaftliche Grundlage des späteren Erfolgs in Form von positiven Einkünften bei seinem unentgeltlichen Rechtsnachfolger gelegt hat.**
- 2. Dies gilt zugleich betriebsübergreifend auch dann, wenn der Landwirtschaftsbetrieb zunächst unter Nießbrauchsvorbehalt an die nächste Generation übertragen wird. Die Totalgewinnprognose ist dann ungeachtet der Entstehung zweier landwirtschaftlicher Betriebe für einen fiktiven konsolidierten Landwirtschaftsbetrieb zu erstellen (Anschluss an BFH, Urteil vom 7.4.2016, IV R 38/13, BFHE 253, 390 = BStBl. II 2016, S. 765).**

## 27. Erbauseinandersetzung bei zivilrechtlicher Nachlassspaltung

BFH, Urteil vom 10.10.2018, IX R 1/17 (Vorinstanz:  
FG Niedersachsen, Urteil vom 13.10.2016, 14 K 203/15)

ESTG § 7 Abs. 4, § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7  
HGB § 255 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Setzen sich die Miterben im Fall der zivilrechtlichen Nachlassspaltung unter Einbeziehung aller personengleichen Erbengemeinschaften in einem einheitlichen Vorgang in der Weise auseinander, dass sie sämtliche Nachlassgegenstände gleichzeitig vollständig unter sich verteilen, ist auch für die ertragsteuerliche Beurteilung, ob insgesamt eine neutrale Realteilung oder ob teilweise Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge anzunehmen sind, auf diesen einheitlichen Vorgang und auf den gesamten Nachlass abzustellen.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) sind Ehegatten und werden zur Einkommensteuer zusammen veranlagt. Der Kläger erzielte im Jahr 2012 (Streitjahr) Einkünfte aus Gewerbebetrieb, selbstständiger Arbeit sowie Vermietung und Verpachtung, die Klägerin Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit.

**2** Der Kläger ist zusammen mit seiner Mutter und seinen drei Schwestern (A, B und C) Erbe nach seinem im Mai 1990 verstorbenen Vater, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatte. Zum Nachlass gehörten drei in den „alten“ Bundesländern gelegene Grundstücke (X, Y und Z) und ein, im Zeitpunkt des Erbfalls auf dem Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) gelegenes, mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück (W). Nach dem Inhalt des gemeinschaftlichen Erbscheins des AG vom 8.1.1991 wurde der Erblasser von der Mutter des Klägers zu  $\frac{1}{2}$  und von dem Kläger und seinen drei Schwestern zu  $\frac{1}{8}$  jeweils beerbt. Hinsichtlich des in der ehemaligen DDR gelegenen Grundstücks W wurde der Erblasser von der Mutter des Klägers zu  $\frac{1}{4}$  und von dem Kläger und seinen drei Schwestern zu  $\frac{3}{16}$  jeweils beerbt.

**3** Der Mutter des Klägers war an den vier Grundstücken ein Nießbrauch eingeräumt. Im Zusammenhang mit der Modernisierung des Gebäudes auf dem Grundstück W nahm sie als Darlehensnehmerin in den Jahren 1998 bis 2002 vier Darlehen in Höhe von insgesamt 256.000 € auf. Die Aufwendungen für die Modernisierung machte sie bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten geltend.

**4** Mit notariellem Vertrag vom 6.10.2008 setzte sich die Erbengemeinschaft auseinander. Die für das Grundstück W aufgenommenen Darlehensverbindlichkeiten valutierten zu dieser Zeit noch in Höhe von insgesamt 231.077,14 €. Der Kläger erhielt das Grundstück W zu Alleineigentum. Im Gegenzug übernahm er zwei der vier Darlehensverträge seiner Mutter sofort und verpflichtete sich, seine Mutter von den Darlehenszahlungen der beiden anderen Darlehensverträge freizustellen und diese Verträge zu einem späteren Zeitpunkt ebenfalls zu übernehmen. Die von der Mutter bei der M-Bank unterhaltenen Kontokorrentkonten wurden im Innenverhältnis dem Kläger zugeordnet, dieser erhielt zudem den Geschäftsanteil an der M-Bank im Wert von 10.500 € rückwirkend zum 1.1.2008.

**5** Der Kläger erhielt außerdem das lastenfreie Grundstück X zu Alleineigentum übertragen und verpflichtete sich im Gegenzug, seiner Schwester C eine Abfindung i. H. v. 20.000 € zu zahlen. Das Grundstück Y wurde seiner Mutter und seiner Schwester A übertragen; die im Grundbuch für das Grundstück verzeichneten Darlehens-

verbindlichkeiten i. H. v. 52.305 € übernahmen diese gemeinsam. A verpflichtete sich zu einer Ausgleichszahlung an ihre Schwester B i. H. v. 50.000 €. Die Mutter erhielt weiterhin das Grundstück Z zu Alleineigentum. Der Gegenstandswert der Auseinandersetzungsvereinbarung entfiel i. H. v. 240.000 € auf das Grundstück W, im Übrigen auf die Grundstücke X, Y, Z sowie auf die Ausgleichszahlungen der Geschwister untereinander und die Übernahme des Geschäftsanteils an der M-Bank. Die Kosten der Auseinandersetzungsvereinbarung und ihrer Durchführung trug der Kläger (vgl. § 9 Abs. 2 des Vertrags).

**6** In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten für das bebaute Grundstück W Absetzungen für Abnutzung (AfA) i. H. v. 5.432 € geltend. Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) setzte die Einkommensteuer für 2012 mit Bescheid vom 12.11.2013 fest; den insoweit geltend gemachten AfA-Betrag berücksichtigte er nicht. Hiergegen legten die Kläger Einspruch ein und begehrten die Berücksichtigung von AfA i. H. v. 4.883 €.

**7** Der Einkommensteuerbescheid wurde nachfolgend aus zwischen den Beteiligten nicht streitgegenständlichen Gründen geändert. Mit Einspruchsentscheidung vom 21.7.2015 wies das FA den Einspruch als unbegründet zurück.

**8** Das FG gab der von den Klägern dagegen erhobenen Klage mit seinem in EFG 2017, 817 veröffentlichten Urteil überwiegend statt. Es änderte den Einkommensteuerbescheid 2012 in Gestalt der Einspruchsentscheidung insoweit ab, als es die Einkommensteuer 2012 auf den Betrag herabsetzte, der sich ergibt, wenn bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung des Klägers für das Grundstück W AfA i. H. v. 3.967,63 € als Werbungskosten berücksichtigt werden.

**9** Mit der Revision rügt das FA die Verletzung von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 Abs. 4 EStG und § 255 Abs. 1 HGB. Die Vorentscheidung widerspreche dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 2/89 (BFHE 161, 332 = BStBl. II 1990, S. 837).

**10** Das FA beantragt, das Urteil des FG (...) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**11** Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

**12** Das BMF ist dem Verfahren beigetreten. Es unterstützt die Auffassung des FA. Eine ggf. zivilrechtlich eingetretene Nachlassspaltung sei ertragsteuerlich unerheblich, da im Einkommensteuerrecht die zivilrechtliche Betrachtungsweise durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise überlagert werde. Die Erbauseinandersetzung sei für alle Miterben als einheitlicher Vorgang zu behandeln, der eine Separierung des dem Kläger zugewiesenen Grundstücks W verbiete. Die Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den vorliegenden Fall sei auch dadurch begründet, dass der Große Senat des BFH in seinem Beschluss in BFHE 161, 332 = BStBl. II 1990, S. 837 mit der sog. „Saldothese“ selbst eine aus ertragsteuerlicher Sicht einheitliche Betrachtung der Erbauseinandersetzung vorgegeben habe.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**13** II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Zwar hat das FG im Ausgangspunkt eine zivilrechtliche Nachlassspaltung zu Recht angenommen. Für die ertragsteuerliche Beurteilung der Auseinandersetzung zwischen den Miterben im Streitfall kommt es darauf jedoch nicht an. Zu Unrecht hat das FG deshalb nicht geprüft, in welcher Weise die Miterben die Erbengemeinschaften insgesamt auseinandergesetzt haben.

**14** 1. a) Nach § 7 Abs. 4 EStG bemisst sich die AfA nach den Anschaffungskosten. Welche Aufwendungen zu den Anschaffungskosten einer Immobilie zählen, bestimmt sich auch für

die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 Abs. 1 HGB. Danach sind Anschaffungskosten die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, ferner die Nebenkosten und nachträglichen Anschaffungskosten (vgl. zum Beispiel Senatsurteil vom 8.11.2017, IX R 36/16, BFH/NV 2018, 215 Rdnr. 10).

**15 b)** Bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft können Aufwendungen eines Miterben Anschaffungskosten sein, zum Beispiel wenn er die Erbanteile anderer Miterben erwirbt. Verteilen die Miterben dagegen das Gemeinschaftsvermögen unter sich, um die Gemeinschaft zu beenden, liegt in der Erfüllung des erbrechtlichen Auseinandersetzungsanspruchs kein Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft. Bei einer derartigen Realteilung des Nachlasses ist der übernehmende Miterbe entsprechend § 11d Abs. 1 Satz 1 EstDV auf die Fortführung der von der Erbengemeinschaft anzusetzenden Anschaffungskosten oder Herstellungskosten verwiesen. Wie sich das dem Miterben entsprechend seiner Erbquote zugeteilte Nachlassvermögen zusammensetzt, hat keine Bedeutung. Die wertmäßige Angleichung kann auch dadurch bewirkt werden, dass der Miterbe Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft übernimmt. Auch soweit dabei sein rechnerischer Anteil an den Verbindlichkeiten überschritten wird, führt dies noch nicht zu Anschaffungskosten. Übersteigt aber der Wert des Erlangten den Wert seines Erbanteils und muss der begünstigte Erbe deshalb an einen oder mehrere Miterben Ausgleichszahlungen leisten, bilden sie für ihn Anschaffungskosten (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 161, 332 = BStBl. II 1990, S. 837).

**16 c)** Die Feststellung, in welcher Weise sich die Miterben zur Beendigung der Erbengemeinschaft auseinandergesetzt haben, ob es sich dabei insgesamt um eine steuerneutrale Realteilung oder teilweise um Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge handelt und in Bezug auf welche Nachlassgegenstände dies der Fall ist, obliegt dem FG als Tatsacheninstanz.

