

MittBayNot

Begründet 1864

6 | 2023

November | Dezember 2023

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Thomas Dziwis,
Notarassessor
Stephanie Reber,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

Forschner: Praxisupdate AGB-Recht 551

Klaus/Manthey: Inkongruente Gewinnausschüttung aus
Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 1 558

Neuhöfer: Beschlussfassung bei Personengesellschaften
– Status quo, MoPeG und Vertragsgestaltung 566

Wernthaler: Die Verlängerung des Vorbehaltsnießbrauchs
– zugleich Anmerkung zu BFH 573

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Hruschka zu OLG Bamberg: Gestaffelte Eintragung eines
einzigsten Rechts für mehrere Berechtigte im Grundbuch 589

Bender zu OLG Brandenburg: Rückgewähranspruch
bei wesentlicher Veränderung des Vertragsgegen-
stands 592

Keim zu OLG Brandenburg: Stillschweigende
Enterbung durch Pflichtteilsanrechnungsklausel in
Übertragungsvertrag 614

Aumann zu OLG Celle: Zeitgleiche Errichtung einer
Einheitsgesellschaft und der Komplementär-UG 619

Balzer: Der Notar als systemischer Berater – Jura hat eine
wichtige systemische Komponente 651

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Thomas Dziwis
Notarassessorin Stephanie Reber

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

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2023

AUFSÄTZE		551		
Forschner: Praxisupdate AGB-Recht		551		
Klaus/Manthey: Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 1		558		
Neuhöfer: Beschlussfassung bei Personengesellschaften – Status quo, MoPeG und Vertragsgestaltung		566		
Wernthaler: Die Verlängerung des Vorbehaltsnießbrauchs – zugleich Anmerkung zu BFH		573		
BUCHBESPRECHUNGEN		576		
Fuhrmann/Wälzholz: Formularbuch Gesellschaftsrecht (Schneider)		576		
Schönenberg-Wessel/Szalai/Uhl/Hahner: Überlassungsverträge in der notariellen Praxis (Bühler)		577		
Wever: Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts (Menne)		579		
RECHTSPRECHUNG		581		
Bürgerliches Recht				
ALLGEMEINES				
1. Altersgrenze für Notare (BGH, Urteil vom 07.08.2023, NotZ (Brfg) 4/22)		581		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT				
2. Vorrang des dinglichen Vorkaufsrechts vor Vorkaufsrecht des Mieters (BGH, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22 – Ls.)		587		
3. Gestattender Beschluss nötig bei baulicher Veränderung des Gemeinschaftseigentums (BGH, Urteil vom 17.03.2023, V ZR 140/22 – Ls.)		588		
4. Keine Begründungspflicht für Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks (BGH, Urteil vom 11.10.2022, X ZR 42/20 – Ls.)		588		
5. Gestaffelte Eintragung eines einzigen Rechts für mehrere Berechtigte im Grundbuch (OLG Bamberg, Beschluss vom 15.05.2023, 10 Wx 8/23) mit Anmerkung Hruschka		589		
6. Aufteilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.12.2022, 14 W 75/22 (Wx) – Ls.)		590		
7. Rückgewähranspruch bei wesentlicher Veränderung des Vertragsgegenstands (OLG Brandenburg vom 13.04.2022, 4 U 61/21) mit Anmerkung Bender		590		592
FAMILIENRECHT				
8. Keine Genehmigungsbedürftigkeit für Erwerb von Bruchteilseigentum an Grundstück durch Minderjährigen (OLG München, Beschluss vom 12.06.2023, 34 Wx 120/23 e)		599		
9. Bewertungsmaßstäbe im Zugewinnausgleich (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.04.2022, 3 WF 142/21)		601		
ERBRECHT				
10. Lauf der Verjährungsfrist im Pflichtteilsrecht (OLG München, Beschluss vom 30.03.2023, 33 U 7507/22)		607		
11. Lebzeitiges Eigeninteresse bei Nießbrauchsgewährung zugunsten der Lebensgefährtin (OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.11.2022, 14 U 274/21)		609		
12. Stillschweigende Enterbung durch Pflichtteilsanrechnungsklausel in Übertragungsvertrag (OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.08.2022, 3 W 55/22) mit Anmerkung Keim		612		614
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht				
13. Gerichtliche Bestimmung eines Versammlungsleiters für einzelne Tagesordnungspunkte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.2023, I-3 Wx 83/23)		615		
14. Wirtschaftliche Neugründung einer Gesellschaft (KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 48/22)		616		
15. Zeitgleiche Errichtung einer Einheitsgesellschaft und der Komplementär-UG (OLG Celle, Beschluss vom 10.10.2022, 9 W 81/22) mit Anmerkung Aumann		618		619

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2023

16. Getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme von Geschäftsanteilsübertragungen (LG Regensburg, 61 T 69/22, 25.08.2023) 621

Internationales Privatrecht

17. Nachweis der Erbfolge mit beglaubigter Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses (KG, Beschluss vom 27.06.2023, 1 W 2/23) 623

18. Löschung einer GmbH im Handelsregister bei Sitzverlegung in die Türkei (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.07.2022, 3 W 12/22) 625

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität bei notarieller Amtshaftung (BGH, Urteil vom 16.02.2023, III ZR 210/21) 626

Öffentliches Recht

20. Kein gemeindliches Vorkaufsrecht bei Ausgliederung eines einzelkaufmännisch betriebenen Unternehmens zur Aufnahme durch Ein-Personen-GmbH (OLG Naumburg, Beschluss vom 09.12.2022, 12 Wx 34/22) 630

Steuerrecht

21. Privates Veräußerungsgeschäft nach trennungsbedingtem Auszug eines Ehepartners (BFH, Urteil vom 14.02.2023, IX R 11/21) 632

22. Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses (BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20) 638

SONSTIGES**644****Hinweise für die Praxis**

644

Kirchner: Befreiung von der notariellen Verschwiegenheitspflicht durch den Erblasser in Verfügungen von Todes wegen 644

Notarkasse A. d. ö. R.: Kostenrechtliche Hinweise zu den Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10.08.2021 645

Wälzholz: Mobilheime und die steuerliche Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG 649

Zukunft und Notariat

651

Tagungsbericht

654

Kochendörfer: Reform grenzüberschreitender Umwandlungssachverhalte durch das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmrUG)

Veranstaltungshinweise

658

Ausschreibung

660

Neuerscheinungen

661

STANDESNACHRICHTEN**662**

Praxisupdate AGB-Recht

Von Notar Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge), Kitzingen



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Seit dem letzten „Praxisupdate AGB-Recht“ sind zwei Jahre vergangen. Die Rechtsprechung hat dankenswerterweise für ausreichend Nachschub gesorgt und einmal mehr gezeigt, dass das AGB-Recht maßgeblich durch Kasuistik geprägt ist. Allein die Lektüre des Gesetzes hilft dem Praktiker kaum weiter, gilt es doch auch für solche Klauseln ein Judiz zu entwickeln, die der Rechtsprechung bislang nicht vorlagen. In einer der im Folgenden referierten Entscheidungen fasst das OLG Celle zusammen: Zwar habe der Notar nicht die Pflicht, die künftige Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorauszuahnen. „Erkennbare Tendenzen“ der Rechtsprechung dürfe er allerdings nicht übersehen. Dies gelte auch im Hinblick auf künftige Entscheidungen im Bereich des AGB-Rechts.¹

I. OLG Celle – Unwirksame Abnahme-Regelung im Bauträgervertrag

Bei der Gestaltung von Klauseln zur Regelung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums bewegt sich der beurkundende Notar in einem Spannungsverhältnis. Der Bauträger hat vor allem ein Interesse an einer praxistauglichen Lösung, die ihm die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch dann ermöglicht, wenn diese durch eine Vielzahl von Erwerbern zu erfolgen hat. Die Erwerber haben ein Interesse daran, sich selbst vom Zustand des Gemeinschaftseigentums überzeugen zu können, ggf. unter Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen. Soll von der gesetzlichen Regelung (Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums durch jeden einzelnen Erwerber) abgewichen werden, besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung in einer Einschränkung der Rechte des Erwerbers eine unangemessene Benachteiligung erblickt.

Unzulässig sind zunächst ohne Zweifel Regelungen, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den vom Bauträger bestellten ersten Verwalter erfolgen soll. Hier liegt das Risiko darin, dass der Verwalter zugunsten des Bauträgers agiert und der Bauträger ggf. Einfluss auf die Abnahme nehmen kann.²

Auch Regelungen, die einem Nachzügler-Erwerber die Möglichkeit einer eigenen Abnahme des Gemeinschaftseigentums nehmen, sind unwirksam.³ Der Entscheidung des BGH zu den „Nachzügler-Fällen“ ist zudem ein Recht weitgehender Rechtsgedanke zu entnehmen, der sämtlichen Urteilen zu dieser Thematik zugrunde liegt: Das Gericht hält jede Regelung für problematisch, die dem Erwerber die Möglichkeit nimmt, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen oder durch eine von ihm beauftragte Vertrauensperson abnehmen zu lassen.⁴

Allgemein für zulässig erachtet werden Klauseln, die es dem Bauträger ermöglichen, die eigentliche Abnahme durch eine vorherige „technische Abnahme“ durch einen Sachverständigen vorbereiten zu lassen. Die „technische Abnahme“ stellt keine Abnahme im Sinne des Werkvertragsrechts dar, sondern lediglich eine Vorbereitungshandlung. Das muss im Vertrag hinreichend zum Ausdruck kommen, insbesondere dahin gehend, dass dem Erwerber die Möglichkeit der eigenen Abnahme dadurch nicht genommen wird.⁵

Im Rahmen eines Schadensersatzprozesses gegen einen Notar hatte sich das OLG Celle mit einer solchen Klausel zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu befassen. Die Klausel lautete wie folgt:

„Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgt nach vollständiger Fertigstellung. Mit der Prüfung der vollständigen Fertigstellung und der Abnahmefähigkeit wird ein vom zukünftigen Verwalter noch zu benennender Sachverständiger auf Kosten der Wohnungseigentümer beauftragt. Der Sachverständige soll eventuell noch ausstehende Restarbeiten und Mängel protokollieren. Die Feststellungen des Sachverständigen sind für die Verkäuferin und die Käufer verbindlich. Die Käufer sind zur Abnahme verpflichtet, wenn der Sachverständige keine wesentlichen Mängel, die die Gebrauchsfähigkeit des Gemeinschaftseigentums beeinflussen, feststellt. Die Verkäuferin und die Käufer sind berechtigt, an der Abnahme teilzunehmen. Die Käufer können stattdessen zwei Personen aus ihrer

¹ OLG Celle Urteil vom 01.02.2023, 3 U 60/22, BeckRS 2023, 15452.

² BGH, Urteil vom 30.06.2016, VII ZR 188/13, DNotZ 2017, 171; Urteil vom 12.09.2013, VII ZR 308/12, DNotZ 2014, 39, 40; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.04.2018, 8 U 19/14, BeckRS 2018, 17599.

³ BGH, Urteil vom 12.05.2016, VII ZR 171/15, DNotZ 2016, 856 Rdnr. 45.

⁴ BGH, Urteil vom 12.05.2016, VII ZR 171/15, DNotZ 2016, 856 Rdnr. 45.

⁵ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 312 und Formulierung in Rdnr. 2 (Vertragsmuster Ziffer VI – Variante 2).

Mitte bevollmächtigen, die für sie die Abnahme durchführen und unter den vorgenannten Voraussetzungen die Abnahme erklären.“⁶

Diese Klausel bewegt sich zwischen „technischer Abnahme“ und Erklärung der Abnahme durch den Sachverständigen. Der Sachverständige wird zwar nicht zur Abnahme bevollmächtigt, eine Bindung der Käufer entsteht jedoch dergestalt, dass er an die Feststellungen des Sachverständigen gebunden sein soll. Stellt dieser keine wesentlichen Mängel fest, ist der Käufer zur Abnahme verpflichtet.