**17 2.** Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann die Entscheidung des FG keinen Bestand haben.

**18 a)** Zutreffend ist das FG davon ausgegangen, dass im Streitfall zivilrechtlich eine Nachlassspaltung eingetreten ist. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) ist der Kläger zusammen mit seiner Mutter und seinen drei Schwestern Erbe nach seinem im Mai 1990 verstorbenen Vater, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatte. Zum Nachlass gehörten unter anderem drei in den „alten“ Bundesländern gelegene Grundstücke sowie das mit einem Mehrfamilienhaus bebaute und im Zeitpunkt des Erbfalls auf dem Gebiet der ehemaligen DDR gelegene Grundstück W. Zivilrechtlich richtet sich die Erbfolge demnach grundsätzlich nach den Vorschriften des BGB. Für die erbrechtlichen Verhältnisse des in der ehemaligen DDR gelegenen Grundstücks W ist hingegen noch das Zivilgesetzbuch der DDR (ZGB-DDR) maßgebend (vgl. zum Beispiel Beschlüsse des BGH vom 30.11.1994, IV ZR 49/94, FamRZ 1995, 481 m. w. N.; vom 4.10.1995, IV ZB 5/95, BGHZ 131, 22 unter III. 1. und BayObLG, Beschluss vom 5.7.2002, 1 Z BR 45/01, NJW 2003, 216). Neben der

Erbengemeinschaft, zu welcher der in den alten Bundesländern belegene Nachlass gehörte, bestand damit eine personengleiche weitere Erbengemeinschaft, die gemäß § 400 Abs. 1 ZGB-DDR das Gesamteigentum an dem Grundstück W in der ehemaligen DDR innehatte (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 24.1.2001, IV ZB 24/00, BGHZ 146, 310 unter B. II. 2.; Rißmann/*Filtzinger*, Die Erbengemeinschaft, 2. Aufl., Teil 3 § 22 Rdnr. 57).

**19 b)** Zu Unrecht hat das FG aber angenommen, die Nachlassspaltung sei ohne Weiteres auch der ertragsteuerlichen Beurteilung der Erbauseinandersetzung zugrunde zu legen. Eine so weitgehende Bindung an das Zivilrecht besteht indes nicht. Den Miterben steht es vielmehr frei, ob sie die Nachlassspaltung bei der Auseinandersetzung ihrer Gemeinschaften beachten. Sie können der zivilrechtlichen Nachlassspaltung folgen und jede Erbengemeinschaft getrennt auseinandersetzen. Dann kommt es für die ertragsteuerliche Beurteilung auf die jeweilige Auseinandersetzung an. Die Miterben können sich aber auch unter Einbeziehung beider bzw. aller Erbengemeinschaften in einem einheitlichen Vorgang in der Weise auseinandersetzen, dass sie sämtliche Nachlassgegenstände gleichzeitig vollständig unter sich verteilen. Ist dies – wie vorliegend – der Fall, so ist aber auch für die ertragsteuerliche Beurteilung, ob insgesamt eine neutrale Realteilung oder ob teilweise Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge anzunehmen sind, auf diesen einheitlichen Vorgang und auf den gesamten Nachlass abzustellen. Bei dieser Gestaltung erhalten die Miterben mehr Möglichkeiten, sich unter Einbeziehung sämtlicher Nachlassgegenstände steuerneutral auseinanderzusetzen, als wenn sie an die zivilrechtliche Nachlassspaltung gebunden wären. Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Sein Urteil kann deshalb keinen Bestand haben.

**20 3.** Die Sache ist nicht spruchreif. Von seinem Standpunkt aus zu Recht hat das FG bisher nicht vollständig festgestellt, wie sich die Miterben im Zuge der Auflösung der beiden Erbengemeinschaften auseinandergesetzt haben. Dies wird es im zweiten Rechtsgang nachholen müssen, um abschließend beurteilen zu können, inwieweit und ggf. bezüglich welcher Objekte dabei Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge verwirklicht worden sind.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Philipp Aigner**, M. Sc. (Oxford), Dachau

### 1. Zusammenfassung der Entscheidung

Der im Mai 1990 verstorbene Erblasser hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Der Nachlass umfasste Grundbesitz in der Bundesrepublik Deutschland sowie der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR). Die Erbfolge bezüglich des jeweiligen Grundbesitzes bestimmte sich nach dem Recht des Belegenheitsstaates. Diese Nachlassspaltung führte zu zwei Erbengemeinschaften mit denselben Miterben, jedoch unterschiedlichen Erbquoten. Die Miterben setzten sich dergestalt

auseinander, dass der Kläger bei – nach seiner Auffassung infolge getrennter Auseinandersetzung der beiden Erben-gemeinschaften zutreffender – isolierter Betrachtung des DDR-Nachlasses die dort belegene Immobilie entgeltlich erwarb. Denn er erhielt mehr als es dem Wert seines Erbteils entsprach und leistete hierfür eine Abfindung aus dem anderen Nachlass. Diese Abfindung wollte er als Anschaffungskosten im Wege der AfA bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen. Dem widersprach der BFH: Werden bei einer Nachlassspaltung die Erben-gemeinschaften wie hier statt in zwei getrennten Vorgängen in einem einheitlichen Vorgang auseinandergesetzt, sei für die ertragsteuerliche Beurteilung der Entgeltlichkeit auf den gesamten Nachlass abzustellen. Eine Bindung des Ertragsteuerrechts an das Zivilrecht (getrennte Betrachtung aufgrund Nachlassspaltung) bestehe insoweit nicht.

## 2. Relevanz der Entscheidung – Die Nachlassspaltung

Auch wenn die vom BFH entschiedene Auseinandersetzung bei innerdeutscher Nachlassspaltung ein Fall für die Rechtsgeschichte sein dürfte, wäre eine derartige Schlussfolgerung im Allgemeinen trotz der EuErbVO zu kurz gesprungen. Für alle ab dem 17.8.2015 eingetretenen Erbfälle umfasst das von der EuErbVO berufene Erbstatut zwar einheitlich die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen, sodass eine Nachlassspaltung möglichst nicht mehr eintreten soll. Jedoch bleibt eine vor dem Anwendungsstichtag erfolgte beschränkte Rechtswahl – zum Beispiel für in Deutschland belegenen Grundbesitz (Art. 25 Abs. 2 EGBGB a. F.) – gleichwohl wirksam, auch wenn der Erbfall nach dem Stichtag eintritt (Art. 82 Abs. 2 EuErbVO). Daneben kann es insbesondere bei Erbfällen mit Drittstaatsbezug aufgrund einer sog. „gespaltenen Rückverweisung“ nach Art. 34 Abs. 1 EuErbVO oder aufgrund vorrangig anzuwendender Staatsverträge, zum Beispiel im Verhältnis zur Türkei<sup>1</sup> und Russland<sup>2</sup>, weiterhin zu einer Nachlassspaltung kommen.<sup>3</sup> Für all diese Fälle eröffnet die Entscheidung des BFH der Beratungspraxis steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten für Erben-gemeinschaften.

## 3. Einordnung der Entscheidung

### a) Ertragsteuerliche Grundsätze der Auseinandersetzung einer Erben-gemeinschaft

Der Entscheidung zugrunde liegen die von Rechtsprechung und Finanzverwaltung entwickelten Grundsätze zur Auseinandersetzung einer Erben-gemeinschaft. Diese werden im Schreiben des BMF vom 14.3.2006<sup>4</sup> wie folgt konkretisiert:

1 Deutsch-türkischer Konsularvertrag, RGBl. 1930 II, S. 748.  
 2 Deutsch-sowjetischer Konsularvertrag, BGBl. 1959 II, S. 233.  
 3 Hausmann/Odersky/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2017, § 15 Rdnr. 8 ff., 76 ff.; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Scherer, 5. Aufl. 2018, § 33 Rdnr. 58 ff.  
 4 BMF, Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06, ZEV 2006, 154.

### aa) Auseinandersetzung ohne Abfindungszahlung (unentgeltlich)

Erfolgt die Auseinandersetzung eines Nachlasses durch Verteilung der einzelnen Nachlassgegenstände unter den Miterben (sog. Realteilung) ohne Zahlung von Abfindungen, ist die Aufteilung kein entgeltlicher Vorgang. Es handelt sich weder um einen Tausch von (Miteigentums-)Anteilen an den einzelnen Wirtschaftsgütern noch um einen Tausch eines Gesamthandsanteils gegen Alleineigentum an den zugeteilten Nachlassgegenständen. Es wird lediglich der gesetzliche Anspruch auf Auseinandersetzung der Erben-gemeinschaft erfüllt, was nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt. Durch eine Realteilung ohne Abfindungszahlung entstehen also weder ein Veräußerungsgewinn einerseits noch Anschaffungskosten andererseits.<sup>5</sup>

Enthält der Nachlass Betriebsvermögen, geht dieses entsprechend ohne Gewinnrealisierung auf den übernehmenden Miterben zum Buchwert über. Dies setzt voraus, dass der übernehmende Miterbe den geerbten Betrieb weiterführt (§ 6 Abs. 3 EStG)<sup>6</sup> oder die im Betriebsvermögen befindlichen übernommenen Nachlassgegenstände für einen anderen Betrieb verwendet (§ 6 Abs. 5 EStG).<sup>7</sup> Andernfalls handelt es sich um eine Betriebsaufgabe, infolge derer ein regelmäßig begünstigter Aufgabegewinn (§ 16 Abs. 3 Satz 1, § 34 EStG) entsteht.<sup>8</sup>

Enthält der Nachlass steuerverstricktes Privatvermögen, tritt der übernehmende Miterbe für die AfA in die Abschreibungsreihe des Erblassers ein (§ 11d Abs. 1 EStDV).<sup>9</sup> Hat der Erblasser die Immobilie wie in dem durch den BFH entschiedenen Fall bereits vollständig abgeschrieben, kann der Erbe keine weitere AfA als Werbungskosten von seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.

### bb) Auseinandersetzung mit Abfindungszahlung (entgeltlich)

Erhält bei einer Realteilung des Nachlasses ein Miterbe wertmäßig mehr, als ihm nach seiner Erbquote zusteht, muss er regelmäßig den Miterben hierfür eine Abfindung zahlen. Insoweit liegt ein entgeltliches Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft vor. Derjenige, der die Abfindung erhält, erzielt demnach einen Veräußerungserlös. Wird die Abfindung für Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens gewährt, ist der erzielte Veräußerungserlös grundsätzlich steuerbar. Handelt es sich hingegen um Privatvermögen, fällt Steuer nur bei Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 17 EStG bei Beteiligung von mindestens 1 %, andernfalls § 20 EStG; zu beachten ist auch § 22 UmwStG) und im Rahmen des § 23 EStG an. Liegen, wie im Urteilsfall, bei einer vermieteten Immobilie mehr als zehn Jahre zwischen Anschaffung durch den Erblasser und Auseinandersetzung des Nachlasses, ist die Ausgleichszahlung für den Abfindungs-

5 BMF, Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06 Tz. 10.  
 6 BMF, Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06 Tz. 32.  
 7 BMF, Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06 Tz. 10.  
 8 BMF, Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06 Tz. 11.  
 9 BMF, Schreiben vom 14.3.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06 Tz. 32.

empfänger (Veräußerer) steuerfrei. Gleichwohl entstehen beim zahlenden Miterben spiegelbildlich Anschaffungskosten, die sich steuermindernd auswirken – im Beispiel der Immobilie im Wege neuen AfA-Volumens oder anlässlich eines späteren Verkaufs. Rechtfertigung dafür ist, dass er für die Immobilie Vermögen außerhalb des Nachlasses aufwendet.

#### b) Einordnung der Entscheidung vor dem Hintergrund der dargestellten Grundsätze

Hier setzt nun das Urteil des BFH an: Handelt es sich um die *einheitliche* Auseinandersetzung eines Nachlasses (auch bei Nachlassspaltung möglich), wird kein Vermögen außerhalb des Nachlasses für den Erwerb aufgewendet – daher kein Anschaffungsvorgang (vgl. lit. a) aa)).

Handelt es sich hingegen um die *getrennte* Auseinandersetzung verschiedener Nachlässe infolge Nachlassspaltung mit Ausgleich zwischen den Nachlässen, wird Vermögen außerhalb eines Nachlasses für den Erwerb aufgewendet – daher Anschaffungsvorgang.

Ein solcher Anschaffungsvorgang und damit verbundener „AfA-Step-Up“ wurde dem Kläger im Besprechungsfall vom BFH verwehrt, da bei der erfolgten Auseinandersetzung beider Erbengemeinschaften in einem einheitlichen Vorgang die unter lit. a) aa) genannten Grundsätze greifen.

#### 4. Vergleich mit der Auseinandersetzung von Personengesellschaften

Nicht nur die Erbengemeinschaft, sondern auch andere Gesamthandsgemeinschaften können ertragsteuerlich im Wege der Realteilung auseinandergesetzt werden. Teilen beispielsweise die Gesellschafter einer Personengesellschaft mit Gewinneinkünften (sog. Mitunternehmerschaft) deren Wirtschaftsgüter untereinander auf, handelt es sich grundsätzlich um eine steuerbare Betriebsaufgabe (§ 16 Abs. 3 Satz 1 EStG). Jedoch unterbleibt eine Aufdeckung stiller Reserven, wenn die Gesellschafter die übernommenen Wirtschaftsgüter weiterhin betrieblich nutzen (§ 16 Abs. 3 Sätze 2 und 3 EStG). Übernimmt ein Gesellschafter dabei Wirtschaftsgüter, deren Verkehrswerte seinen Anteil am Gesamthandsvermögen übersteigen und leistet er hierfür einen Ausgleich aus eigenen Mitteln, erzielt der Zahlungsempfänger einen steuerbaren Veräußerungsgewinn.<sup>10</sup> Die für die Erbengemeinschaft dargestellten Grundsätze finden hier also entsprechende Anwendung.

Anderes gilt allerdings, wenn sich die Gesellschafter zweier personenidentischer (Schwester-)Personengesellschaften mit jeweils einem Betrieb so auseinandersetzen, dass jeder Gesellschafter einen Betrieb als Einzelunternehmen fortführt. In diesem Fall soll nach der Rechtsprechung des BFH keine unentgeltliche Realteilung, sondern eine Veräußerung

vorliegen.<sup>11</sup> Die beiden Personengesellschaften seien einkommensteuerrechtlich nicht als Einheit zu sehen.

Ob Rechtsprechung und Finanzverwaltung das Besprechungsurteil zum Anlass nehmen, in Zukunft auch die *einheitliche* Auseinandersetzung von Schwesterpersonengesellschaften entsprechend der einheitlichen Auseinandersetzung von Nachlässen mit Nachlassspaltung nicht als Veräußerung, sondern als unentgeltlichen Vorgang zu behandeln, ist allerdings zweifelhaft.

#### 5. Praxishinweise

Für die Praxis ist die Entscheidung erfreulich, da der BFH ausdrücklich einen Gestaltungsspielraum eröffnet:

Miterben sollten die aufgrund Nachlassspaltung entstandenen Erbengemeinschaften getrennt auseinandersetzen, wenn ihnen – wie im Besprechungsfall – ein Veräußerungs- bzw. Anschaffungsvorgang steuerlich vorteilhaft erscheint. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn keine Veräußerungsgewinnbesteuerung ausgelöst (Bsp.: Ablauf der zehnjährigen Haltefrist, Möglichkeit der Verrechnung mit Verlusten) und gleichzeitig neues AfA-Volumen geschaffen wird bzw. einen späteren Veräußerungsgewinn mindernde Anschaffungskosten entstehen. Die getrennte Auseinandersetzung sollte dann – anders als im Besprechungsfall – in separaten Urkunden und zeitlich voneinander getrennt erfolgen. Zivilrechtlich wird dies nur möglich sein, wenn die Beteiligten auch zivilrechtlich bereit sind, das „Gesamtpaket wieder aufzuschnüren“ und als selbstständige Vorgänge zu vereinbaren.

Erscheint den Miterben hingegen ein Veräußerungs- bzw. Anschaffungsvorgang steuerlich nachteilig, sollten sie die aufgrund Nachlassspaltung entstandenen Erbengemeinschaften einheitlich (jedenfalls in einer Urkunde) auseinandersetzen. Der Berater sollte deshalb vorab klären, welche Lösung sich für die Beteiligten steuerlich als günstiger gestaltet.

<sup>11</sup> BFH, Urteil vom 20.2.2003, III R 34/01, BFHE 201, 507; ebenso Blümich/Schallmoser, EStG, KStG, GewStG, Stand: Dezember 2018, § 16 Rdnr. 392; auch der neue Realteilungserlass erlaubt wohl keine andere Bewertung BMF, Schreiben vom 19.12.2018 Tz. 12.

<sup>10</sup> BMF, Schreiben vom 19.12.2018, IV C 6 – S 2242/07/10002: 004 Tz. 22 (Realteilungserlass).

## 28. Betrieb eines Blockheizkraftwerks – Wohnungseigentümergeinschaft als gewerbliche Mitunternehmerschaft

BFH, Urteil vom 20.9.2018, IV R 6/16 (Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.6.2013, 3 K 2306/11)

AO § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2  
EStG § 4 Abs. 4, § 9b Abs. 1, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2,  
Abs. 2

UStG § 15 Abs. 4

WEG § 10 Abs. 6, §§ 15, 16 Abs. 1, § 27

### LEITSÄTZE:

- Die Wohnungseigentümergeinschaft als Rechtssubjekt i. S. d. § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG kann eine gewerbliche Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG begründen, für die ein Feststellungsverfahren nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO durchzuführen ist.**
- Es bedarf nicht der Annahme einer konkludent errichteten GbR, wenn die gewerbliche Tätigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb des in § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG vorgegebenen Verbandszwecks liegt (hier bei dem Betrieb eines Blockheizkraftwerks).**

### SACHVERHALT:

**1** A. Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft der Wohnanlage (...) in (...) (WEG). Zur Wohnanlage gehören neben dem Reihenhaus der Kläger zehn weitere Reihenhäuser und ein Blockheizkraftwerk (BHKW).

**2** Die WEG bestellte nach Übergabe der Wohnanlage an die Eigentümer durch den Bauträger in einer Eigentümerversammlung Ende Juli 2009 die X-GmbH zum Verwalter der Wohnanlage. Daneben erteilte die WEG, vertreten durch den in dieser Versammlung gewählten Verwalterbeirat, der X-GmbH am 18.8.2009 eine Hausverwaltungsvollmacht. Mit Schreiben vom 17.2.2010 beantragte die X-GmbH beim FA A eine Steuernummer, da die WEG ein BHKW betreibe und Strom an Versorger gegen Entgelt zur Verfügung stelle. (...)

**3** In dem Stromeinspeisevertrag mit der M-GmbH vom 22.6.2010 ist die WEG als Vertragspartner aufgeführt. Dieser von der X-GmbH für die WEG unterschriebene Vertrag wurde rückwirkend zum 28.8.2009 abgeschlossen. In der Eigentümerversammlung vom 26.8.2010 wurde beschlossen, dass die Umsatzsteuererklärungen von einem selbstständigen Berater gefertigt und die Erträge aus der Einspeisung des Stroms aus dem BHKW in die Rücklage eingestellt werden sollen.

(...)

**5** Am 25.2.2011 ging beim FA die von der X-GmbH für die WEG abgegebene Feststellungserklärung für 2009 (Streitjahr) ein, in welcher die X-GmbH als Empfangsbevollmächtigte dieser Gemeinschaft genannt war. Im Mai 2011 teilte die X-GmbH dem FA mit, dass der selbstständige Buchhalter E von der WEG bezüglich des BHKW beauftragt worden sei, die erforderlichen Steuererklärungen für 2009 zu erstellen. Der Gewinn wurde für das BHKW nach § 4 Abs. 3 EStG durch Einnahmen-Überschussrechnung ermittelt. Im Juni 2011 teilte E dem FA mit, dass er das BHKW – zur Vermeidung einer kostenintensiven Ermittlung des Eigenverbrauchs – nicht voll dem unternehmerischen Bereich zugeordnet habe. Er habe den unternehmerischen Anteil auf 30 % geschätzt. Die Anschaffungskosten (AK) für das BHKW hätten sich auf 20.345 € einschließlich der Umsatzsteuer belaufen.

**6** Im Feststellungsbescheid 2009 vom 21.3.2011 stellte das FA die Besteuerungsgrundlagen erklärungsgemäß fest. Es wurden laufende Einkünfte der WEG aus dem Betrieb des BHKW in Höhe von./ 597,30 € festgestellt und jedem der elf Beteiligten ein Anteil in Höhe von./ 54,30 € zugewiesen. Der Gewinnermittlung lagen Betriebseinnahmen i. H. v. 520,22 € und Betriebsausgaben i. H. v. 1.117,50 € zugrunde. Das FA gab den Bescheid der X-GmbH als der gemeinsamen Empfangsbevollmächtigten sowie den Klägern einzeln bekannt.