Das OLG Celle hält die Klausel für unwirksam und hat den Notar zum Schadensersatz verurteilt. Die Klausel verstoße gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil das Recht der einzelnen Erwerber zur Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums unterlaufen werde.⁷ Zwar sei dem Erwerber nicht die eigentliche Abnahme übertragen worden, durch die Bindung der Erwerber an dessen Feststellungen, werde den Erwerbern die Möglichkeit genommen, über die Ordnungsgemäßheit der Werkleistung selbst zu befinden.⁸

Soweit ist der Entscheidung zuzustimmen. Aufmerksamkeit sollte man einer obiter dictum getätigten Aussage des Gerichts schenken: Eine zweistufige Regelung (technische Abnahme als Vorbereitung, rechtsgeschäftliche Abnahme durch den Erwerber selbst) sei ebenfalls nur dann zulässig, wenn der Sachverständige „neutral“ oder „von beiden Vertragsparteien ausgesucht“ sei. Hier stellt sich schon die Frage, wie diese Neutralität des Sachverständigen im Vertrag gewährleistet werden soll. Meines Erachtens wird die Neutralität ausreichend dadurch sichergestellt, dass der Erwerber nicht an die Feststellungen gebunden ist (gerade das ist ja der Sinn der nur „technischen Abnahme“). So sieht zum Beispiel *Hertel* in seinem Muster vor, dass der Erwerber an der Begehung teilnehmen kann und es ihm anschließend freisteht, sich die Feststellungen zu eigen zu machen oder die Abnahme aufgrund eigener Feststellungen zu erklären.⁹ Hat der Erwerber Zweifel an der Neutralität des Sachverständigen, so ist er nicht gezwungen, sich an dessen Feststellungen zu binden. Fehlt dem Erwerber technischer Sachverstand, kann er einen eigenen Sachverständigen hinzuziehen. Man wird durch die Entscheidung gewarnt sein müssen. Wer ganz sicher gehen möchte, wird auf die Benennung des Sachverständigen selbst bei der „technischen Abnahme“ durch einen neutralen Dritten zurückgreifen müssen.

6 OLG Celle, Urteil vom 01.02.2023, 3 U 60/22, BeckRS 2023, 15452 Rdnr. 3.

7 OLG Celle, Urteil vom 01.02.2023, 3 U 60/22, BeckRS 2023, 15452 Rdnr. 36.

8 OLG Celle, Urteil vom 01.02.2023, 3 U 60/22, BeckRS 2023, 15452 Rdnr. 38.

9 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 312 und Formulierung in Rdnr. 2 (Vertragsmuster Ziffer VI – Variante 2).

II. OLG Rostock – Unwirksame Vollzugsanweisung im Bauträgervertrag

In einer weiteren Entscheidung zum Bauträgerrecht hatte sich das OLG Rostock¹⁰ mit einer Klausel zu befassen, die eine Vorlagesperre bzgl. der Auflassung enthielt. Die Klausel lautete wie folgt:

„Unabhängig von ihrer Leistungspflicht untereinander weisen die Vertragsparteien den Notar gemeinsam an, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist.“¹¹

Die auf den ersten Blick unauffällig wirkende Klausel hat es aus AGB-rechtlicher Sicht in sich. Der Käufer verlangt Eigentumsumschreibung vor Zahlung des gesamten Kaufpreises. Die Vorlageanweisung sei unwirksam. Dem stimmt das OLG Rostock zu. Die Klausel weiche von § 320 BGB ab und sei deshalb unwirksam. Die entsprechende Rechtsgrundlage (§ 309 Nr. 2 lit. a) BGB) wird vom OLG Rostock nicht einmal angesprochen. Ein sachlicher Grund für die Vorleistungspflicht des Käufers fehle. Im Ergebnis sei damit die Vorlagesperre unwirksam, die Eigentumsumschreibung müsse sofort erfolgen.

Die Entscheidung ist im Ergebnis abzulehnen. Das OLG vermischt materielles Recht und Verfahrensrecht, obwohl dies in der Klausel deutlich wurde. Es wurde gerade herausgestellt, dass die Leistungspflichten untereinander von der verfahrensrechtlichen Vorlageanweisung der Beteiligten an den Notar unberührt bleiben. Darauf geht das Gericht nicht einmal ein.

Gleichwohl muss man feststellen, dass sich das OLG mit dieser Sichtweise in guter Gesellschaft befindet. Der BGH hat bereits vor über 20 Jahren entschieden, dass die Anweisung an den Notar, die Eigentumsumschreibung erst zu veranlassen, wenn der in bar zu entrichtende Kaufpreis voll gezahlt ist, dem Erwerber unzulässig die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB abschneide und damit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sei. Auch der BGH hat nicht thematisiert, dass die Anweisung an den Notar nicht die Pflichten der Vertragsparteien untereinander betrifft.

Für die Praxis bleibt die Frage, ob es überhaupt eine sinnvolle Formulierung der Vorlageanweisung gibt, die den Anforderungen der Rechtsprechung genügt. Denn ob man die Rechtsprechung persönlich für zutreffend hält oder nicht, hilft den Beteiligten wenig.

Bei der Gestaltung sollte auf zwei Aspekte geachtet werden: Zum einen sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass § 320 BGB unberührt bleibt. Das weicht zwar inhaltlich nicht von der Klausel ab, die der OLG-Entscheidung zugrunde lag. Denn auch dort war ja klargestellt, dass die Leistungspflichten untereinander unberührt bleiben. Mög-

10 OLG Rostock, Beschluss vom 21.12.2021, 4 U 79/18, MittBayNot 2023, 233 m. Anm. *Basty*.

11 OLG Rostock, Beschluss vom 21.12.2021, 4 U 79/18, MittBayNot 2023, 233 Rdnr. 3.

licherweise hilft aber die Klarstellung, dass ein mit der Klausel befasstes Gericht erkennt, dass dem Erwerber weiter sein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Zum anderen sollte darauf geachtet werden, jeweils nur auf den „geschuldeten“ Kaufpreis (und nicht auf den „vollen Kaufpreis“ oder „gesamten Kaufpreis“) abzustellen. Auch diese Formulierung trägt dazu bei, dass die Klausel transparent ist und beim Erwerber nicht der Eindruck entsteht, er könne die Umschreibung des Eigentums nur verlangen, wenn er den in der Urkunde niedergelegten Kaufpreis gezahlt habe, obwohl er zum Beispiel den Kaufpreis gemindert hat.

III. Ausschluss der Abtretbarkeit von Rückgewähransprüchen

1. Gesetzliche Neuregelung

Mit Wirkung zum 01.10.2021¹² wurde § 308 Nr. 9 BGB neu ins Gesetz eingefügt. Die Vorschrift betrifft den Abtretungsausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Während ausweislich der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung alle Abtretungsbeschränkungen bei Ansprüchen eines Verbrauchers gegen den Verwender von AGB, die auf die Zahlung von Geld gerichtet sind, gemäß § 308 Nr. 9 lit. a) BGB unwirksam sein sollen, soll durch die Regelung des lit. b) der Norm für andere Ansprüche und Rechte (also auch für Rückgewähransprüche, dazu sogleich) die anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelte und von der Gesetzesbegründung explizit in Bezug genommene Rechtsprechung festgeschrieben werden, wonach ein Abtretungsausschluss unwirksam ist, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders nicht besteht oder berechnete Belange des Verbrauchers an der Abtretbarkeit des Anspruchs oder Rechts das berechnete Interesse des Verwenders der AGB überwiegen.¹³

Die Regelung des § 308 Nr. 9 lit. b) BGB entspricht insofern der ständigen Rechtsprechung des BGH.¹⁴ Die Gesetzesbegründung führt in der Folge ausdrücklich an, dass sich insofern keine Änderung der Rechtslage ergibt und daher auch kein Erfüllungsaufwand bei Unternehmen entsteht.¹⁵ Der Gesetzgeber geht daher davon aus, dass ein Abtretungsausschluss hinsichtlich nicht auf Geld gerichteter Ansprüche und Rechte in den AGB des Schuldners unter den gleichen Voraussetzungen wie bisher vereinbart werden kann.¹⁶

¹² Gesetz für faire Verbraucherverträge vom 10.08.2021, BGBl. 2021 I, S. 3433.

¹³ BT-Drucks. 19/26915, S. 11 und 30.

¹⁴ Vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 17.04.2012, X ZR 76/11, NJW 2012, 2107 Rdnr. 9 m. w. N.; zudem Urteil vom 07.12.1994, VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, 666; Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, NJW 1990, 1601; Urteil vom 15.06.1989, VII ZR 205/88, NJW 1989, 2750; MünchKomm-BGB/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 399 Rdnr. 40; BeckOGK-BGB/Lieder, Stand: 01.09.2022, § 399 Rdnr. 82 f.

¹⁵ BT-Drucks. 19/26915, S. 21.

¹⁶ BT-Drucks. 19/26915, S. 30.

2. BGH-Entscheidung zur Einschränkung der Abtretbarkeit von Rückgewähransprüchen

Die Entscheidung des BGH¹⁷ betraf eine Klausel aus dem Jahr 1997. Der BGH prüft die Klausel deshalb anhand von § 9 AGBG a. F., der aber inhaltlich § 307 BGB entspricht, so dass sich das Ergebnis ohne Weiteres auf die heutige Zeit übertragen lässt. Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass § 308 Nr. 9 lit. b) BGB n. F. weitgehend die bisherige Rechtsprechung des BGH zu § 307 Abs. 1 BGB abbildet, dürfte die Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten der Neuregelung ihre Gültigkeit behalten.

Aber zur Sache: In einer Grundschuldbestellungsurkunde¹⁸ war vorgesehen, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche einschließlich der Ansprüche auf Zahlung eines Übererlöses der Zustimmung der Beklagten bedürfe.¹⁹ Anschließend wurde im Rang nach dieser Grundschuld eine weitere Grundschuld in das Grundbuch eingetragen. Im Zuge der Bestellung der zweiten Grundschuld wurden dem Gläubiger der zweiten Grundschuld (im hiesigen Verfahren der Kläger) alle Rückgewähransprüche gegen den Gläubiger der vorrangigen Grundschuld abgetreten. Die Zustimmung des Gläubigers der vorrangigen Grundschuld hierzu wurde nicht eingeholt. Das Darlehen, das durch die vorrangige Grundschuld abgesichert wurde, wurde zwischenzeitlich zurückgezahlt.

Der Kläger macht geltend, das formularmäßig vorgesehene Zustimmungserfordernis sei in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, da es den Grundstückseigentümer unangemessen benachteilige. Deshalb sei die Abtretung des Rückgewähranspruchs an ihn auch ohne Zustimmung wirksam, sodass er einen Anspruch auf Auskehrung des Übererlöses habe. Nicht vertieft werden sollen vorliegend die dogmatischen Grundlagen der Fortsetzung des Rückgewähranspruchs an Surrogaten, insbesondere dem Anspruch auf Übererlös.²⁰ Diese komplexe Thematik würde die AGB-rechtliche Fragestellung unnötig verdecken. Denn diese lautet allein: Ist der Zustimmungsvorbehalt bzgl. der Abtretung der Rückgewähransprüche in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam?

Der BGH stellt zunächst klar, dass das Zustimmungserfordernis die gleiche Wirkung wie der Abtretungsausschluss habe. Eine ohne Zustimmung erfolgte Abtretung ist grundsätzlich nicht nur dem Schuldner gegenüber, sondern jedem Dritten gegenüber unwirksam. Das von vornherein vereinbarte Zustimmungserfordernis lässt die Forderung als unveräußerliches (bzw. nur mit Zustimmung veräußerliches) Recht entstehen.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777.

¹⁸ So ausdrücklich die BGH-Entscheidung im Tatbestand. Häufig dürfte sich der Zustimmungsvorbehalt auch im Sicherungsvertrag finden.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777 Rdnr. 1.

²⁰ Dazu ausführlich MünchKomm-BGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1191 Rdnr. 177 ff.; BGH, Urteil vom 29.01.2016, V ZR 285/14, BeckRS 2016, 4104 Rdnr. 10.

Anschließend referiert der BGH seine bisherige Rechtsprechung zum Abtretungsausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Grundsätzlich sei der Abtretungsausschluss auch formularmäßig vereinbart wirksam, da er das Interesse des Schuldners an der Klarheit und Übersichtlichkeit der Vertragsabwicklung schütze.²¹ Er sei nur dann in AGB unwirksam, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Zustimmungsvorbehalt nicht bestehe oder die berechtigten Belange des Kunden an der Abtretbarkeit vertraglicher Forderungen das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiege.²² Bereits entschieden hatte der BGH, dass eine unangemessene Benachteiligung jedenfalls dann nicht vorliege, wenn Grundstückseigentümer und Sicherungsgeber personenverschieden sind.²³

Der BGH hat die Frage nunmehr dahin gehend entschieden, dass auch bei Identität von Grundstückseigentümer und Sicherungsgeber das Interesse des Grundschuldgläubigers an einer klaren und übersichtlichen Vertragsabwicklung grundsätzlich das Interesse des Grundstückseigentümers an freier Abtretung der Rückgewähransprüche überwiege.²⁴ Das berechnete Interesse des Grundstückseigentümers werde hinreichend dadurch geschützt, dass in ergänzender Vertragsauslegung des Sicherungsvertrags immer dann ein Anspruch auf Zustimmung zur Abtretung bestehe, wenn keine berechtigten Interessen des Sicherungsnehmers entgegenstünden.²⁵ Nicht erforderlich ist nach Auffassung des BGH, dass dieser Zustimmungsanspruch ausdrücklich in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werde.²⁶ Das ist vor dem Hintergrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion im Verhältnis zur ergänzenden Vertragsauslegung spannend.²⁷ Die Thematik wird aber vom BGH noch nicht einmal ange- rissen.