**7** Hiergegen legten die Kläger Einspruch ein. Sie wandten sich gegen die unterlassene Erfassung der durch das BHKW produzierten und von den Wohnungseigentümern privat verbrauchten Mengen an Strom und Wärme. Die X-GmbH sei nicht befugt gewesen, das BHKW nur zu 30 % dem Betriebsvermögen zuzuordnen. Sie begehrten, die als Betriebsausgaben abzugsfähige Vorsteuer und Absetzung für Abnutzung (AfA) aus den gesamten AK des BHKW auf Basis einer zehnjährigen Nutzungsdauer zu ermitteln. Nach ihrer Auffassung hätten die laufenden Einkünfte./ 2.209,32 € betragen. Das FA zog die WEG zum Einspruchsverfahren hinzu und wies den Rechtsbehelf unter teilweiser Änderung der Besteuerungsgrundlagen mit Einspruchsentscheidung vom 11.10.2011 im Übrigen als unbegründet zurück. Die X-GmbH sei befugt gewesen, den Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung zu ermitteln und das BHKW dem steuerrechtlichen Privatvermögen zuzuordnen. Das FA berücksichtigte jedoch – anders als im Ausgangsbescheid – mangels Zuflusses im Streitjahr keine Betriebseinnahmen. Es änderte auch die Betriebsausgaben. Bei der AfA auf das BHKW nahm es nur noch eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von 10 – anstelle von bisher 15 – Jahren an. Zudem werde das BHKW nur zu 25 % für betriebliche Zwecke genutzt. Es ermittelte danach einen abzugsfähigen AfA-Betrag i. H. v. 178 € (= AK netto 17.096,64 € x 1/10 x 5/12 x 25 %) und eine abzugsfähige Vorsteuer aus der Anschaffung des BHKW i. H. v. 812 € (= AK netto 17.096,64 € x 19 % x 25 %). Es stellte für die WEG laufende Einkünfte in Höhe von./ 990 € fest und rechnete jedem der elf Beteiligten einen Anteil in Höhe von./ 90 € zu.

**8** Die dagegen von den Klägern erhobene Klage wies das FG im ersten Rechtsgang als unzulässig ab. Die Klagebefugnis habe allein der X-GmbH nach § 48 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 FGO als Klagebevollmächtigte der WEG zugestanden. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger hob der Senat das FG-Urteil mit Beschluss vom 19.12.2013 (...) und verwies die Sache an das FG zurück, weil die Klage zulässig gewesen sei.

**9** Im zweiten Rechtsgang wies das FG die Klage mit Urteil vom 15.1.2015 (...) berichtigt durch Beschluss vom 27.2.2015 – als unbegründet ab. Es lud den neuen Verwalter der WEG – die Y-GmbH – als Empfangsbevollmächtigte zum Klageverfahren bei. Zur Begründung führte das FG aus, die WEG selbst und nicht eine neben ihr errichtete GbR sei Betreiber des BHKW gewesen. Aus der Möglichkeit, Gebrauchsregeln i. S. d. § 15 WEG zu treffen, ergebe sich, dass die Mitglieder einer solchen Gemeinschaft unternehmerisch tätig sein könnten. Außerdem habe die Erzeugung und Vermarktung des Stroms zu den Verwaltungsangelegenheiten der WEG nach § 10 Abs. 6 WEG gehört. Eine GbR könne zwar auch konkludent errichtet werden. Hierfür bestünden im Streitfall aber keine Anhaltspunkte. Zutreffend seien auch die Höhe der laufenden Einkünfte und der Anteil der Kläger daran festgestellt worden. Insbesondere habe das FA zu Recht eine betriebliche Nutzung des BHKW in Höhe von 25 % angenommen. Das BHKW produziere nach den Leistungsangaben auf dem Datenblatt eine elektrische Leistung von 4,7 bis 4,4 kW und eine thermische Leistung von 12,5 bis 11,8 kW. Danach liege der betriebliche Nutzungsanteil bei einem Wirkungsgrad von 90 % zwischen 24,59 bis 24,44 %.

**10** Zur Begründung ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen und formellen Rechts.

**11** Sie beantragen,

das FG-Urteil sowie den Feststellungsbescheid 2009 vom 21.3.2011 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung vom 11.10.2011 aufzuheben,

hilfsweise das FG-Urteil aufzuheben und die angegriffenen Bescheide dahin gehend zu ändern, dass der laufende Gewinn der WEG unter Beachtung der von den Klägern erhobenen Einwände entsprechend niedriger festgestellt wird.

**12** Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**13 A.** Die Revision der Kläger ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

(...)

**19 III.** Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft als Rechtssubjekt i. S. d. § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG eine gewerbliche Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG begründen kann, für die ein Feststellungsverfahren nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO durchzuführen ist.

**20 1.** Nach § 179 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO werden gesondert und einheitlich festgestellt die körperschaft- und einkommensteuerpflichtigen Einkünfte, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt und die Einkünfte diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind. Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann erfüllt, wenn ein Gewerbebetrieb von mehreren Personen als Unternehmer (Mitunternehmer) i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG geführt wird (zum Beispiel BFH, Urteil vom 13.7.2017, IV R 41/14, BFHE 258, 459 = BStBl. II 2017, S. 1133 Rdnr. 19). Für ein nach § 1 Abs. 1 KStG steuerpflichtiges Gebilde hat hingegen ein Feststellungsverfahren mangels gemeinschaftlicher Tatbestandsverwirklichung zu unterbleiben (Hübschmann/Hepp/Spitaler/Söhn, AO FGO, § 180 AO Rdnr. 175 f.).

**21** Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb unter anderem die Gewinnanteile der Gesellschafter einer OHG, einer KG und einer anderen Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Mitunternehmer des Betriebs anzusehen ist (Mitunternehmerschaft). Der BFH legt diese Vorschrift in ständiger Rechtsprechung dahin gehend aus, dass eine Mitunternehmerschaft steuerlich nur durch ein Gesellschaftsverhältnis oder ein wirtschaftlich vergleichbares Gemeinschaftsverhältnis begründet wird, das den Mitunternehmern ein Unternehmerrisiko auferlegt und Unternehmerinitiative einräumt (zum Beispiel BFH, Urteil vom 25.9.2008, IV R 16/07, BFHE 224, 490 = BStBl. II 2009, S. 989, unter II. 2. m. w. N.).

**22 2.** Die Wohnungseigentümergeinschaft kann ein dem Gesellschaftsverhältnis wirtschaftlich vergleichbares Gemeinschaftsverhältnis i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sein, welches den Wohnungseigentümern (Mitgliedern) nach dem gesetzlichen Regelstatut eine Mitunternehmerstellung einräumt.

**23 a)** Der BFH hat bereits für den Fall der Vermietung des Sondereigentums auf Grundlage einer Gebrauchsregelung nach § 15 WEG entschieden, dass die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft gemeinschaftlich unternehmerisch tätig sein können, ohne dass sie sich dazu zusätzlich zu

einer GbR zusammenschließen müssten. Dies gelte unabhängig davon, ob diese Gemeinschaft als Bruchteilsgemeinschaft oder – wegen ihrer höheren Organisationsform – als vereinsähnliches Gebilde anzusehen sei. Denn das Gesetz verweise hinsichtlich der Zuordnung der gemeinsamen Einkünfte auf die für Bruchteilsgemeinschaften geltende Regelung (§ 16 Abs. 1 WEG, § 743 Abs. 1 BGB; BFH, Urteil vom 10.4.1997, IV R 73/94, BFHE 183, 127 = BStBl. II 1997, S. 569 unter 1. b), zur Wohnungseigentümergeinschaft als Besitzunternehmen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung). An dieser Möglichkeit der gemeinschaftlichen Einkünfteerzielung hat sich durch den Beschluss des BGH vom 2.6.2005, V ZB 32/05 (BGHZ 163, 154) und den mit Wirkung zum 1.7.2007 eingefügten – diesen BGH-Beschluss bestätigenden – § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG (vgl. Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. 2007 I, S. 370) nichts geändert (gleicher A. *Kahlen*, ZMR 2006, 838, 840). § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG bestimmt zwar, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen kann. Diese Teilrechtsfähigkeit führt aber nicht dazu, dass die Wohnungseigentümergeinschaft ein nach § 1 Abs. 1 KStG steuerpflichtiges Gebilde ist. Auch wenn sie ein sich von der GbR in wesentlichen Punkten unterscheidender, Elemente verschiedener Verbandstypen vereinigender „Verband sui generis“ ist (BGH-Beschluss in BGHZ 163, 154 unter III. 8. c); Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 10 Rdnr. 201 f.) und sich damit zivilrechtlich keinem bestehenden Typus einer Personengesellschaft oder juristischen Person zuordnen lässt (*Krampen-Lietzke*, RNotZ 2013, 575, 576), unterfällt die Wohnungseigentümergeinschaft keinem der in § 1 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 KStG genannten Körperschaftsteuersubjekte.

**24 b)** Vielmehr sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft, die gemeinschaftlich unternehmerisch tätig werden, nach dem gesetzlichen Regelstatut als Mitunternehmer i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzusehen. Sie entfalten kumulativ Mitunternehmerinitiative und tragen Mitunternehmerisiko (zu diesen beiden Merkmalen zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 258, 459 = BStBl. II 2017, S. 1133 Rdnr. 20, m. w. N.).

**25 aa)** Die Wohnungseigentümer können das Merkmal der Mitunternehmerinitiative erfüllen. Sie sind es, die nach § 20 Abs. 1, § 21 Abs. 1 WEG die eigentlichen Herren und Träger der Verwaltung sind und bleiben (vgl. Bärmann/Becker, WEG, § 27 Rdnr. 5), auch wenn ein Verwalter nach § 26 WEG bestellt ist. Denn der Verwalter ist ein weisungsgebundener Sachwalter fremden Vermögens und daher stets den rechtmäßigen Weisungen der Wohnungseigentümer unterworfen (MünchKomm-BGB/Engelhardt, 7. Aufl., § 27 WEG Rdnr. 1). Daneben stehen den Wohnungseigentümern ausreichende Stimm- (§ 23 WEG) und Kontrollrechte (zum Beispiel § 24 Abs. 6, § 28 Abs. 4 WEG) zu.

**26 bb)** Ebenso können die Wohnungseigentümer Mitunternehmerisiko tragen. Sie sind – anknüpfend an die Regelungen über die Bruchteilsgemeinschaft (§ 743 Abs. 1 BGB) – nach § 16 Abs. 1 WEG anteilig am Gewinn und Verlust der



Wohnungseigentümergeinschaft beteiligt. Dies gilt unabhängig davon, ob das zur Erzielung der Einkünfte eingesetzte Vermögen gemeinschaftliches Eigentum der Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 1 WEG) oder Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG) ist. Für die Einkünfte aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergibt sich dies unmittelbar aus § 13 Abs. 2 Satz 2, § 16 Abs. 1 WEG, wonach jedem Wohnungseigentümer ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Nutzungen des gemeinschaftlichen Eigentums zusteht. Ebenso werden die Einkünfte aus dem Verwaltungsvermögen wie Nutzungen des gemeinschaftlichen Eigentums i. S. d. § 16 Abs. 1 WEG behandelt, sodass auch diese den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zustehen (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2013, V ZR 271/12, Rdnr. 7; BeckOK-WEG/Timme, § 16 Rdnr. 6). Daneben haftet nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG jeder Wohnungseigentümer einem Gläubiger nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils (§ 16 Abs. 1 Satz 2 WEG) für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft (quotale Außenhaftung mit eigenem Vermögen).

**27 IV.** Zutreffend hat das FG entschieden, dass im Streitfall das Feststellungsverfahren für die WEG und nicht für eine personengleiche GbR durchzuführen ist (dazu 1. und 2.). Auf dieses Feststellungsverfahren kann nicht nach § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AO verzichtet werden (dazu 3.).

**28 1.** Das Feststellungsverfahren ist für diejenige Mitunternehmerschaft durchzuführen, die zivilrechtlich errichtet wurde, um die entsprechende gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 2 EStG auszuüben. Im Streitfall ist dies die WEG als mitunternehmerische Personenmehrheit selbst und kein daneben bestehender Zusammenschluss der Wohnungseigentümer zu einer GbR.

**29 a)** Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Rechtsfähigkeit einer Wohnungseigentümergeinschaft nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen (BGH, Urteil vom 18.3.2016, V ZR 75/15, Rdnr. 27 m. w. N.); hiernach markiert § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG die Grenze ihrer Rechtsfähigkeit (weiter gehend für uneingeschränkte Rechtsfähigkeit zum Beispiel Bärmann/Suilmann, WEG, § 10 Rdnr. 210; Weber, ZWE 2017, 68, 69). Nach Maßgabe dieses zivilrechtlichen Vorverständnisses ist das Feststellungsverfahren jedenfalls dann für die am Rechtsverkehr teilnehmende Wohnungseigentümergeinschaft durchzuführen, wenn sie innerhalb ihres in § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG vorgegebenen Verbandszwecks tätig wird. Denn eine unternehmerische Tätigkeit innerhalb des Verbandszwecks schließt es ohne anderslautende Vereinbarungen der Wohnungseigentümer aus, dass die Mitglieder einer derartigen Gemeinschaft in der Rechtsform einer daneben bestehenden Gesellschaft tätig geworden sind. Dabei wird ein Überschreiten des Verbandszwecks im Hinblick auf den weiten Verwaltungsbegriff und das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs erst dann anzunehmen sein, wenn offenkundig kein Verwaltungshandeln mehr gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 18.3.2016, V ZR 75/15, Rdnr. 27). Dies ist regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn das Verwaltungshandeln ein völlig

untergeordneter Nebenzweck ist (vgl. Weber, ZWE 2017, 68, 70).

**30 b)** Auch die Erzeugung und Vermarktung von Strom durch eine Wohnungseigentümergeinschaft kann innerhalb ihres Verbandszwecks liegen. Zwar geht ein derartiges Handeln über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus, soweit Wohnungseigentümergeinschaften nicht dazu bestimmt sind, Wirtschaftsgüter zu vermarkten und als Unternehmen am Wirtschaftsleben teilzunehmen (Suilmann, ZWE 2014, 302, 304). Gleichwohl ist es der Wohnungseigentümergeinschaft mit Blick auf den weiten Verwaltungsbegriff nicht von vornherein verwehrt, durch den Betrieb eines BHKW als Stromerzeugerin gewerblich tätig zu sein (so im Ergebnis auch Richter/Haats, Infrastrukturrecht 2011, 125, 127; Schmidt, Neue Wirtschafts-Briefe 2012, 1140, 1146; Krampen-Lietzke, RNotZ 2013, 575, 595; Suilmann, ZWE 2014, 302, 303; a. A. wohl die Finanzverwaltung). Dies gilt jedenfalls dann, wenn das BHKW vornehmlich der Erzeugung von Wärme für das Wohnungseigentum dient und der zusätzlich erzeugte Strom ein zwangsläufig entstehendes Nebenprodukt ist. Ob sich eine Wohnungseigentümergeinschaft mit einer gewerblichen Tätigkeit noch innerhalb ihres Verbandszwecks bewegt, hat das FG unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

**31 2.** Nach diesen Maßstäben ist die Würdigung des FG, dass es im Streitfall zivilrechtlich keiner neben der WEG gegründeten GbR bedurfte und eine solche von den Wohnungseigentümern auch nicht freiwillig errichtet worden ist, frei von Rechtsfehlern.

**32 a)** Da zwischen den Beteiligten zu Recht nicht in Streit steht, dass die Erzeugung und Vermarktung des Stroms eine gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 2 EStG ist (dazu BFH, Urteil vom 7.2.2018, X R 10/16, BFHE 260, 490 = BStBl. II 2018, S. 630 Rdnr. 43 ff.), sieht der Senat insoweit von weiteren Ausführungen ab.

**33 b)** Auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH, wonach die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht uneingeschränkt ist, besteht im Streitfall zivilrechtlich kein Anlass, für den Betrieb des BHKW eine ggf. konkludent errichtete GbR anzunehmen.

**34** Das FG ist aufgrund einer möglichen und damit für den Senat bindenden Tatsachenwürdigung (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) zu dem Ergebnis gekommen, dass der Betrieb des BHKW und die damit einhergehende Erzeugung und Vermarktung des Stroms vom Verbandszweck des § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG gedeckt ist.

**35** Nach den Feststellungen des FG dient das BHKW im Streitfall als integraler Bestandteil der Heizungsanlage überwiegend der Beheizung und damit der Wohnanlage selbst und nicht in erster Linie der Stromerzeugung, weil das BHKW zu 3/4 Energie in Form von Wärme und nur zu 1/4 Energie in Form von Strom gewinnt. Das FG hat hieraus geschlossen, dass die Stromeinspeisung in das Netz gegen Entgelt von untergeordneter Bedeutung gewesen sei. Diese Tatsachenwürdigung ist nicht nur möglich, sondern gut vertretbar; sie verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass für Zwecke

des Vorsteuerabzugs aus der Lieferung des BHKW ein anderer Aufteilungsmaßstab gewählt werden muss

**36 c)** Das FG ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auch davon ausgegangen, dass sich die Wohnungseigentümer im Streitfall auch nicht freiwillig zu einer GbR zusammengeschlossen haben.

**37 aa)** Das FG hat für den Senat bindend festgestellt, dass der Stromeinspeisevertrag mit der M-GmbH von der WEG, vertreten durch den Verwalter, abgeschlossen wurde. Damit ist die WEG entsprechend den Anforderungen des § 10 Abs. 6 Satz 4 WEG als teilrechtsfähiger Verband nach außen im eigenen Namen und für eigene Rechnung aufgetreten. Schon dies spricht gegen einen neben der WEG bestehenden freiwilligen Zusammenschluss zu einer GbR.

**38 bb)** Die Wohnungseigentümer haben sich nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG für den Betrieb des BHKW auch nicht im Wege einer konkludenten oder ausdrücklichen Vereinbarung freiwillig zu einer GbR zusammengeschlossen. Soweit die Kläger in ihrer Revisionsbegründung ausführen, dass mittlerweile auch die anderen Wohnungseigentümer davon ausgingen, der Betrieb des BHKW sei im Rahmen einer GbR erfolgt, liegt hierin keine ordnungsgemäß erhobene Verfahrensrüge.

**39 d)** Anhaltspunkte dafür, dass die Mitglieder der WEG – darunter die Kläger – im Rahmen des streitbefangenen Betriebs eines BHKW keine Mitunternehmer sind, bestehen nicht.

**40 3.** Das Feststellungsverfahren ist nicht gemäß § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AO wegen geringer Bedeutung entbehrlich.

**41** Ein Fall von geringer Bedeutung liegt vor, wenn leicht überschaubare Verhältnisse zu beurteilen sind (BFH, Urteil vom 9.6.2015, X R 38/12, Rdnr. 32). Diese Voraussetzungen sind nach Ansicht der Finanzverwaltung bei einer Wohnungseigentümergeinschaft zum Beispiel dann gegeben, wenn Zinsen aus der Anlage der Instandhaltungsrücklage erzielt werden (Schreiben des BFM vom 20.12.2012, IV C 1 – S 2401/08/10001:008, BStBl. I 2013, S. 36 Tz 18; vgl. auch *Kahlen*, ZMR 2006, 838, 840). Bei einem Fall von geringer Bedeutung hat das Feststellungsverfahren zu unterbleiben (BFH, Urteil vom 12.4.2016, VIII R 24/13, Rdnr. 15). Ein solcher Fall ist hier aber schon deshalb nicht gegeben, weil die Kläger von vornherein bestritten haben, dass das FA das Feststellungsverfahren für das zutreffende Gewinnermittlungssubjekt durchgeführt hat.

**42 V.** Auch wenn nach Auffassung des Senats die Abgabe der Feststellungserklärung 2009 durch eine unbefugte Person keine Auswirkungen auf die inhaltliche Richtigkeit des angegriffenen Feststellungsbescheides 2009 hat, weist der Senat darauf hin, dass die X-GmbH zur Abgabe dieser Erklärung befugt war.

**43 1.** Die X-GmbH gehört zu den nach § 181 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4, § 34 Abs. 1 AO erklärungsspflichtigen Personen. Sie hat mit Abgabe der Feststellungserklärung 2009 keine fremde, sondern als Organ der WEG eine eigene Erklärungspflicht erfüllt.

**44 a)** Nach § 181 Abs. 2 Satz 2 AO sind in den Fällen des § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO erklärungsspflichtig jeder Feststellungsbeteiligte, dem ein Anteil an den einkommensteuerpflichtigen oder körperschaftsteuerpflichtigen Einkünften zuzurechnen ist (Nr. 1) und die in § 34 AO bezeichneten Personen (Nr. 4). Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 AO haben die gesetzlichen Vertreter natürlicher und juristischer Personen und die Geschäftsführer von nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen deren steuerliche Pflichten zu erfüllen.