Im Ergebnis ist die Entscheidung zu begrüßen. Die Zulässigkeit des Zustimmungserfordernis in AGB bei gleichzeitigem Anspruch auf Zustimmung, wenn keine Interessen des Gläubigers entgegenstehen, tariert die wechselseitigen Interessen angemessen aus.

Bleibt die Frage, welche Folgen sich aus der Entscheidung für die notarielle Praxis ergeben. Da die Entscheidung nur die bisher bereits bestehende Rechtsprechung auf weitere Fälle überträgt, werden sich die unmittelbaren Konsequenzen in Grenzen halten. Ggf. kann darüber nachgedacht wer-

den, ob man an gegebener Stelle darauf hinweist, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche möglicherweise der Zustimmung der Gläubigerin bedarf und die Beteiligten diese selbst einholen werden.

IV. BGH – Unwirksame Reservierungsvereinbarung zwischen Makler und Käufer

Der I. Zivilsenat hatte sich mit der Unwirksamkeit einer privatschriftlichen „Reservierungsvereinbarung“ bzgl. eines Grundstücks zu befassen. Zwischen der beklagten Immobilienmaklerin und dem klagenden Kaufinteressenten wurde zunächst ein üblicher Maklervertrag geschlossen. Als der Kläger Interesse bekundete, das Grundstück für 420.000 € zu erwerben, schloss die Maklerin mit ihm eine „Reservierungsvereinbarung“, in der u. a. Folgendes geregelt wurde:

„Es wird eine Reservierungsgebühr von 4.200 € vereinbart. Im Falle des Entstehens eines Provisionsanspruches, also bei Abschluss eines Kaufvertrages, wird die Reservierungsgebühr auf die Provision des Maklers angerechnet. Der Reservierungsvertrag ist erst mit Eingang der Reservierungsgebühr rechtskräftig. Sollte bis zum Ende der Reservierungszeit der Kaufvertrag nicht zustande kommen, so ist die Reservierungsgebühr nicht zurück zu erstatten. Mit der Reservierungsgebühr honoriert der Kaufinteressent die Verpflichtung des Maklers, während der Reservierungszeit die Immobilie exklusiv für den Kaufinteressenten anzubieten und/oder zu verkaufen.“

Nachdem der Kläger keine Finanzierung für den Grundstückskauf erhielt, teilte er der Maklerin mit, dass er vom Kauf Abstand nehme. Eine Rückzahlung der Reservierungsgebühr lehnte die Maklerin ab.

Der BGH hält die Reservierungsvereinbarung für unwirksam. Die Frage der Formnichtigkeit lässt das Gericht hierbei offen und stützt die Begründung allein auf eine Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Zunächst kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Vereinbarung der Reservierungsgebühr nicht um eine kontrollfreie Hauptleistung handele.²⁸ Welche Pflichten kontrollfreie Hauptleistung seien und welche der AGB-Kontrolle unterliegende Nebenpflichten, sei durch Auslegung zu ermitteln.²⁹ Im vorliegenden Fall sei die eigentliche Hauptleistung in der Vermittlung des Grundstücks zu sehen, insofern also Kern des Maklervertrags. Die Reservierungsvereinbarung sei daher bloße Nebenabrede zum Maklervertrag.³⁰ Unerheblich sei hierbei, dass die Reservierungsvereinbarung in einem separaten Dokument abgeschlossen und nicht in die Urkunde des Maklervertrags integriert sei.

21 BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777 Rdnr. 9.

22 BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777 Rdnr. 10.

23 BGH, Urteil vom 09.02.1990, V ZR 200/88, DNotZ 1990, 561, 563.

24 BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777 Rdnr. 14.

25 BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777 Rdnr. 19.

26 BGH, Beschluss vom 14.01.2022, V ZR 255/20, MDR 2022, 777 Rdnr. 18.

27 Ausführlich dazu *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2569 ff.

28 BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22, DNotZ 2023, 609 Rdnr. 12 ff.

29 BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22, DNotZ 2023, 609 Rdnr. 14.

30 BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22, DNotZ 2023, 609 Rdnr. 16.

Sodann begründet das Gericht, warum die (kontrollfähige) Reservierungsvereinbarung den Kläger unangemessen benachteilige. Im Ergebnis zutreffendes Hauptargument ist, dass die Zahlung der Reservierungsgebühr an den Makler (!) dem Kaufinteressenten keinen nennenswerten Vorteil verschaffe.³¹ Der Makler kann zwar weitere Verkaufsbemühungen unterlassen; er kann jedoch den Verkäufer weder zum Abschluss mit dem Kaufinteressenten zwingen noch verhindern, dass der Verkäufer das Objekt „am Makler vorbei“ an einen anderen Käufer verkauft. Weiter falle zulasten der Beklagten ins Gewicht, dass die Rückzahlung bei Nichtzustandekommen des Vertrags auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Kaufinteressent das Nichtzustandekommen des Kaufvertrags nicht zu vertreten oder gar die Maklerin selbst das Nichtzustandekommen zu vertreten habe.³² Dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags widerspreche es zudem, dass sich der Makler durch die Reservierungsgebühr eine erfolgsunabhängige Provision sichere.³³

Die Entscheidung ist im Ergebnis zu begrüßen. Eine „Reservierungsvereinbarung“ mit dem Makler ist von vornherein untauglich, da dieser keinen (rechtlichen) Einfluss darauf hat, ob der Kaufvertrag später tatsächlich mit dem Kaufinteressenten zustande kommt, der die Reservierungsgebühr geleistet hat. Wie der BGH zutreffend herausstellt, kann das Einstellen der Verkaufsbemühungen durch den Makler zwar die Chancen des Käufers erhöhen, das Objekt zu erwerben. Das allein rechtfertigt eine Reservierungsgebühr von 1 % des Kaufpreises nicht.

Es überrascht wenig, dass bei diesen Anforderungen der Rechtsprechung bisher keine Urteile ersichtlich sind, die eine vor Gericht gebrachte Reservierungsvereinbarung für zulässig halten.³⁴ Eine solche Reservierungsvereinbarung dürfte insgesamt nur dann zulässig sein, wenn das Reservierungsentgelt so gering ist, dass dadurch realistischerweise kein echter Erwerbsdruck auf den Käufer ausgeübt werden kann und dem Erwerber dadurch echte Vorteile entstehen. Regelmäßig dürfte das allenfalls bei einer Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, nicht aber zwischen Käufer und Makler der Fall sein.³⁵

V. LG Amberg – Vorweggenommene Erbfolge ist „Erbrecht“ im Sinne des § 310 Abs. 4 BGB

An überraschender Stelle findet sich eine Äußerung zur Bereichsausnahme „Erbrecht“ im Sinne des § 310 Abs. 4 BGB.

31 BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22, DNotZ 2023, 609 Rdnr. 24.

32 BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22, DNotZ 2023, 609 Rdnr. 28.

33 BGH, Urteil vom 20.04.2023, I ZR 113/22, DNotZ 2023, 609 Rdnr. 29.

34 Ausnahme bildet eine im UKlaG-Verfahren ergangene Entscheidung des KG, Urteil vom 19.10.2017, 23 U 154/16, BeckRS 2017, 140470, die inzwischen – auch durch die vorliegend besprochene BGH-Entscheidung – überholt sein dürfte.

35 Formulierungsvorschlag z. B. bei *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Kapitel 2. E., Rdnr. 141.

Das LG Amberg hatte in einer bislang unveröffentlichten Entscheidung über die Wirksamkeit der Bestimmungen eines Hofübergabevertrags zu entscheiden.³⁶ In der Sache dürfte regelmäßig feststehen, dass der Hofübergabevertrag regelmäßig schon deshalb keine AGB enthält, weil keine der Vertragsparteien die Bedingungen im Sinne des AGB-Rechts „stellt“, eine Mehrfachverwendungsabsicht der Beteiligten fehlen dürfte und auch die Vermutung des § 310 Abs. 3 BGB nicht eingreift.

In der Sache ging es um folgende Klausel:

„Der Veräußerer ist auf seine Lebenszeit berechtigt, die Rückübertragung des Vertragsgegenstandes zu verlangen, wenn der Erwerber grob undankbar ist, § 530 BGB, oder trotz zweifacher schriftlicher Aufforderung seinen Pflichten aus diesem Vertrag nicht nachkommt.“

Der Kläger machte geltend, die Klausel sei gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie zum einen nicht erkennen lasse, ob sich die „zweifache Aufforderung“ auf denselben Pflichtverstoß beziehen müsse oder auch unterschiedliche Pflichtverletzungen zu einer Rückübertragung führen könne. Zum anderen sei keine Erheblichkeitsschwelle eingezo-gen, sodass schon eine geringfügige Pflichtverletzung zur Rückübertragung führen könne.

Das Gericht steigt – zu Recht – nicht in die Prüfung ein, sondern erkennt zutreffend, dass der Hofübergabevertrag nicht der AGB-Kontrolle unterliegt. Interessant ist insbesondere, dass das Gericht die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB heranzieht. Die Hofübergabe erfolge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (§ 17 HöfO³⁷). Auch dies sei „Erbrecht“ im Sinne des § 310 Abs. 4 BGB. Die Auffassung des LG Amberg ist freilich nicht höchstrichterlich abgesichert. Es wird jedoch kaum einmal Fälle geben, in denen es in der Sache darauf ankommt, da regelmäßig – auch aus anderen Gründen – keine AGB vorliegen dürften.

VI. Neue Rechtsfolgen bei AGB-Verstößen

1. Aufnahme von AGB-Verstößen in den Prüfungskatalog der DONot

Die Pflicht des Notars, nur wirksame Klauseln in seinen Verträgen zu verwenden, ergab sich schon bisher aus § 17 Abs. 2 BeurkG. Die Aufsichtsbehörden sahen dies teilweise als Einfallstor für eine materiellrechtliche Überprüfung des Vertrags oder einzelner Klauseln. Das ist nicht unproblematisch, da der Aufsichtsbehörde als erster Zugriff einer Sachverhaltsermittlung allein die Urkunde und Nebenakte zur Verfügung steht. Aus der Urkunde selbst ergibt sich aber selten der vollständige Sachverhalt, sodass sich eine Beurteilung der Frage, ob eine Regelung „angemessen“ oder „unangemessen“ im Sinne des AGB-Rechts ist, allein aus den Akten nicht beantworten lässt.

Zum 01.01.2022 wurde die bisherige DONot durch eine vollständig neue Textfassung abgelöst. Anlass war die Einfüh-

36 LG Amberg, Endurteil vom 01.08.2022, 14 O 1060/21, n. v.

37 In Bayern nicht anwendbar, nach Auffassung des Gerichts gilt der Rechtsgedanke des § 17 HöfO jedoch auch hier.

zung des Elektronischen Urkundenarchivs und die damit verbundene Verschiebung zahlreicher Regelungen in die NotAktVV. Es wurden allerdings auch verbleibende Regelungen in der Neufassung der DONot konsolidiert und teilweise angepasst. Dies betrifft auch die aufsichtsrechtliche Prüfung des AGB-Rechts.

Die Neuregelung ist bundeseinheitlich am 01.01.2022 in Kraft getreten. § 18 DONot n. F. legt den Gegenstand der regelmäßigen Geschäftsprüfung fest. § 18 Abs. 2 DONot beinhaltet einen Katalog von Punkten, die „insbesondere“ Gegenstand der Prüfung sind. § 18 Abs. 3 DONot definiert die Gegenstände, die (nur) *stichprobenartig* geprüft werden. Dazu gehört gemäß § 18 Abs. 3 Nr. 9 DONot ausdrücklich auch die „Beachtung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB)“.

Die (nichtamtliche) Begründung³⁸ schränkt die Prüfungstiefe jedoch erheblich ein. Dort wird u. a. klargestellt, dass aufgrund der Prägung des AGB-Rechts durch wertungsoffene Begriffe dem Notar bei der Gestaltung seiner Urkunden eine weite Einschätzungsprärogative zukommt. Allein die Tatsache, dass ein Gericht später eine Bestimmung für unwirksam hält, genügt also keinesfalls für die Bejahung eines aufsichtsrechtlichen Verstoßes. Nur in eindeutigen Fällen dürfte deshalb ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde geboten sein.