**45** Mit der Bezeichnung „nicht rechtsfähig“ sind solche Personenvereinigungen und Vermögensmassen gemeint, die keine juristischen Personen sind, aber Träger steuerrechtlicher Rechte und Pflichten (wie zum Beispiel OHG, KG, GbR) sein können (Hübschmann/Hepp/Spitaler/Boeker, AO FGO, § 34 AO Rdnr. 32; Tipke/Kruse/Loose, AO FGO, § 34 AO Rdnr. 10). Der Begriff „Geschäftsführer“ ist nicht i. S. d. BGB oder des HGB zu verstehen. Er regelt das Verhältnis zur Finanzbehörde (Hübschmann/Hepp/Spitaler/Boeker, AO FGO, § 34 AO Rdnr. 35; Beermann/Gosch/Jatzke, AO, § 34 Rdnr. 14). Gemeint sind damit – unabhängig von der Bezeichnung – alle Personen, die dazu berufen sind, die Geschäfte von nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen zu führen (Hübschmann/Hepp/Spitaler/Boeker, AO FGO, § 34 AO Rdnr. 35; Beermann/Gosch/Jatzke, AO, § 34 Rdnr. 14). Zu diesen Personen können auch die von der Wohnungseigentümergeinschaft bestellten Verwalter gehören (vgl. § 23, § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verwalter gegenüber den Finanzbehörden in den Grenzen des § 10 Abs. 6 Satz 1, § 27 WEG als geschäftsführungs- und vertretungsberechtigtes Organ auftritt.

**46 b)** So verhält es sich im Streitfall.

**47 aa)** Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG wurde in der Wohnungseigentümersammlung am 31.7.2009 die X-GmbH – wie es § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG vorsieht – mit Mehrheitsbeschluss zum Verwalter bestellt. Einer einstimmigen Beschlussfassung bedurfte es – anders als bei einer GbR – gerade nicht. § 27 Abs. 3 Satz 1 WEG normiert eine gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters als Organ der Wohnungseigentümergeinschaft, auch wenn diese Vorschrift dem Verwalter keine umfassende Vertretungsmacht einräumt (Bärmann/Becker, WEG, § 27 Rdnr. 187). Allerdings lässt sich nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG der Umfang der Vertretungsmacht durch Vereinbarung oder Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit erweitern. Auch hierbei handelt es sich um einen Fall der gesetzlichen Vertretungsmacht (Bärmann/Becker, WEG, § 27 Rdnr. 253). Zugleich steht dem Verwalter im Umfang der eingeräumten gesetzlichen Vertretungsmacht eine entsprechende Geschäftsführungsbefugnis zu (Bärmann/Becker, WEG, § 27 Rdnr. 1 m. w. N.).

**48 bb)** Die X-GmbH hat sich im Rahmen ihrer gesetzlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht bewegt.

**49** Dabei kann dahinstehen, ob der Vortrag der Kläger zutrifft, wonach die der X-GmbH von den Mitgliedern des Verwaltungsbeirats erteilte Ermächtigung – die Hausverwaltungsvollmacht vom 18.8.2009 – zunächst unwirksam war, weil der

Verwaltungsbeirat hierzu nicht durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer nach § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG ermächtigt war (vgl. Bärmann/Becker, WEG, § 29 Rdnr. 90). Nach dieser Vollmacht wäre die X-GmbH befugt gewesen, die WEG gegenüber den zuständigen Behörden, damit auch gegenüber den Finanzbehörden zu vertreten (vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG).

**50** Jedenfalls erfolgte eine ausreichende Ermächtigung der X-GmbH in der Eigentümerversammlung am 26.8.2010 und damit noch vor Abgabe der Feststellungserklärung 2009. Dort wurde mehrheitlich beschlossen, dass die Umsatzsteuererklärungen von einem selbständigen Berater gefertigt und die Erträge aus der Einspeisung des Stroms aus dem BHKW in die Rücklage eingestellt werden sollen. Hieraus ergibt sich, dass die Wohnungseigentümer die steuerlichen Pflichten gegenüber den Finanzbehörden im Zusammenhang mit dem BHKW – auch wenn in dem Beschluss ausdrücklich nur die Umsatzsteuererklärungen genannt sind – nicht selbst erfüllen wollten. Eine andere Auslegung erscheint dem Senat lebensfremd. In diesem Sinne hat auch die X-GmbH die Ermächtigung verstanden. Sie hat dem FA im Juni 2011 mitgeteilt, dass die Steuererklärungen von E abgegeben werden. Zudem wird (nochmals) deutlich, dass die Wohnungseigentümer den Betrieb des BHKW als eine in den Zuständigkeitsbereich der X-GmbH fallende Verwaltungsangelegenheit betrachtet haben. So sollen die Erträge aus der Stromeinspeisung in die „Rücklage“ – damit ist offensichtlich die Instandhaltungsrückstellung nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG gemeint – eingestellt werden. Diese „Rücklage“ gehört zum Verwaltungsvermögen, das nach § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG der WEG zusteht (Bärmann/Merle, WEG, § 21 Rdnr. 146).

**51** 2. Die X-GmbH hat im Übrigen – entgegen der Auffassung der Kläger – mit der Abgabe der Feststellungserklärung nicht gegen § 2 StBerG verstoßen.

**52** Nach § 2 Satz 1 StBerG darf die Hilfeleistung in Steuer-sachen geschäftsmäßig nur von Personen und Vereinigungen ausgeübt werden, die hierzu befugt sind. Die Erledigung eigener Steuerangelegenheiten stellt hingegen keine Hilfeleistung in Steuersachen dar (BFH, Beschluss vom 8.10.2010, II B 111/10, Rdnr. 16 m. w. N.). Mit der Abgabe einer Feststellungserklärung durch ein hierzu befugtes Organ des Gewinnermittlungssubjekts wird – so wie hier – eine eigene und keine fremde Steuerangelegenheit besorgt. Dem steht auch nicht das BFH, Urteil vom 10.3.2015, VII R 12/14 (BFHE 249, 572 = BStBl. II 2016, S. 246) entgegen. Diesem Urteil liegt offensichtlich ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dort war die Abgabe einer Feststellungserklärung durch einen von einer Grundstücksgemeinschaft (nicht Wohnungseigentümergeinschaft) rechtsgeschäftlich bestellten Hausverwalter zu beurteilen. Ein derartiger Hausverwalter ist nicht Organ der Grundstücksgemeinschaft i. S. des § 34 Abs. 1 AO.

**53** VI. Gleichwohl ist die Vorentscheidung aufzuheben. Denn die Höhe der vom FA und FG als Betriebsausgaben berücksichtigten Vorsteuern aus der Lieferung des BHKW hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

**54** 1. Nach § 9b Abs. 1 EStG gehört der Vorsteuerbetrag nach § 15 UStG, soweit er bei der Umsatzsteuer abgezogen wer-

den kann, nicht zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsguts, auf dessen Anschaffung oder Herstellung er entfällt. Wird ein Gegenstand angeschafft, der zur Erzielung gewerblicher Einkünfte genutzt werden soll, ist die dem Unternehmer in Rechnung gestellte abzugsfähige Umsatzsteuer (Vorsteuer) bei der Einnahmen-Überschussrechnung im Jahr ihrer Zahlung als Betriebsausgabe gemäß § 4 Abs. 4 EStG abziehbar. Ob ein Vorsteuerbetrag abgezogen werden kann, richtet sich allein nach dem Umsatzsteuerrecht (BFH, Urteil vom 25.1.1994, IX R 97, 98/90, BFHE 174, 386 = BStBl. II 1994, S. 738 unter 2. a), d. h. nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, §§ 14, 14a UStG.

**55** a) Bei gemischter Verwendung (zur Ausführung teils steuerpflichtiger, teils steuerfreier Umsätze ohne Vorsteuerabzug) des gelieferten Gegenstandes im unternehmerischen (steuerbaren) Bereich sind die Vorsteuern nach § 15 Abs. 4 UStG aufzuteilen (Bunjes/Heidner, UStG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 355). Nach § 15 Abs. 4 UStG ist eine wirtschaftliche Zuordnung der Umsätze vorzunehmen (Satz 1). Der Unternehmer kann die nicht abziehbaren Teilbeträge im Wege einer sachgerechten Schätzung ermitteln (Satz 2). Eine Aufteilung nach dem sog. Umsatzschlüssel ist nur zulässig, wenn keine andere wirtschaftliche Zuordnung möglich ist (Satz 3).

**56** b) Für den Streitfall bedeutet dies:

Soweit die WEG – was nahe liegt – von vornherein beabsichtigt haben sollte, die Wärmelieferungen an die Wohnungs- und Teileigentümer entgeltlich zu erbringen (zum Beispiel gegen Selbstkosten), käme § 15 Abs. 4 UStG unmittelbar zur Anwendung. Die Lieferung des Stroms an die M-GmbH stellt eine steuerbare und -pflichtige Lieferung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG dar (vgl. BFH-Urteile vom 18.12.2008, V R 80/07, BFHE 225, 163 = BStBl. II 2011, S. 292 Rdnr. 24 ff.; vom 12.12.2012, XI R 3/10, BFHE 239, 377 = BStBl. II 2014, S. 809 Rdnr. 16; siehe auch EuGH, Urteil vom 20.6.2013, FA Freistadt Rohrbach Urfahr, C-219/12, ECLI: EU: C:2013:413 Rdnr. 16 ff.), während die steuerbare Lieferung der Wärme an die Wohnungs- und Teileigentümer nach § 4 Nr. 13 UStG steuerfrei wäre und nicht zum Vorsteuerabzug berechtigte.

**57** Soweit die WEG von vornherein beabsichtigt haben sollte, das BHKW zu 70 % für unentgeltliche Wärmelieferungen an die Wohnungs- und Teileigentümer zu verwenden, würde im Ergebnis für die Aufteilung Gleiches gelten. Beabsichtigt nämlich der Unternehmer bereits bei Leistungsbezug, die bezogene Leistung nicht für seine wirtschaftliche Tätigkeit, sondern ausschließlich für eine unentgeltliche Entnahme i. S. v. § 3 Abs. 1b Satz 1 Nrn. 1 bis 3 UStG (vgl. BFH, Urteil vom 31.5.2017, XI R 2/14, BFHE 258, 191 = BStBl. II 2017, S. 1024) zu verwenden, ist er insoweit nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt (vgl. BFH, Urteil vom 13.1.2011, V R 12/08, BFHE 232, 261 = BStBl. II 2012, S. 61 Rdnr. 26).

**58** 2. a) Im Streitfall sind das FA und das FG zwar zu Recht davon ausgegangen, dass die WEG als Stromerzeugerin Unternehmerin i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG ist. Weiter haben FA und FG (stillschweigend) unterstellt, dass die WEG das BHKW, soweit Strom erzeugt und vermarktet wird, für ihr Unternehmen bezogen hat. Als Maßstab für die Aufteilung der Vorsteuer haben sie – wie bei der Ermittlung des abzugsfähigen

gen AfA-Betrags – jedoch die Leistungsdaten aus dem Datenblatt herangezogen und eine umsatzsteuerpflichtige Nutzung in Höhe von 25 % zugrunde gelegt; danach hat die abzugsfähige Betriebsausgabe 812 € (= AK netto 17.096,64 € x 19 % x 25 %) betragen.

**59** b) Dieser Aufteilungsmaßstab hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

**60** Die im Streitfall erfolgte Aufteilung der Vorsteuer nach dem Verhältnis der auf dem Datenblatt angegebenen Strom- und Wärmemengen in kWh verstößt gegen § 15 Abs. 4 UStG. Denn bei gebotener wirtschaftlicher Zuordnung der Umsätze ist die Aufteilung nach dem Verhältnis der im Streitjahr bestehenden Marktpreise für Strom und Wärme vorzunehmen (BFH, Urteil vom 16.11.2016, V R 1/15, BFHE 255, 354 Rdnr. 23 ff.). Entscheidend hierfür ist, dass sich die erzeugten Produkte Wärme und Strom erheblich voneinander unterscheiden. Zur weiteren Begründung verweist der Senat auf das BFH-Urteil in BFHE 255, 354 (Rdnr. 23 ff.).

**61** VII. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat aus seiner Sicht zu Recht keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, wie hoch die Marktpreise für eine kWh-Strom und eine kWh-Wärme im Streitjahr waren. Dem FG wird Gelegenheit gegeben, die unter VI. 1. b) angesprochene umsatzsteuerrechtliche Einordnung vorzunehmen und die dazu erforderlichen Feststellungen nunmehr nachzuholen.

(...)

**66** 2. Betreffend die Gewinnermittlung weist der Senat auf Folgendes hin: Die WEG hat ihren Gewinn zutreffend nach § 4 Abs. 3 Satz 1 EStG ermittelt. Sie gehört zu dem in dieser Vorschrift genannten Personenkreis. Mangels Kaufmannseigenschaft besteht keine Buchführungspflicht gemäß § 140 AO i. V. m. § 238 HGB. Offensichtlich ist auch keine Buchführungspflicht gemäß § 140 AO i. V. m. § 6b EnWG n. F. (vormals § 10 EnWG a. F.) gegeben. Nach dieser Vorschrift müssen vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen i. S. d. § 3 Nr. 38 EnWG, rechtlich selbstständige Netzbetreiber (vgl. § 3 Nr. 27 EnWG) sowie Betreiber von Speichereinrichtungen (vgl. § 3 Nr. 9, Nr. 31 EnWG) einen Jahresabschluss aufstellen. Es fehlt jeglicher substantiierte Vortrag, weshalb eine Wohnungseigentümergeinschaft ein derartiges Unternehmen sein soll. Im Übrigen wurde das Gewinnermittlungswahlrecht wirksam durch die X-GmbH und E zugunsten der Einnahmen-Überschussrechnung ausgeübt. Sie haben in dieser Frage die WEG wirksam vertreten (siehe oben V. 1. b) bb)).

(...)

# SONSTIGES

## TAGUNGSBERICHT

### Gesellschaftsgründung

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 28.1.2019

Von Notarassessor **Thomas Winkelmann**, Arnstorf

Am 28.1.2019 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2018/19 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Gesellschaftsgründung“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Notar Dr. *Christoph Suttmann*, Hof, und Professor Dr. *Peter Ries*, Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin, und Richter am AG Charlottenburg – Registergericht, vor und übergab das Wort zunächst an *Suttmann*.

Den Fokus seines Referats zum Thema „Gründung – Problemschwerpunkte in der Beratungspraxis“ richtete *Suttmann* auf die Gründung einer GmbH. Die Beurkundungspflicht nach § 2 Abs. 1 GmbHG diene der Rechtssicherheit und der Richtigkeitsgewähr und habe darüber hinaus Warn- und Belehrungsfunktion. Das Formerfordernis werde dabei auch durch die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars nach § 17 BeurkG und die umfassende Identifizierungspflicht nach § 11 GwG ausgefüllt. Nach einer kurzen Skizze des üblichen Gründungsvorgangs wandte sich *Suttmann* potenziellen Problemen der GmbH-Gründung zu. Besonderheiten im Gründungsvorgang seien bei der Beteiligung von Bevollmächtigten oder ausländischen Gründern zu beachten. Bei der Wahl der Firma seien insbesondere geographisch zu weite („Größenwahn“) oder bloße Gattungsbezeichnungen problematisch. Der satzungsmäßige Sitz könne grundsätzlich frei gewählt werden (vgl. § 4a GmbHG). Beim Gegenstand der Unternehmung sei auf eine hinreichende Konkretisierung und ggf. auch auf den Nachweis von im Einzelfall erforderlichen Genehmigungen zu achten. Besonderes Augenmerk richtete *Suttmann* auf Probleme im Zusammenhang mit dem Stammkapital und der Kapitalaufbringung. Er wies auf das Verbot der Voreinzahlung hin und erläuterte sodann die Problematik der versteckten Sacheinlage anhand mehrerer Beispielfälle. Die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG habe diese Problematik letztlich nicht entschärft: Zwar seien die mit der verdeckten Sacheinlage in Zusammenhang stehenden Rechtsgeschäfte wirksam und es finde eine Anrechnung des Werts des Gegenstands der verdeckten Sacheinlage auf die Bareinlagepflicht statt, wenn die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wurde. Damit sei die verdeckte Sacheinlage jedoch nicht etwa umfassend legalisiert worden; vielmehr drohe eine straf-

rechtliche Haftung nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Es folgten einige Bemerkungen zu Formalia, die es bei der Gründung zu beachten gilt (Geschäftsführerbestellung und Geschäftsführerversicherung, Gesellschafterliste).

Anschließend griff *Suttmann* Sonderprobleme heraus, die sich bei Mehrpersonengründungen zusätzlich stellen können. Potenzieller Regelungsbedarf bestehe etwa im Hinblick auf § 15 Abs. 5 GmbHG: Geklärt werden müsse, ob eine Beschränkung der Abtretbarkeit (Vinkulierung) der Geschäftsanteile gewollt sei. In diesem Fall sei eindeutig zu regeln, wer einer Übertragung in welcher Form zustimmen müsse und ob für bestimmte Personen (zum Beispiel Mitgesellschafter, Angehörige) oder Fälle Ausnahmen gelten sollen. Bei Klauseln die Erbfolge in Geschäftsanteile betreffend sei § 15 Abs. 1 GmbHG zu beachten, wonach Geschäftsanteile zwingend vererblich sind; möglich sei aber, eine Einziehung gegen Entschädigung vorzusehen. Die Einziehung von Geschäftsanteilen, insbesondere die Einziehungsgründe, und die Regelungen zur Abstimmung sollten in der Satzung festgelegt werden (vgl. § 34 Abs. 2 GmbHG). Schließlich sei über Regelungen zur Beschlussfassung nachzudenken, etwa über Bestimmungen zur Einberufung der Gesellschafterversammlung oder zu Beschlussmehrheiten (Minderheitenschutz). Probleme bereiten könnten Regelungen zum Teilnahmerecht. So sei beispielsweise im Falle einer Bestimmung, wonach eine Vertretung nur durch Berufsheimnisträger zulässig sein soll, zumindest zweifelhaft, ob auch eine Vertretung durch den Vorsorgebevollmächtigten, Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter in Betracht kommt.

In seinem Schlusswort betonte *Suttmann*, dass namentlich die Kapitalaufbringung in der Praxis große Schwierigkeiten bereiten könne. Die vorgeschriebene notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und die damit verbundene Beratung seien nicht zuletzt deshalb sinnvoll.

Der zweite Vortrag richtete den Blick auf „„Erleichterungen“ der Gründung de lege lata und de lege ferenda – UG, Muster und Online-Gründung auf dem Prüfstand“. Der Referent *Peter Ries* ging der Frage nach, ob die Gründung von Kapitalgesellschaften wirklich so langwierig und kompliziert ist wie häufig beklagt. Hierzu rief er zunächst in Erinnerung, wie Unternehmensgründungen bereits in der Vergangenheit, insbesondere durch das MoMiG vom 23.10.2008, beschleunigt und vereinfacht wurden. Eine erhebliche Beschleunigung hät-

ten insbesondere die elektronische Kommunikation mit den Registergerichten und der Verzicht auf das Erfordernis, staatliche Genehmigungen vorzulegen, bewirkt. Das geltende Verfahren sei weder kompliziert noch langwierig noch teuer. Bei guter Vorbereitung und unmittelbarer Einzahlung des Kapitals vergingen heute zwischen dem Notartermin und der Eintragung nur ein bis zwei Tage; die Gründung koste günstigenfalls nur rund 350 € (UG mit Musterprotokoll). Praktisch relevante Verzögerungen verursachten nicht die Beteiligung des Notars oder das gerichtliche Verfahren, sondern vielmehr Prüfungen aufseiten der Kreditinstitute (zum Beispiel im Hinblick auf die Vorgaben des GwG). Demgegenüber seien mit der Einführung der UG (haftungsbeschränkt) und der Möglichkeit zur Gründung mit Musterprotokoll tendenziell nicht – wie intendiert – Erleichterungen verbunden, sondern eher Erschwerungen. Das Musterprotokoll für die Gründung einer Einpersonengesellschaft bezeichnete *Ries* als „vergeblichen Versuch des Gesetzgebers, Notar zu spielen“: Die Klauseln seien rudimentär und unvollständig. Es fehlten Bestimmungen beispielsweise zur Abtretung, zur Beschlussfassung und zur Befreiung von Wettbewerbsverboten; auch sei die Abwälzung der mit der Gründung verbundenen Kosten zu niedrig angesetzt. Die UG erfreue sich zwar großer Beliebtheit, habe aber – kaum überraschend – gemeinhin nur schlechte Bonität und sei, wie verschiedene Statistiken zeigten, in besonderem Maße insolvenzanfällig und daher volkswirtschaftlich fragwürdig.