2. Bußgelder für AGB-Verstöße

Zum 28.05.2022³⁹ führte der Gesetzgeber einen neuen Art. 246e EGBGB ein, der der Umsetzung europäischen Rechts dient. Art. 246e § 2 EGBGB sieht Bußgeldvorschriften für den Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung des Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB vor. Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB definiert als neuen Begriff sog. bußgeldbewehrte Verletzungen von Verbraucherinteressen. Die Verletzung von Verbraucherinteressen im Sinne dieser Norm setzt jedoch zunächst einen „weitverbreiteten Verstoß“ oder einen „weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension“ im Sinne des Art. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 CPC-VO⁴⁰ voraus.

Art. 3 Nr. 3 CPC-VO bestimmt den weitverbreiteten Verstoß als Handlung oder Unterlassung, die gegen Unionsrecht zum Schutz der Verbraucherinteressen verstößt und die

Kollektivinteressen von Verbrauchern geschädigt hat, schädigt oder voraussichtlich schädigen kann, die in mindestens zwei anderen Mitgliedstaaten als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem die Handlung oder die Unterlassung ihren Ursprung hatte oder stattfand, der für die Handlung oder Unterlassung verantwortlicher Unternehmen niedergelassen ist, oder Beweismittel oder Vermögensgegenstände des Unternehmens vorhanden sind, die einen Zusammenhang mit der Handlung oder Unterlassung aufweisen oder die Handlung des Unternehmers in mindestens drei Mitgliedstaaten gleichzeitig stattfindet. Ein weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension wird hingegen in Art. 3 Nr. 4 CPC-VO definiert als ein weitverbreiteter Verstoß, der mindestens $\frac{2}{3}$ der Mitgliedstaaten, die zusammen mindestens $\frac{2}{3}$ der Bevölkerung der Union ausmachen, betrifft.

In der notariellen Praxis dürfte die Norm allenfalls im Zusammenhang mit Bauträgerverträgen eine Rolle spielen. Doch selbst in diesem Bereich nur für solche Bauträger, die ihre Objekte auch außerhalb von Deutschland vermarkten oder aus sonstigen Gründen an mindestens zwei Verbraucher veräußern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind. Wie die Begriffe künftig ausgelegt werden, ist mangels Vorliegens entsprechender Literatur derzeit noch nicht zu prognostizieren. Grundsätzlich dürften aber Bauträger betroffen sein, wenn Käufer erwerben, die in mind. zwei weiteren EU-Staaten ansässig sind. Ein EU-Ausländer, der in Deutschland wohnhaft ist, genügt hingegen nicht.

Art. 246e § 1 Abs. 2 EGBGB n. F. grenzt den Anwendungsbereich für die Bußgelder weiter ein. Bußgeldbewehrt sind nur Verstöße gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder deren Empfehlung oder Verwendung gegenüber Verbrauchern dem Unternehmer durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurde. Letztgenannte Variante dürfte von vornherein kaum eine Rolle spielen, da davon auszugehen sein dürfte, dass Beteiligte, deren Verträge durch Notare gestaltet werden, ohnehin keine Klauseln verwenden, die ihnen bereits durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurden. Ein Verstoß gegen § 309 BGB kommt im Rahmen der Gestaltung eines Bauträgervertrags hingegen durchaus in Betracht.⁴¹

Gemäß Art. 246e § 2 EGBGB n. F. können Ordnungswidrigkeiten, die aus AGB-Verstößen herrühren, mit Geldbußen bis zu 50.000 € geahndet werden; bei Unternehmern, die im Jahr vor der Bußgeld-Entscheidung mehr als 1.250.000 € Jahresumsatz erzielt haben, kann eine höhere Geldbuße verhängt werden, die jedoch 4 % des Jahresumsatzes nicht übersteigen darf. Geht die Verwendung der AGB-Klausel auf eine Falschberatung des Notars zurück, dürfte ein erhöhtes Haftungsrisiko bestehen, da davon auszugehen ist,

38 https://www.notar.de/fileadmin/user_upload_notarde/dokumente/berufsrecht/211124_DONot_Begrueundung_final.pdf (zuletzt aufgerufen am 10.08.2023).

39 Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.08.2021, BGBl. 2021, S. 348.

40 Verordnung EU 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, Abl. L 345 vom 27.12.2017.

41 Vgl. allein aus den letzten Jahren die oben referierte Entscheidung des OLG Rostock Beschluss vom 21.12.2021, 4 U 79/18, MittBayNot 2023, 233 m. Anm. Basty sowie OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.10.2020, 29 U 146/19, NZBau 2021, 328; OLG Schleswig, Urteil vom 21.02.2020, 1 U 19/19, NZBau 2020, 371; OLG Hamburg, Urteil vom 16.07.2020, 8 U 61/19, BeckRS 2020, 29306; KG, Urteil vom 26.02.2019, 27 U 9/18, DNotZ 2019, 634, Urteil vom 20.08.2019, 21 W 17/19, RNotZ 2020, 178.

dass der Beteiligte, gegen den ein Bußgeld verhängt wird, sich beim Notar schadlos halten möchte.

Es ist für die Risikoabschätzung aber zu berücksichtigen, dass die Ordnungswidrigkeit nur im Rahmen einer koordinierten Durchsetzungsmaßnahme nach Art. 21 CPC-VO geahndet werden kann (Art. 246e § 2 Abs. 3 EGBGB). Ob dieser Aufwand für Bauträgerverträge betrieben werden wird, scheint offen. Die Regelung zielt nach ihrem Sinn und Zweck eher an europaweit tätige Unternehmen im Massengeschäft wie Versandhäuser, Mobilfunkanbieter o. Ä.

VII. Das Wesentliche in Kürze

1. Eine Klausel in einem Bauträgervertrag, die die Erwerber an das Ergebnis einer „technischen Abnahme“ durch einen Sachverständigen bindet, ist regelmäßig unwirksam.
 2. Unwirksam ist eine Klausel im Bauträgervertrag, die dem Erwerber den Anspruch auf Eigentumsumschreibung erst dann gewährt, wenn er den vollständigen Kaufpreis gezahlt hat. Auch wenn die verfahrensrechtliche Anweisung an den Notar hiervon strikt zu trennen ist, sollte darauf geachtet werden, dass dies auch in der
- Vollzugsanweisung an den Notar hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.
3. Eine Klausel, die die Abtretung der Rückgewähransprüche von der Zustimmung der Gläubigerin abhängig macht, ist auch dann wirksam, wenn in der Klausel nicht ausdrücklich festgelegt wird, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zu erteilen ist.
 4. Eine Reservierungsvereinbarung bzgl. eines Grundstücks zwischen einem Makler und einem Käufer ist unwirksam, da der Makler es nicht in der Hand hat, an wen der Verkäufer das Grundstück tatsächlich verkauft.
 5. Auch die „vorweggenommene Erbfolge“ kann „Erbrecht“ im Sinne des § 310 Abs. 4 BGB sein. Verträge der vorweggenommenen Erbfolge unterliegen damit regelmäßig keiner AGB-Kontrolle. Dies dürfte unabhängig von der Bereichsausnahme meist schon deshalb gelten, weil kein „Stellen“ der Bedingungen von einer Seite vorliegt.
 6. Die Einhaltung von AGB-Recht kann künftig auch aufsichtsrechtliche Konsequenzen haben (§ 18 Abs. 3 Nr. 9 DOnot) und in engen Grenzen auch zu Bußgeldern für die Beteiligten führen (Art. 246e EGBGB).



Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 1

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

Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft wollen die Gewinne der Gesellschaft häufig flexibel verteilen. Nach dem zivilrechtlichen Leitbild richtet sich der Gewinnanteil des Gesellschafters jedoch grundsätzlich nach seinem Anteil am Nennkapital, § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, § 60 Abs. 1 AktG. Die gesetzliche Gewinnverteilung entspricht aus wirtschaftlichen oder steuerlichen Gründen nicht immer den Interessen der Gesellschafter; sie wünschen dann eine disquotale (inkongruente) Gewinnausschüttung.

Für eine disquotale Gewinnausschüttung gibt es mehrere zivilrechtliche Wege. Diese abzuwägen ist auch deshalb notwendig, weil eine simple Weiterleitung eines ausgeschütteten Gewinns von einem Gesellschafter zum anderen regelmäßig denjenigen Gesellschafter mit Steuern belastet, der den Gewinn zuerst erhält. Nach dem Willen der Gesellschafter soll jedoch nur der wirtschaftlich Begünstigte Steuern zahlen, und zwar in einer Höhe, die seinem erhaltenen Gewinn entspricht.

Dieser Beitrag zeigt die gängigen zivilrechtlichen Wege dafür auf, Gewinne zwischen den Gesellschaftern einer GmbH und AG zu verlagern. Anschließend gibt er einen Überblick über die steuerrechtlichen Voraussetzungen dafür, dass nur der wirtschaftlich Begünstigte seinen erhaltenen Gewinnanteil versteuert. Der Beitrag erscheint insbesondere unter dem Eindruck des Urteils des BFH vom 28.09.2022,¹ in dem der BFH eine disquotale Gewinnausschüttung entgegen der Finanzverwaltung anerkannte (also nur bei demjenigen einen Steuertatbestand als erfüllt ansah, der die Gewinne erhielt).

I. Gesetzlich normierte Gewinnverteilungsschlüssel nach Kapitalanteil

In der gesetzlich normierten Regel folgt der Gewinnverteilungsschlüssel den Anteilen der Gesellschafter am Nennkapital der Kapitalgesellschaft, also am Stammkapital der GmbH (§ 29 Abs. 3 Satz 1, § 5 Abs. 1 GmbHG) oder am Grundkapital der AG (§ 60 Abs. 1, § 6 AktG).

1. Gewinnverteilung in der GmbH

- a) Anspruch auf Auszahlung des Gewinnanteils eines GmbH-Gesellschafters

Der GmbH-Gesellschafter erhält erst dadurch einen klagbaren Anspruch auf Gewinnauszahlung, dass die Gesell-

schafter in einem Gewinnverwendungsbeschluss² beschließen, dass die GmbH ihr Jahresergebnis an die Gesellschafter (teilweise) ausschüttet, § 29 Abs. 2 GmbHG i. V. m. §§ 48, 46 Nr. 1 Fall 2 GmbHG. Dabei bestimmen sie im Rahmen der Gewinnverteilung, wie der auszuschüttende Gewinn unter den Gesellschaftern verteilt wird (§ 29 Abs. 3 GmbHG).³ Die für den Auszahlungsanspruch ebenfalls notwendige Feststellung eines Jahresüberschusses nach § 42 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 46 Nr. 1 Fall 1 GmbHG allein lässt den Anspruch auf Auszahlung nach herrschender Meinung noch nicht entstehen.⁴ Denn die GmbH muss ihren festgestellten Jahresüberschuss nicht ausschütten, sondern

- 2 Gewinnverwendungsbeschluss und Ergebnisverwendungsbeschluss sind austauschbare Begriffe. Zu beachten ist lediglich, dass eine Kapitalgesellschaft auch dann ausschütten kann, wenn sie keinen Gewinn, sondern einen Verlust erwirtschaftet, MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, 4. Aufl. 2022, § 29 Rdnr. 2.
- 3 BFH, Urteil vom 28.09.2021, VIII R 25/19, BFHE 2022, 457, juris Rdnr. 12; vgl. zur Unterscheidung von Gewinnbezugsrecht, Gewinnverwendung, Gewinnverteilung, Gewinnausschüttung und Gewinnausschüttungsanspruch *Blumers/Beinert/Witt*, DStR 2002, 565.
- 4 Schon zu § 29 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in seiner Fassung bis zum 31.12.1985 war dies st. Rspr., obwohl früher – im Gegensatz zu heute – eine GmbH grundsätzlich ihren ganzen Gewinn sogar voll ausschütten musste (Prinzip der Vollausschüttung). § 29 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a. F. lautete: „Die Gesellschafter haben Anspruch auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“ Die st. Rspr. bestand seit RG, Urteil vom 17.11.1915, II 361/15, RGZ 87, 383, 386, vgl. BFH, Urteil vom 26.10.1977, II R 115/69, BStBl. II 1978, S. 201, juris Rdnr. 14; Urteil vom 28.01.1992, VIII R 207/85, BStBl. II 1992, S. 605, juris Rdnr. 29; BGH, Urteil vom 12.01.1998, II ZR 82/93, BGHZ 137, 378, juris Rdnr. 12; Urteil vom 30.06.2004, VIII ZR 349/03, DNotZ 2005, 64, juris Rdnr. 10; BFH, Urteil vom 07.02.2007, I R 15/06, BStBl. II 2008, S. 340, juris Rdnr. 32. Ausführlich dazu, dass die bloße Feststellung des Jahresüberschusses den Gewinnauszahlungsanspruch noch nicht entstehen lässt: BGH, Urteil vom 14.09.1998, II ZR 172/97, BGHZ 139, 299, juris Rdnr. 9-11. Die Rechtsprechung entspricht auch der herrschenden Auffassung in der Literatur, Widmann/Mayer/Budde, Umwandlungsrecht, Stand: Februar 2021, § 24 UmwG Rdnr. 62; BeckOK-GmbHG/Deussen, Stand: 01.08.2023, § 29 Rdnr. 2; Rowedder/Pentz/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 29 Rdnr. 22 f.; Schockenhoff, ZGR 2023, 1, 4 f.; Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 29 GmbHG Rdnr. 32. Zur abweichenden Ansicht, wonach schon die Feststellung des Jahresabschlusses den Gewinnauszahlungsanspruch entstehen lässt: Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 29 Rdnr. 8; MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 76-80. Übersicht zum Meinungsstand bei Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 29 Rdnr. 3 ff., dem zufolge der Gewinnauszahlungsanspruch durch den Gewinnverwendungsbeschluss nur fällig gestellt wird (§ 271 Abs. 1 BGB), aber schon durch den Feststellungsbeschluss entsteht.

1 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, abgedruckt in diesem Heft unter Nummer 22.

kann ihn auch anders verwenden, etwa für Gewinnrücklagen, § 29 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG. Die Gesellschafter entscheiden über die Verwendung des Ergebnisses grundsätzlich mit einfacher Mehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG).⁵

Der für die Ermittlung des Jahresergebnisses maßgebliche Jahresabschluss wird nach § 42a Abs. 1 Satz 1 GmbHG von den Geschäftsführern aufgestellt und von den Gesellschaftern festgestellt (§ 42a Abs. 2 Satz 1 GmbHG), vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags.⁶

Die gesetzliche Gewinnverteilung anhand des Anteils am Stammkapital besteht unabhängig davon, ob der Gesellschafter eine Einlage erbracht hat.⁷

b) Disquotale Gewinnverteilung im Rahmen des Gewinnverwendungsbeschlusses

Mit dem Gewinnverwendungsbeschluss lässt sich bereits wirtschaftlich eine disquotale Gewinnausschüttung erreichen: Möglich ist eine „gespaltene Ausschüttung“ dergestalt, dass aufgrund (einstimmigen) Verwendungsbeschlusses einzelnen Gesellschaftern ihre Gewinnanteile ausgeschüttet werden, anderen jedoch auf personenbezogenen Rücklagenkonten gutgeschrieben werden.⁸

Personenbezogene Rücklagenkonten in der GmbH sind Unterkonten der Gewinnrücklagen der Gesellschaft (§ 266 Abs. 3, § 272 Abs. 3 Satz 1 HGB).⁹ Werden die personenbezogenen Gewinnrücklagen später ausgeschüttet, stehen sie nach dem gesetzlichen Leitbild daher allen Gesellschaftern gemäß ihrer Beteiligungsquote zu (§ 29 Abs. 3 GmbHG).¹⁰ Sollen die personenbezogenen Rücklagen nur an denjenigen Gesellschafter ausgeschüttet werden, auf den sich das personenbezogene Rücklagenkonto bezieht, muss die Gesellschaft ihre Rücklagen insgesamt disquotale ausschütten.¹¹

5 Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 34.

6 Vgl. Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 3.

7 Grever, RNotZ 2019, 1, 6.

8 Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, § 29 Rdnr. 48; Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff, GmbHG, § 29 Rdnr. 39; Schwandtner, Disquotale Gewinnausschüttungen in Personen- und Kapitalgesellschaften, 2006, 209 ff.

9 Vgl. nur etwa Köhler, GmbHR 2019, 1043, 1049; Hermes, DB 2020, 1302, 1306.

10 Vgl. Köhler, GmbHR 2019, 1043, 1044; Hermes, DB 2020, 1302, 1306.

11 Um sicherzustellen, dass personenbezogene Rücklagen später auch nur an diejenigen Gesellschafter ausgeschüttet werden, für die die Rücklagenkonten bestehen, gibt es mehrere Wege. Die gängigsten sind der Erlass und die Abtretung des Gewinnausschüttungsanspruchs, Öffnungsklauseln für spätere disquotale Gewinnausschüttungen und Gesellschaftervereinbarungen unter den Gesellschaftern, einfürend Köhler, GmbHR 2019, 1043. Ein Formulierungsvorschlag für die Bildung von gesellschafterbezogenen Gewinnrücklagenkonten findet sich bei Hermes, DB 2020, 1302, 1307. Ein Formulierungsbeispiel für eine Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag für die spätere Einrichtung eines personenbezogenen Rücklagenkontos gibt es bei Schwedhelm/Wollweber, Formularbuch Recht und Steuern, A. 6.00 Gesellschaftsvertrag Anm. 42c.

Außerdem können die Gesellschafter wie bei einem Gewinnverwendungsbeschluss beschließen, andere (also keine satzungsmäßigen) Gewinnrücklagen aufzulösen und disquotale auszuschütten.¹² Ebenso ist es aufgrund (einstimmigen) Verwendungsbeschlusses möglich, den gesamten auszuschüttenden Gewinn des Geschäftsjahres disquotale nur an einzelne Gesellschafter auszuschütten – also ohne Ausgleich auf Rücklagenkonten.

2. Gewinnverteilungsschlüssel in der AG

Die Gewinnbeteiligungsrechte des Aktionärs stimmen in ihren Grundzügen mit denen eines GmbH-Gesellschafter überein.¹³ Die Aktionäre haben nach § 59 Abs. 3 Satz 1 AktG einen Anspruch auf den Bilanzgewinn im Sinne des § 174 Abs. 2 Nr. 1 AktG¹⁴, soweit der Bilanzgewinn nicht nach Gesetz oder Satzung, durch Hauptversammlungsbeschluss oder als zusätzlicher Aufwand aufgrund des Gewinnverwendungsbeschlusses von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen ist (§ 58 Abs. 4 Satz 1 AktG).

Der Dividendenauszahlungsanspruch eines Aktionärs setzt einen Gewinnverwendungsbeschluss voraus (§ 58 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, § 174 AktG).¹⁵ Die nach § 174 Abs. 1 Satz 1 AktG dafür zuständige Hauptversammlung entscheidet mit einfacher Mehrheit über die Gewinnverwendung (§ 133 Abs. 1 AktG).¹⁶

II. Zivilrechtliche Wege zu einer disquotalen Gewinnverteilung

Folgende Wege sind dafür gängig, bei der Gewinnausschüttung von einer Gewinnverteilung anhand der Anteile der Gesellschafter am Nennkapital abzuweichen:

1. Abweichender Gewinnverteilungsschlüssel in Satzung

Sowohl der Gesellschaftsvertrag einer GmbH als auch die Satzung einer Aktiengesellschaft können einen Gewinnverteilungsschlüssel vorsehen, der vom gesetzlichen abweicht (§ 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, § 60 Abs. 3 AktG).

a) GmbH

Die Gesellschafter einer GmbH können eine disquotale Gewinnverteilung in der Satzung festschreiben (§ 29 Abs. 3

12 Vgl. BeckOK-GmbHG/Deussen, § 29 Rdnr. 29; MünchKomm-GmbHG/Ekkenga, § 29 Rdnr. 30.

13 Schwandtner, Disquotale Gewinnausschüttungen in Personen- und Kapitalgesellschaften, 79.

14 Der Bilanzgewinn ist der nach § 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AktG in der Gewinn- und Verlustrechnung oder im Anhang genannte Betrag, der sich als Saldo aus den einzelnen Gewinn- und Verlust-Positionen ergibt, Henssler/Strohn/Vetter, Gesellschaftsrecht, § 174 AktG Rdnr. 6.

15 Vgl. BGH, Urteil vom 03.11.1975, II ZR 67/73, BGHZ 65, 230, juris Rdnr. 26; Urteil vom 12.01.1998, II ZR 82/93, BGHZ 137, 378, juris Rdnr. 12; K. Schmidt/Lutter/Fleischer, AktG, 4. Aufl. 2020, § 58 Rdnr. 45.

16 Vgl. Grigoleit/Grigoleit/Zellner, AktG, 2. Aufl. 2020, § 174 Rdnr. 2.

Satz 2 GmbHG). Nach dem Grundsatz der Satzungsautonomie (§ 45 GmbHG) können die Gesellschafter die Gewinnverteilung nahezu beliebig regeln.¹⁷ Die Grenze ihrer Gestaltungsfreiheit liegt erst in der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)¹⁸ und bei gesetzlichen Verboten (§ 134 BGB).¹⁹ Selbst ein einvernehmlicher vollständiger Ausschluss der Gewinnbeteiligung eines einzelnen Gesellschafters ist dabei noch nicht sittenwidrig.²⁰ Weitere Regelungen zu Gewinnverteilungen sind denkbar, etwa die Vereinbarung eines Gewinnvoraus oder von Vorzugsrechten für bestimmte Geschäftsanteile oder Gesellschafterkategorien. Auch können die Gesellschafter einbehaltene (thesaurierte) Gewinne für eine spätere Ausschüttung bestimmten Gesellschaftern zur Zeit des Gewinnverwendungsbeschlusses schon zusichern.²¹

Der Gesellschaftsvertrag kann eine disquotale Gewinnausschüttung von Anfang an vorsehen. Durch Satzungsänderung kann eine disquotale Gewinnausschüttung auch nachträglich vereinbart werden. Eine Satzung kann nur unter Einhaltung der Vorschriften der §§ 53 ff. GmbHG geändert werden. Die Satzungsänderung muss insbesondere notariell beurkundet werden (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) und die Änderung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 54 Abs. 1 GmbHG). Eine disquotale Gewinnverteilung muss die geänderte Satzung der Rechtsprechung zufolge klar und unmissverständlich formulieren.²²

Der Satzungsänderung müssen die benachteiligten Gesellschafter analog § 53 Abs. 3 GmbHG zustimmen,²³ weil die Gesellschafter einen Anspruch auf grundsätzliche Gleichbehandlung haben²⁴ und § 53 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafter generell davor schützen soll, dass die Gesellschaftsmehrheit die mitgliedschaftsrechtlichen Ver-

mögensrechte schmälert.²⁵ Nach einer weitergehenden Auffassung bedarf die Satzungsänderung der Zustimmung aller Gesellschafter.²⁶ Sofern einem Gesellschafter ein zunächst eingeräumtes Gewinnvorrecht wieder genommen werden soll, muss er nach § 35 BGB zustimmen.²⁷

Ohne die erforderlichen Zustimmungen ist der Beschluss anfechtbar,²⁸ §§ 243 ff. AktG analog.²⁹ Dem Gebot des sichersten Weges folgend ist daher zu raten, dass alle Gesellschafter eine nachträgliche Satzungsänderung für einen abweichenden Gewinnverteilungsschlüssel einstimmig und mit Zustimmung jedes beeinträchtigten Gesellschafters beschließen.

b) Aktiengesellschaft

Auch in der Aktiengesellschaft kann eine disquotale Gewinnausschüttung in der Satzung vereinbart werden. § 60 Abs. 3 AktG lässt eine andere Art der Gewinnverteilung als die gesetzliche ausdrücklich zu, sodass das aktienrechtliche Gebot der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nicht entgegensteht. Zulässig sind daher etwa die Vereinbarung eines abweichenden Verteilungsmaßstabs sowie der teilweise oder vollständige Ausschluss einzelner Aktien vom Gewinnbezug.³⁰

Die nachträgliche Vereinbarung einer disquotalen Gewinnverteilungsabrede erfordert eine Satzungsänderung und bedarf nach § 179 Abs. 3 AktG der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter. Diese gesetzliche Regelung entspricht der herrschenden Auslegung von § 53 Abs. 3 GmbHG, wonach auch die GmbH-Gesellschafter einem Beschluss zustimmen müssen, der sie bei der Gewinnverwendung benachteiligt.³¹ Darüber hinaus kann die Satzung Vorzugsaktien vorsehen, die mit einem Vorzug bei der Gewinnverteilung ausgestattet sind (§ 139 Abs. 1 Satz 1 AktG).

Der Beschluss der Hauptversammlung über die Satzungsänderung ist nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG notariell zu beurkunden und der Vorstand muss die Satzungsänderung zur Eintragung in das Handelsregister anmelden (§ 181 Abs. 1 Satz 1 AktG).

2. Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag

Zumindest die Satzung einer GmbH kann auch eine sog. Öffnungsklausel für eine disquotale Gewinnverteilung vorsehen. In der Aktiengesellschaft ist nach herrschender Auffassung eine Öffnungsklausel ohne Wirkung.

- 17 MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 189; Noack/*Servatius/Haas/Kersting*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 29 Rdnr. 52; Rowedder/*Pentz/Pentz*, GmbHG, § 29 Rdnr. 107 f.; Henssler/*Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 48.
- 18 Vgl. *Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 29 Rdnr. 7; Scholz/*Verse*, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 29 Rdnr. 75.
- 19 *Grever*, RNotZ 2019, 1, 7.
- 20 BGH, Urteil vom 14.07.1954, II ZR 342/53, BGHZ 14, 264; MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 194; Habersack/*Casper/Löbbe/Leuschner*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 29 Rdnr. 107 f. Der bisher einzige (*Grever*, RNotZ 2019, 1, 7) höchstrichterlich anerkannte Fall der Sittenwidrigkeit lag darin, dass neben einem völligen Ausschluss von der Gewinnbeteiligung ein Gesellschafter auch nicht am Liquidationserlös beteiligt wird (BGH, a. a. O.).
- 21 MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 190; Henssler/*Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 48.
- 22 BayObLG, Beschluss vom 17.09.1987, BReg 3 Z 122/87, ZIP 1988, 25, 28. Nach § 17 Abs. 1 BeurkG müssen Notare die Erklärungen der Beteiligten ohnehin klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben.
- 23 *Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 29 Rdnr. 49; *Greve*, RNotZ 2019, 1, 7; MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 193; Noack/*Servatius/Haas/Kersting*, GmbHG, § 29 Rdnr. 52; Henssler/*Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 49.
- 24 Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 76.

- 25 MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 193 m. w. N.
- 26 Rowedder/*Pentz/Pentz*, GmbHG, § 29 Rdnr. 109.
- 27 Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 76.
- 28 Henssler/*Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 49.
- 29 BGH, Urteil vom 14.05.1990, II ZR 126/89, BGHZ 111, 224; zuletzt OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 06.07.2022, 13 U 80/18.
- 30 K. Schmidt/*Lutter/Fleischer*, AktG, § 60 Rdnr. 18; Hölters/*Weber/Mayer/Albrecht vom Kolke*, AktG, 4. Aufl. 2022, § 60 Rdnr. 5.
- 31 Vgl. *Grever*, RNotZ 2019, 1, 8.

a) GmbH

Eine Öffnungsklausel gestattet, dass die Gesellschafterversammlung eine Gewinnverteilung beschließt, die von der satzungsmäßigen Gewinnverteilung abweicht³² oder vom gesetzlichen Regelfall der Gewinnverteilung anhand der Geschäftsanteile (§ 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG).³³ Eine Öffnungsklausel kann bereits bei Gründung der Gesellschaft in die Satzung aufgenommen werden oder nachträglich durch Satzungsänderung.³⁴ Wird sie nachträglich durch Satzungsänderung vorgenommen, müssen analog § 53 Abs. 3 GmbHG alle Gesellschafter zustimmen, die die Änderung potenziell benachteiligt³⁵ (siehe oben unter II. 1. a)).

Es bestehen angesichts der Satzungsautonomie der GmbH (§ 45 GmbHG) keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln.³⁶ Die Öffnungsklausel muss sich nur eindeutig auf bestimmte Regelungen der Satzung beziehen und darf keine generelle Satzungsdurchbrechung durch Mehrheitsbeschluss erlauben.³⁷ Die Öffnungsklausel darf deshalb auch gestatten, dass die Gesellschafterversammlung alljährlich eine disquotale Gewinnausschüttung beschließt.³⁸ Daher ist die Aufnahme einer Öffnungsklausel empfehlenswert.³⁹

Ein Gewinnverteilungsbeschluss, der von einer Öffnungsklausel Gebrauch macht, bedarf vorbehaltlich anderer Satzungsbestimmungen lediglich der einfachen Mehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG)⁴⁰ und muss keine weiteren Formalien beachten.⁴¹ Die benachteiligten Gesellschafter müssen jedoch im Regelfall zustimmen.⁴² Dies muss grundsätzlich

auch Inhalt der Öffnungsklausel sein,⁴³ damit Minderheitsgesellschafter jedenfalls ausreichend geschützt sind.⁴⁴

Die Zustimmung der benachteiligten Gesellschafter ist dem OLG München zufolge jedoch entbehrlich, wenn der Satzung zufolge *alle* Gesellschafter der Gewinnverteilung „im Regelfall“ zustimmen müssen. Zu diesem Schluss kam das OLG München⁴⁵ für folgenden Fall: Eine Gesellschafterversammlung war der Satzung zufolge nur dann beschlussfähig, wenn alle Gesellschafter auf ihr vertreten sind. Sind auf einer einberufenen Gesellschafterversammlung nicht alle Gesellschafter vertreten, ist eine neue Gesellschafterversammlung nach erneuter Ladung einzuberufen. Diese neue Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital und kann ohne Zustimmung der benachteiligten Gesellschafter von der Öffnungsklausel Gebrauch machen. Denn dem benachteiligten Gesellschafter stehe es dann frei, seine Rechte wahrzunehmen.

b) Aktiengesellschaft

In der Aktiengesellschaft ist nach herrschender Auffassung in der Literatur eine Öffnungsklausel unwirksam, nach der die Gewinnverteilung etwa der Hauptversammlung oder einem anderen Organ übertragen wird.⁴⁶ Dies ergibt sich aus § 60 Abs. 3 AktG, wonach – so ist zu ergänzen – *nur* die Satzung eine andere Art der Gewinnverteilung bestimmen kann.⁴⁷ Die Satzung muss selbst vollständig und abschließend sein.⁴⁸ Auch § 60 Abs. 1, Abs. 2 AktG sehen keine Öffnungsklausel vor. Ein Beschluss der Hauptversammlung, der von einer unwirksamen Öffnungsklausel Gebrauch macht, ist nichtig nach § 241 Nr. 3 Fall 3 AktG, nach anderer Ansicht schlicht wirkungslos (auch ohne Anfechtung).⁴⁹

Nach einer abweichenden Ansicht erlaubt § 60 Abs. 3 AktG eine Öffnungsklausel – allerdings nur punktuell und unter Zustimmung der benachteiligten Aktionäre.⁵⁰ Diese Ansicht dürfte sich im Streitfall jedoch nicht durchsetzen. Denn im Aktienrecht gilt das Gebot der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG. Danach darf die Satzung – so der Wortlaut des Gesetzes – *nur* dann vom Aktiengesetz abweichen, wenn das Aktiengesetz eine Abweichung *ausdrücklich* zulässt. § 60 Abs. 3 AktG lässt zumindest seinem Wortlaut nach nur eine andere Art der Gewinnverteilung zu. Die Art der Ge-

32 So im Fallbeispiel BayObLG, Beschluss vom 23.05.2001, 3 Z BR 31/01, GmbHR 2001, 728; MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 136; MünchKomm-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rdnr. 47.

33 *Leuschner*, ZHR 184 (2020), 608, 626.

34 MünchKomm-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rdnr. 47.

35 Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 76.

36 *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 851.

37 Scholz/*Priester/Tebben*, GmbHG, § 53 Rdnr. 27a; Haber-sack/*Casper/Löbbe/Ulmer/Casper*, GmbHG, § 53 Rdnr. 40.

38 BayObLG, Beschluss vom 23.05.2001, 3 Z BR 31/01, GmbHR 2001, 728.

39 *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 851.

40 Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 53 Rdnr. 33.

41 Scholz/*Priester/Tebben*, GmbHG, § 53 Rdnr. 27a; Haber-sack/*Casper/Löbbe/Ulmer/Casper*, GmbHG, § 53 Rdnr. 40.

42 Im Beschluss des BayObLG vom 23.05.2001, 3 Z BR 31/01, GmbHR 2001, 728 ließ es das Gericht genügen, dass die Gesellschafter unter Zustimmung des beeinträchtigten Gesellschafters über eine von der satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverwendung beschließen. Beck'sches Handbuch der GmbH/*Birnbaum*, 6. Aufl. 2021, § 10 Ergebnisermittlung und Gewinnverwendung Rdnr. 94; *Grever*, RNotZ 2019, 1, 6; Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 75; Dötsch/*Pung/Möhlenbrock/Werner*, Die Körperschaftsteuer, Stand: Juni 2023, § 8 KStG Rdnr. 163 m. w. N.

43 OLG München, Beschluss vom 18.05.2011, 31 Wx 210/11, MittBayNot 2011, 416, juris Rdnr. 6.

44 BayObLG, Beschluss vom 23.05.2001, 3 Z BR 31/01, MittBayNot 2002, 201, juris Rdnr. 14.

45 OLG München, Beschluss vom 18.05.2011, 31 Wx 210/11, MittBayNot 2011, 416, juris Rdnr. 6.

46 *Grever*, RNotZ 2019, 1, 8; Koch/*Koch*, AktG, 17. Aufl. 2023, § 60 Rdnr. 6; Hölter/*Weber/Mayer/Albrecht vom Kolke*, AktG, § 60 Rdnr. 4.

47 MünchKomm-AktG/*Bayer*, 6. Aufl. 2023, § 60 Rdnr. 16.

48 BeckOK-AktG/*Cahn*, Stand: 01.07.2023, § 60 Rdnr. 19.

49 MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 33 m. w. N. Den Streit, ob der Beschluss nichtig oder wirkungslos ist, bezeichnet *Bayer* als praktisch bedeutungslos.

50 *Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz*, AktG, § 60 Rdnr. 16.

winnverteilung meint jedoch nur einen im Voraus feststehenden Gewinnverteilungsschlüssel. Dafür spricht die systematische Stellung hinter § 60 Abs. 1 und Abs. 2 AktG, die eine Gewinnverteilung anhand im Voraus feststehender Schlüssel regeln.

3. Satzungsdurchbrechender Beschluss

GmbH-Gesellschafter können den Gewinn der GmbH auch mit einem satzungsdurchbrechenden Beschluss⁵¹ disquotale verteilen.⁵² In der Aktiengesellschaft ist ein satzungsdurchbrechender Hauptversammlungsbeschluss wirkungslos.

a) GmbH

Ein satzungsdurchbrechender Beschluss einer GmbH verlangt jedenfalls eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, analog § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Denn er setzt sich über eine bestehende Satzung hinweg, die ebenfalls nur mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen geändert werden könnte.⁵³ Außerdem müssen die benachteiligten Gesellschafter analog § 53 Abs. 3 GmbHG zustimmen.⁵⁴ Dem Gebot des sichersten Weges folgend sollte ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss auch alle weiteren Gebote der §§ 53 ff. GmbHG einhalten und einstimmig unter Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen.

aa) Anforderungen an satzungsdurchbrechenden Gewinnverteilungsbeschluss unklar

Strittig ist nämlich, ob ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss über das Mehrheitserfordernis hinaus alle weiteren Voraussetzungen einer Satzungsänderung im Sinne des §§ 53 ff. GmbHG erfüllen, insbesondere notariell beurkundet (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), im Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden muss (§ 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG)⁵⁵ und der Anmeldung die vollständige

Satzung beizufügen ist (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).⁵⁶ Sollten die Gebote der §§ 53 ff. GmbHG gelten, hat der Beschluss nach § 54 Abs. 3 GmbHG keine rechtliche Wirkung, bevor er in das Handelsregister eingetragen ist.

Nach herrschender Meinung müssen wohl nur satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung alle Voraussetzungen der §§ 53 ff. GmbHG erfüllen, solche mit nur punktueller Wirkung hingegen nicht.⁵⁷ Die herrschende Meinung fußt darauf, dass ein satzungsdurchbrechender Beschluss nur in vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Kategorien eingeordnet werden kann, nämlich in die punktuell wirkende Satzungsverletzung (§ 243 Abs. 1 AktG) oder die dauerhaft wirkende Satzungsänderung (§§ 53 ff. GmbHG).⁵⁸ Einer anderen Ansicht zufolge ist jeder satzungsdurchbrechende Beschluss eine Satzungsverletzung und daher analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar (unabhängig von einer nur schwer bestimmbaren Dauerwirkung).⁵⁹ Ist der satzungsdurchbrechende Beschluss lediglich anfechtbar, wird er wirksam, wenn er nicht innerhalb eines Monats angefochten wird (§ 246 Abs. 1 AktG); eine notarielle Beurkundung (§ 53 Abs. 2 Satz 1 AktG) sowie eine Anmeldung und Eintragung im Handelsregister (§ 54 GmbHG) sind dann entbehrlich.