Im Anschluss an diese „Bestandsaufnahme“ erörterte *Ries*, ob weitere – bzw. besser: tatsächliche – Erleichterungen erforderlich seien. Zu denken sei etwa an Gründungen ohne physisches Erscheinen der Beteiligten, insbesondere bei Gründungen aus dem Ausland, oder an die Erweiterung der Möglichkeiten zur Gründung unter der Verwendung von Musterprotokollen, ggf. sogar ohne Beteiligung eines Notars. Einen Verzicht auf das persönliche Erscheinen vor dem Notar sähen etwa Vorschläge der Europäischen Kommission für ein Online-Gründungsverfahren mit Mustern vor. *Ries* zeigte sich gegenüber solchen Vorschlägen kritisch; er betonte die Bedeutung der notariellen Mitwirkung am Gründungsakt. So sei die Online-Identifizierung insbesondere bei juristischen Personen schwierig und weniger sicher als bei einer Prüfung der maßgeblichen Dokumente durch den Notar. Zusätzliche Schwierigkeiten würden sich bei ausländischen juristischen Personen im Hinblick auf unterschiedliche Standards bezüg-

lich der Publizitätswirkung staatlicher Register ergeben, etwa bei der Prüfung der Vertretungsbefugnis. Weil die Identifizierungsstandards im Ausland oft weit weniger streng seien als hierzulande, drohe ein gefährliches „race to the bottom“. Bei überobligatorischen strengeren Identitätskontrollen in Deutschland (zum Beispiel im Rahmen von Videokonferenzen) bestehe die Gefahr eines Reputationsverlustes, weil andere Staaten weniger strenge Standards vorsehen könnten. In der Folge sei letztlich die Publizitätswirkung des Handelsregisters gefährdet. Demgegenüber sei dem Referenten in seiner bisherigen Praxis kein einziger Fall von Identitätsdiebstahl begegnet. Dies gelte es auch in Zukunft möglichst zu gewährleisten. Probleme machte *Ries* des Weiteren bei der Verwendung von Musterprotokollen aus. Das schlechte Vorbild des Musters zur Gründung von Einpersonengesellschaften gereiche insoweit zur Warnung. Diese seien für die Gründung von Mehrpersonengesellschaften regelmäßig nicht geeignet, weil sie zu wenige Regelungen enthielten. Das Firmenrecht sei zu komplex, um ohne notarielle Beratung fehlerfrei beherrscht zu werden. Der Verzicht auf den Notar vereitele überdies eine Überprüfung genehmigungspflichtiger Gegenstände (zum Beispiel Kreditwesengesetz, Gemeinnützigkeit, Freiberufler) und gefährde die Publizitätswirkung des Handelsregisters. Bei den (Register-)Gerichten sei eine größere Arbeitsbelastung zu befürchten.

In seinem Fazit bezweifelte *Ries* die Notwendigkeit weiterer Digitalisierung; insbesondere habe man den Zeitfaktor bereits heute im Griff. Gleichwohl seien Schritte zur fortschreitenden Digitalisierung wohl unabwendbar. Dabei seien strenge Verfahren vorzusehen. Eine professionelle notarielle Beratung im Gründungsverfahren sei unverzichtbar. Das derzeitige System gewährleiste mit dem Vier-Augen-Prinzip (Notar und Registerrichter) eine hohe Qualität. Bei Veränderungen drohten die skizzierten qualitativen Rückschritte und eine größere Arbeitsbelastung der Gerichte. Weitere Beschleunigung könne, soweit man sie überhaupt für notwendig erachte, ohne Qualitätseinbußen etwa dadurch erzielt werden, dass man den Kostenvorschuss für die Eintragung abschaffe.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare

#### 17. Jahresarbeitstagung des Notariats

Donnerstag, 12. September 2019 bis Samstag, 14. September 2019

InterContinental Hotel Berlin

Budapester Straße 2, 10787 Berlin

##### Aus dem Programm:

Überblick über die grundlegenden Entwicklungen und Änderungen im Bereich des Notariats und die aktuellen für das Notariat bedeutsamsten Fragestellungen der letzten Monate. Zehn Generalthemen werden von renommierten Referenten und Mitwirkenden aufbereitet und unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Praxis dargestellt und erörtert.

**Tagungsbeitrag:** 775 €, 675 € für Notarassessoren, 725 € für Mitglieder der Notarkammer Berlin

##### Kontakt/Anmeldung:

Weitere Informationen zum Programm und zur Anmeldung erhalten Sie unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

### Internationale Union des Notariats

#### 29. Internationaler Kongress des Notariats in Jakarta, Indonesien

Donnerstag, 28. November 2019 bis Samstag, 30. November 2019

Jakarta, Indonesien

##### Aus dem Programm:

Das Fachprogramm wird zwei Themen behandeln:

„Relevanz der Grundsätze des lateinischen Notariats im 21. Jahrhundert“ und

„Der Notar und die natürliche Person“.

Ein kurzes Video mit weiteren Informationen findet sich auf der Homepage der Internationalen Union des Notariats unter [www.uinl.org](http://www.uinl.org).

##### Kontakt/Anmeldung:

Ausschließlich online unter [www.uinl.org](http://www.uinl.org).

## Veranstaltungen des DAI

1. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(Sikora)  
3.7.2019 in Bochum
2. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
5.7.2019 in Köln
3. **Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung**  
(Franck)  
11.7.2019 in Bochum
4. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat:**  
Modul 2 – Wohnungseigentum und Erbbaurecht  
einschl. GNotKG  
(Tondorf)  
22.-23.7.2019 in Stuttgart
5. **Notariat für Einsteiger**  
(Scholten/Tondorf)  
24.-26.7.2019 in Bochum
6. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats – Vertiefung**  
(Tondorf)  
19.-23.8.2019 in Osnabrück
7. **Internationales Privatrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Primaczenko)  
23.8.2019 in Kiel
8. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
26.8.2019 in Heusenstamm
9. **Aktuelle Probleme aus dem internationalen Erb- und Familienrecht und Einführung in die Europäischen Güterrechtsverordnungen**  
(Süß/Weber)  
30.8.2019 in Oldenburg

**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. Aichinger: Notar und Verbraucherschutz in der digitalen Welt. Manz, 2019. 100 S., 27,24 €
2. Artmann/Karollus: Aktiengesetz. Band 1-3, §§ 1-273. 6. Aufl., Manz, 2019. 3.450 S., 558,35 €
3. Bork/Schäfer: GmbHG. 4. Aufl., RWS, 2019. 1.508 S., 154 €
4. Dahm: Die Anfechtung des Ehevertrages als parteiliche Inhaltskontrolle. Giesecking, 2019. 584 S., 108 €
5. Gesellschaftsrechtliche Vereinigung: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018. Schmidt, 2019. 208 S., 59,80 €
6. Groll/Steiner: Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung. 5. Aufl., Schmidt, 2019. 2.368 S., 199 €
7. Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann: WEG. Beck, 2019. 1.501 S., 139 €
8. Höfling: Die Schenkung und die unentgeltliche Verfügung im Erbrecht. Nomos, 2019. 399 S., 104 €
9. Keidel/Schmätz/Krafka/Kühn: Registerrecht. 11. Aufl., Beck, 2019. 993 S., 109 €
10. Möller: Die Einschränkung der „Erbenfreiheit“ durch die formellen Ausschlagungsregeln bei Erbschaft und Vermächtnis. Duncker & Humblot, 2019. 279 S., 89,90 €
11. Münch: Die Unternehmerehe. 2. Aufl., ZAP, 2019. 450 S., 59 €
12. Musielak/Voit: ZPO. 16. Aufl., Vahlen, 2019. 2.993 S., 169 €
13. Oetker: Handelsgesetzbuch. 6. Aufl., Beck, 2019. 2.483 S., 199 €
14. Riecke/Schmid: WEG. 5. Aufl., Luchterhand, 2019. 1.876 S., 139 €
15. Saenger: ZPO. 8. Aufl., Nomos, 2019. 3.779 S., 118 €
16. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil §§ 21-79. De Gruyter, 2019. 816 S., 299 €
17. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 312, 312a-k. De Gruyter, 2019. 411 S., 159,95 €
18. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Sachenrecht §§ 889-902. De Gruyter, 2019. 482 S., 179,95 €
19. Voß: Erwerbssicherung beim Grundstückskauf. Mohr Siebeck, 2019. 558 S., 124 €
20. Westermann: Münchener Kommentar zum BGB. Band 4: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG. 8. Aufl., Beck, 2019. 1.911 S., 199 €
21. Wetzel/Odersky/Götz: Handbuch Erbengemeinschaft. Beck, 2019. 723 S., 149 €
22. Winkler: BeurkG. 19. Aufl., Beck, 2019. 883 S., 139 €

# STANDESNAHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Georg Lunz, Fürth,  
verstorben am 1.5.2019

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.8.2019:

Notar Dr. Georg Graf, Waldkirchen

Notar Karl Heinz Röder, Augsburg

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.2019:

Dingolfing dem Notar Boris Pulyer  
(in Sozietät mit (bisher in Pappenheim)  
Notar Gutfried)

Garmisch-Partenkirchen der Notarin Monika Schmid  
(bisher in Höchstädt  
a. d. Donau)

Ingolstadt dem Notar a. D.  
(in Sozietät mit Dr. Florian Meininghaus  
Notarin (bisher in München  
Dr. Lichtenwimmer) Geschäftsführer der  
Landesnotarkammer  
Bayern)

Lauingen dem Notarassessor  
Dr. Franz Gärtner  
(bisher in Weilheim i. OB,  
Notarstellen Dr. Reisnecker/  
Dr. Selbherr)

Moosburg a. d. Isar der Notarin Dr. Brigitte  
Bauer (bisher in Wertingen)

Weiden i. d. OPf.  
(in Sozietät mit  
Notar Dr. Schiffner)

dem Notarassessor  
Markus Pflieger  
(bisher in München,  
Notarstelle Wilfart-Kammer)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.5.2019:

Christoph Bauernschmitt, Vilshofen  
(Notarstellen Schuller/Schuller)

Max Ehrl, Münnerstadt  
(Notarstelle Dr. Roßmann)

Franziska Osterholzer, Amberg  
(Notarstelle Dr. Frank)

Felix Schmitt, Obernburg a. Main  
(Notarstellen Herrmann/Dr. Koch)

Thomas Winkelmann, Arnstorf  
(Notarstelle Dr. Kappler)

### 5. Sonstige Veränderungen:

Notarassessor David Sommer, München,  
ab 1.7.2019 Geschäftsführer der Landesnotarkammer  
Bayern

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Grafenau, Notarstelle Saumweber  
E-Mail: notar@notariat-grafenau.de

## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)