Innerhalb der herrschenden Meinung ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss ein Beschluss mit Dauerwirkung ist.⁶⁰

bb) Satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss ist keine Satzungsänderung im Sinne des § 53 Abs. 1 GmbHG

Im Streitfall ist die Ansicht am überzeugendsten, der zufolge ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss grundsätzlich nicht alle Voraussetzungen einer wirksamen Satzungsänderung im Sinne des §§ 53 ff.

51 Ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss liegt in zwei Fällen vor: erstens, wenn der Beschluss der Gewinnverteilungsregel in der Satzung widerspricht, und zweitens, wenn der Beschluss von der subsidiären gesetzlichen Regel in § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweicht, die in der Satzung nicht aufgenommen, in ihr aber nicht im Rahmen einer Öffnungsklausel nach § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG abbedungen wird (zu letzterem Fall BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 21.)

52 Vgl. *Pörschke*, DB 2017, 1165, 1166.

53 Vgl. *Beck*, GmbHR 2023, 597, 600: „Wenn die Abänderung des Gesellschaftsvertrags durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen muss (§ 52 Abs. 1 GmbHG), kann als Minus die vorübergehende Suspendierung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags erst recht durch einen Beschluss der Gesellschafter erfolgen.“

54 *Scholz/Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 76.

55 Es wird davon abweichend auch lediglich als strittig angesehen, ob ein satzungsdurchbrechender Beschluss einer Eintragung im Handelsregister bedarf; ein satzungsdurchbrechender Beschluss bedürfte danach in jedem Fall der notariellen Beurkundung, vgl. etwa *Lawall*, DStR 1996, 1169, 1170.

56 Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 24.08.2018, I-4 Wx 4/18, RNotZ 2019, 162, juris Rdnr. 18.

57 Vgl. BGH, Urteil vom 07.06.1993, II ZR 81/02, BGHZ 123, 15, juris Rdnr. 13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2016, I-3 Wx 130/15, juris Rdnr. 22; BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 22 f.; *Henssler/Strohn/Gummert*, Gesellschaftsrecht, § 53 GmbHG Rdnr. 9; *MünchKomm-GmbHG/Harbarth*, § 53 Rdnr. 51-53 zufolge müssen alle (auch punktuell wirkende) Satzungsdurchbrechungen die Voraussetzungen über die Satzungsänderungen einhalten, jedoch sind punktuell wirkende Satzungsdurchbrechungen nicht notwendigerweise im Handelsregister einzutragen; so auch *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 53 Rdnr. 31; *Lawall*, DStR 1996, 1169, 1174; *Scholz/Priester/Tebben*, GmbHG, § 53 Rdnr. 30a.

58 *Leuschner*, ZHR 180 (2016), 422, 426.

59 *Leuschner*, ZHR 180 (2016), 422, 439 f., 450 ff.; *Habersack/Casper/Löbbe/Leuschner*, GmbHG, § 29 Rdnr. 102; *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, § 53 Rdnr. 47 f.

60 Vgl. *Grever*, RNotZ 2019, 1, 7; *Lauer/Wuestenfeld*, DB 2022, 985, 987. Auch der BFH ließ die Frage bisher offen: BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 31. Dies war im Streitfall möglich, weil der satzungsdurchbrechende Beschluss nicht anfechtbar war, weil er einstimmig gefasst wurde.

GmbHG erfüllen muss. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Gewinnverteilungsbeschluss über die Gegenwart hinaus in die Zukunft wirkt. Regelmäßig wirken Gewinnverteilungsbeschlüsse nicht in die Zukunft hinein.

Ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss fällt nicht unmittelbar unter § 53 Abs. 1 GmbHG, weil er die Satzung (§ 45 Abs. 1 GmbHG⁶¹) nicht hinsichtlich des Wortlauts ändert.⁶² Ein Gewinnverteilungsbeschluss ist keine Satzungsregelung. Denn eine Satzungsregelung bindet ähnlich einem Rechtssatz⁶³ die gegenwärtigen und künftigen Gesellschafter abstrakt-generell.⁶⁴ Ein satzungsdurchbrechender Gewinnverteilungsbeschluss soll niemanden abstrakt-generell binden, sondern in einem Einzelfall die Bindung einer Satzung durchbrechen; er soll auch nicht verhindern, dass die bestehende Satzung gegenwärtige und künftige Gesellschafter künftig (grundsätzlich) unverändert bindet.⁶⁵ Die Satzung soll keine andere Form oder anderen Inhalt erhalten,⁶⁶ es sei denn, der Beschluss erweitert oder ergänzt die Satzung für die Zukunft.⁶⁷ Ein Beschluss, der sich über die Satzung hinwegsetzt, verstößt daher nur gegen die Satzung, ist aber keine Satzungsänderung.

cc) Analoge Anwendung der §§ 53 ff. GmbHG bei satzungsdurchbrechenden Gewinnverteilungsbeschlüssen, die dauerhaft wirken

Allerdings sind die § 53 ff. GmbHG analog auf einen satzungsdurchbrechenden Gewinnverteilungsbeschluss anzuwenden, wenn er sich wie eine Satzung dauerhaft auswirkt. Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.⁶⁸ Die planwidrige Regelungslücke besteht, weil ein satzungsdurchbrechender Beschluss im GmbHG nicht geregelt ist.⁶⁹

61 Satzung und Gesellschaftsvertrag meinen im Recht der GmbH dasselbe, K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 72 f.

62 A. A. Leuschner, ZHR 180 (2016), 422, 433 f., wonach auch die Nichtgeltungsanordnung der Satzung im Einzelfall eine Änderung der Satzung ist (und daher grundsätzlich den Satzungsänderungsvorschriften unterfällt).

63 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. 2., 2011, Die juristische Person, 318 f.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 70.

64 Bork/Schäfer/Arnd/Arnold, GmbHG, 5. Aufl. 2022, § 53 Rdnr. 25.

65 Wicke/Wicke, GmbHG, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 53 Rdnr. 19.

66 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2016, I-3 Wx 130/15, NJW-RR 2017, 293, juris Rdnr. 22; Saenger/Inhester/Inhester, GmbHG, 5. Aufl. 2023, § 53 Rdnr. 22; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, § 53 Rdnr. 40.

67 Rowedder/Pentz/Schnorbus, GmbHG, § 53 Rdnr. 44.

68 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1999, 202 ff.

69 Verneint man die planwidrige Regelungslücke, gibt es schlicht nur die Kategorien satzungsgemäßer oder satzungswidriger Beschlüsse. Die Verneinung der planwidrigen Regelungslücke ließe sich damit begründen, dass ein Unterschied zwischen satzungsdurchbrechenden Beschlüssen mit Dauerwirkung und punktueller Wirkung nicht möglich sei; vgl. Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, § 53 Rdnr. 42 ff.

Ein Beschluss ist einer Satzung vergleichbar, wenn er wie eine Satzung dauerhaft und zustandsbegründend wirkt (und nicht nur punktuell).⁷⁰ Die Dauerwirkung eines Beschlusses ist der Dauerwirkung einer Satzung vergleichbar, weil der Beschluss den Zustand der Gesellschaft mit Wirkung für die Zukunft verändert – und insofern auch abstrakt-generell in die Zukunft hineinwirkt. Diese Dauerwirkung hat Bedeutung für den Rechtsverkehr einschließlich etwaiger später eintretender Gesellschafter. Der Rechtsverkehr orientiert sich an der Satzung, deren Änderung der Registerpublizität des § 54 Abs. 1 GmbHG unterliegt.⁷¹ Der Rechtsverkehr hat auch ein berechtigtes Interesse daran, Beschlüsse mit Dauerwirkung erkennen zu können. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluss nur für einen bestimmten Zeitraum gelten mag.⁷² Ein satzungsdurchbrechender Beschluss mit Dauerwirkung muss daher im Handelsregister veröffentlicht werden.

Deshalb ist richtigerweise zu differenzieren: Satzungsdurchbrechende Gewinnverteilungsbeschlüsse müssen wie Satzungsänderungen alle Vorschriften der §§ 53 ff. GmbHG einhalten, wenn sie sich dauerhaft auswirken.⁷³ Wirken sie nur punktuell, genügt ein Gesellschafterbeschluss mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) sowie der Zustimmung aller ggf. benachteiligten Gesellschafter analog § 53 Abs. 3 GmbHG. Keine Rolle spielt, ob sich die Gesellschafter bewusst über eine bestehende Satzung hinwegsetzen.⁷⁴

Satzungsdurchbrechende Gewinnverteilungsbeschlüsse können sowohl dauerhaft als auch punktuell wirken: In einem Fall des OLG Dresden wirkte ein Gewinnverteilungsbeschluss deshalb dauerhaft, weil mit ihm satzungsmäßige Gewinnrücklagen ausgeschüttet wurden.⁷⁵ Dies hatte Wirkungen über die laufende Abrechnungsperiode hinaus, weil der Beschluss die in der Satzung geforderte Gewinnrücklage schmälerte. Daher musste der Gewinnverteilungsbeschluss alle Vorschriften der §§ 53 ff. GmbHG einhalten. Eine Dauerwirkung liegt darüber hinaus auch vor, wenn der Gewinnverteilungsbeschluss eine dauerhaft ungleiche Ausstattung der Gewinn- oder Kapitalrücklagen der Gesellschafter regelt.

70 Vgl. zur Herleitung dieser Differenzierung Leuschner, ZHR 180 (2016), 422, 427. Darüber hinaus: Birkenmaier/Obser, GmbHR 2022, 850, 851; Grever, RNotZ 2019, 1, 7; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 987.

71 BGH, Urteil vom 07.06.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, juris Rdnr. 13.

72 BGH, Urteil vom 07.06.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, juris Rdnr. 13; BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 27.

73 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 22, 30; Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Werner, Die Körperschaftsteuer, § 8 KStG Rdnr. 163 m. w. N.

74 OLG Dresden, Beschluss vom 09.11.2011, 12 W 1002/11, GmbHG 2012, 213, juris Rdnr. 11 m. w. N.; Leuschner, ZHR 180 (2016), 422, 425.

75 OLG Dresden, Beschluss vom 09.11.2011, 12 W 1002/11, GmbHR 2012, 213, juris Rdnr. 13; zust. MünchKomm-GmbHG/Ekkenga, § 29 Rdnr. 156.

Ein Gewinnverteilungsbeschluss unterliegt hingegen nicht allen Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 53 ff. GmbHG, wenn er sich punktuell nur in einem bestimmten Geschäftsjahr auswirkt.⁷⁶ Dies ist bei einem gewöhnlichen Gewinnverteilungsbeschluss der Fall,⁷⁷ der die satzungsmäßigen Gewinnrücklagen nicht berührt. Daher sind auch bloße Gewinnverteilungsbeschlüsse, die Vorabauschüttungen beschließen, kein satzungsdurchbrechender Beschluss mit Dauerwirkung.⁷⁸ Auch andere Gewinnverteilungsbeschlüsse, die lediglich die Gewinnverteilungsquote in einem Geschäftsjahr ändern, wirken nicht dauerhaft.

dd) Zwischenfazit

Der sicherste Weg ist daher, satzungsdurchbrechende disquotale Gewinnverteilungsbeschlüsse unter Einhaltung aller Voraussetzungen einer Satzungsänderung nach §§ 53 ff. GmbHG⁷⁹ und einstimmig zu fassen.⁸⁰ Die Einstimmigkeit empfiehlt sich, weil ein zustimmender Gesellschafter nach § 245 Satz 1 Nr. 1 AktG nicht anfechtungsbefugt ist und zugleich sichergestellt ist, dass jeder benachteiligte Gesellschafter analog § 53 Abs. 3 GmbHG zustimmt. Bleibt der Beschluss hinter den Voraussetzungen an einen fehlerfreien satzungsdurchbrechenden Beschluss zurück, ist er – je nach Ansicht – möglicherweise analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar,⁸¹ unwirksam⁸² oder analog § 241 AktG nichtig.⁸³

b) Aktiengesellschaft

Ein satzungsdurchbrechender Beschluss der Hauptversammlung ist in der Aktiengesellschaft nicht möglich: Der Gewinn der Aktiengesellschaft wird nur anhand des gesetzlichen Gewinnverteilungsbeschlusses verteilt (§ 60 Abs. 1, Abs. 2 AktG) oder anhand einer eindeutigen Satzungsregelung (§ 60 Abs. 3 AktG).⁸⁴

Beschlüsse der Hauptversammlung über die Gewinnverteilung sind ohne Rechtsfolgen, weil weder § 174 Abs. 2 Nr. 2 AktG noch § 58 Abs. 3 AktG der Hauptversammlung die Kompetenz dazu geben, eine abweichende Gewinnverteilung zu beschließen.⁸⁵ Besagte Normen gewähren lediglich die Kompetenz, den auszuschüttenden Betrag festzulegen. Ein gleichwohl gefasster Beschluss über eine abweichende Gewinnverteilung ist nichtig (§ 241 Nr. 3 AktG).

4. Abtretung des Auszahlungsanspruchs

Möglich ist darüber hinaus eine schuldrechtliche Abrede, indem ein Gesellschafter seinen Gewinnauszahlungsanspruch an einen anderen Gesellschafter – oder einen Dritten – abtritt (§ 398 BGB).⁸⁶ Eine solche Abtretung ist mangels eines Formerfordernisses in den §§ 398 ff. BGB formfrei möglich.⁸⁷ Die Abtretung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Mitwirkung der auszahlenden Gesellschaft.⁸⁸ § 717 Satz 1 BGB steht der Wirksamkeit der Abtretung nicht entgegen, weil § 717 Satz 2 BGB Ansprüche auf einen Gewinnanteil aus dem Übertragungsverbot des § 717 Satz 1 BGB herausnimmt. Der Weg der Vorausabtretung steht sowohl GmbH-Gesellschaftern als auch Aktionären offen.

Ein Gesellschafter kann auch künftige Ansprüche auf Gewinnauszahlung abtreten,⁸⁹ wenn der Gewinnverwendungsbeschluss noch nicht gefasst wurde.⁹⁰ Sobald dieser gefasst wurde, entsteht der Gewinnauszahlungsanspruch direkt in der Person des Zessionars und ohne Durchgangs-

76 Altmeyen/*Altmeyen*, GmbHG, § 53 Rdnr. 62; Wicke/*Wicke*, GmbHG, § 53 Rdnr. 19; so differenzierend auch FG Münster, Urteil vom 06.05.2020, 9 K 3359/18 E, AO, EFG 2020, 1603, juris Rdnr. 43-45.

77 Vgl. *Lauer/Wuestenfeld*, DB 2022, 985, 987-992; Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 76; Dötsch/Pung/Möhlenbrock/*Werner*, Die Körperschaftsteuer, § 8 KStG Rdnr. 163 m. w. N.; BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 25 mit Hinweis auf die Würdigung der ersten Instanz FG Münster, Urteil vom 06.05.2020, 9 K 3359/18 E, AO, EFG 2020, 1603, juris Rdnr. 43-45.

78 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 25 ff. mit Hinweis auf die Würdigung der ersten Instanz FG Münster, Urteil vom 06.05.2020, 9 K 3359/18 E, AO, EFG 2020, 1603, juris Rdnr. 43-45.

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

80 So geschehen in BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606. Dadurch sah der BFH den Beschluss als zivilrechtlich wirksam an.

81 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, juris Rdnr. 23; *Leuschner*, ZHR 180 (2016), 422, 424; Noack/*Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, § 53 Rdnr. 48.

82 Vgl. *Wicke/Wicke*, GmbHG, § 53 Rdnr. 19.

83 *Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 53 Rdnr. 58; *Saenger/Inhester/Inhester*, GmbHG, § 53 Rdnr. 19.

84 MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 16; Dötsch/Pung/Möhlenbrock/*Werner*, Die Körperschaftsteuer, § 8 KStG Rdnr. 163.

85 MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 33.

86 Vgl. BFH, Urteil vom 13.09.2017, II R 42/16, BStBl. II 2018, S. 299, juris Rdnr. 19; *Köhler*, GmbHR 2019, 1043, 1047; *Schwandtner*, Disquotale Gewinnausschüttungen in Personen- und Kapitalgesellschaften, 84 ff.; Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 78.

87 *Bork/Schäfer/Witt*, GmbHG, § 29 Rdnr. 36; *Staudinger/Busche*, Neub. 2022, § 398 Rdnr. 12; *Noack/Servatius/Haas/Kersting*, GmbHG, § 29 Rdnr. 58.

88 Vgl. *Staudinger/Busche*, § 398 Rdnr. 23. Anders hingegen, wenn in der Satzung die Abtretung nach § 399 BGB an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft wurde.

89 MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 58 Rdnr. 106; MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rdnr. 120; *Staudinger/Habermeier*, Neub. 2003, § 717 Rdnr. 14; *Scholz/Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 85; *Bork/Schäfer/Witt*, GmbHG, § 29 Rdnr. 37.

90 Die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorausabtretungen ergibt sich bekanntermaßen aus einem Erst-Recht-Schluss zu § 185 Abs. 2 BGB (vgl. *Grüneber/Grüneberg*, 82. Aufl. 2023, § 398 Rdnr. 11): Wer über einen fremden Gegenstand verfügen kann, den er erst künftig erwirbt, kann erst recht über einen künftig eigenen Gegenstand verfügen, der niemals fremd sein wird.

erwerb des Gesellschafters (Direkterwerb).⁹¹ Denn der Gesellschafter, der seinen Gewinnausschüttungsanspruch im Voraus abtritt, überträgt nicht nur seinen künftigen Gewinnausschüttungsanspruch, sondern seine bereits jetzt bestehende Rechtsposition, mit der schon eine begründete Aussicht auf den Gewinnausschüttungsanspruch verbunden ist.⁹² Voraussetzung dafür, dass der Zessionar den Gewinnausschüttungsanspruch dann auch erhält, ist, dass zur Zeit der Entstehung des abgetretenen Gewinnausschüttungsanspruchs dessen sonstigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind,⁹³ insbesondere die Gesellschafterstellung des Zedenten.⁹⁴

5. Gewinnverzicht einzelner Gesellschafter

Ein Gesellschafter kann auf seinen Gewinnausschüttungsanspruch verzichten, und zwar auch im Voraus.⁹⁵ Ein Gewinnverzicht kann als Erlassvertrag analog § 397 BGB zwischen Gesellschafter und Gesellschaft eingeordnet werden⁹⁶ oder als Vereinbarung, die das Entstehen des Gewinnausschüttungsanspruchs verhindert.⁹⁷ Der Verzicht ist in beiden Fällen formfrei möglich.⁹⁸ Der Inhalt des Verzichts ist durch Auslegung zu ermitteln: Regelmäßig verhindert der Verzicht, dass der Gewinnausschüttungsanspruch des verzichtenden Gesellschafters entsteht.⁹⁹ Möglich ist aber auch, dass die Parteien einen Gewinnausschüttungsanspruch für

eine logische Sekunde entstehen lassen wollen, ehe er untergehen soll.¹⁰⁰

Ein nicht zur Entstehung gelangter Gewinnausschüttungsanspruch erhöht nach Maßgabe des § 60 AktG die Dividenden anderer Aktionäre.¹⁰¹ Auch ein GmbH-Gesellschafter kann auf seinen Gewinnanspruch verzichten.¹⁰²

6. Nießbrauch, § 1068 BGB

Ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann einem Dritten oder einem Mitgesellschafter auch einen Nießbrauch an seinem Anteil einräumen, § 1068 Abs. 1 BGB. Nach § 1068 Abs. 2, § 1030 Abs. 1 BGB stehen dem Nießbraucher die Nutzungen des Kapitalgesellschaftsanteils zu. Dazu gehören nach §§ 100, 99 Abs. 2 BGB die Gewinnansprüche aus dem Kapitalgesellschaftsanteil.¹⁰³ Der Nießbraucher wird dann Inhaber des Gewinnausschüttungsanspruchs.¹⁰⁴ Dabei kann (und sollte auch ausdrücklich) geregelt werden, ob der Gesellschafter oder der Nießbraucher die übrigen mit dem Anteil verbundenen Rechte innehat oder zumindest ausüben kann.¹⁰⁵

Gegenstand eines Nießbrauchs kann nach § 1068 Abs. 2 BGB auch ein Geschäftsanteil an einer GmbH oder eine Aktie sein.¹⁰⁶ Denn nach § 15 Abs. 1 GmbHG sind die Geschäftsanteile an einer GmbH übertragbar; Aktien sind nach den §§ 929 ff. BGB übertragbar¹⁰⁷. Für die Bestellung des Nießbrauchs müssen die für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften angewendet werden (§ 1069 Abs. 1 BGB), also insbesondere § 15 Abs. 4 GmbHG für GmbH-Geschäftsanteile und §§ 929 ff. BGB für Aktien.

91 St. Rspr. seit RG, Urteil vom 16.04.1920, II 396/19, RGZ 98, 318, 320; BGH, Urteil vom 30.06.2004, VIII ZR 349/03, DNotZ 2005, 64, juris Rdnr. 12. Zweifelnd etwa MünchKomm-GmbHG/*Ekkenga*, GmbHG, § 29 Rdnr. 120. Konsequenz der herrschenden Meinung ist, dass der im Voraus abgetretene Gewinnausschüttungsanspruch nicht in die Insolvenzmasse des Gesellschafters fallen kann; vgl. Staudinger/*Busche*, § 398 Rdnr. 73.

92 Zur Vorausabtretung von Forderungen allgemein: Staudinger/*Busche*, § 398 Rdnr. 73 m. w. N.

93 Vgl. zum vergleichbaren Fall des Entstehens eines im Voraus abgetretenen Auseinandersetzungsanspruchs BGH, Urteil vom 14.7.1997, II ZR 122/96, NJW 1997, 3370, juris Rdnr. 9.

94 Vgl. Scholz/*Verse*, GmbHG, § 29 Rdnr. 84 m. w. N.

95 Vgl. MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 38. Nach allgemeiner Meinung können nicht nur bestehende, sondern auch künftige Forderungen erlassen werden, BGH, Urteil vom 28.11.1963, II ZR 41/62, BGHZ 40, 326, juris Rdnr. 11; Urteil vom 15.07.2016, V ZR 168/15, BGHZ 211, 216, juris Rdnr. 35; Grüneberg/*Grüneberg*, § 397 Rdnr. 3; *Köhler*, GmbHR 2019, 1043, 1048.

96 Vgl. MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 38; Koch/*Koch*, AktG, § 60 Rdnr. 11.

97 Vgl. Staudinger/*Rieble*, § 397 Rdnr. 115, wonach der Vorauserlass weithin überflüssig ist. Denn die Parteien können nahezu stets die Entstehung eines Anspruchs obligatorisch unterbinden. Weshalb die Parteien einen verfügbaren Vorauserlass nebst dessen Rechtsgrund vereinbaren sollten, sei nicht ersichtlich.

98 Grüneberg/*Grüneberg*, § 397 Rdnr. 7.

99 MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 38; Koch/*Koch*, AktG, § 60 Rdnr. 11.

100 Vgl. allgemein zum Erlass künftiger Forderungen MünchKomm-BGB/*Schlüter*, 9. Aufl. 2022, § 397 Rdnr. 7.

101 MünchKomm-AktG/*Bayer*, § 60 Rdnr. 38; Koch/*Koch*, AktG, § 60 Rdnr. 11 f.; Henssler/*Strohn/Paefgen*, Gesellschaftsrecht, § 60 AktG Rdnr. 8.

102 Vgl. BeckOK-GmbHG/*Deussen*, § 29 Rdnr. 3.

103 MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 9. Aufl. 2023, § 1068 Rdnr. 95; BeckOK-BGB/*Reischl*, Stand: 01.08.2023, § 1069 Rdnr. 21 f.

104 RG, Urteil vom 17.11.1915, II 361/15, RGZ 383, 386.

105 Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten etwa MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 95-98.

106 MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 37, 39.

107 Staudinger/*C. Heinze*, § 929 Rdnr. 6b.

Beschlussfassung bei Personengesellschaften – Status quo, MoPeG und Vertragsgestaltung

Von Notarassessor Dr. Stefan Neuhöfer, LL.M. (Glasgow), München¹

Das MoPeG wird zum 01.01.2024 in Kraft treten, das Personengesellschaftsrecht reformieren und insofern das verfassungsrechtlich im Eigentumsgrundrecht radizierte Verhältnis der Gesellschafter von Personengesellschaften zueinander und zu Dritten neu ordnen.² Mit der gesetzlichen Verankerung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Rechtssubjekt fügt es sich in die aktuelle wissenschaftliche Diskussion um (neue) Rechtsträger und (neue) juristische Personen ein³ und bringt aufgrund der erheblichen Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen weitreichende praktische Auswirkungen mit sich, insbesondere durch das Gesellschaftsregister.⁴ Hierfür können bereits vor Inkrafttreten Anpassungen der Muster mit Blick auf die Reform sinnvoll sein, etwa die eindeutige Feststellung im Gesellschaftsvertrag einer GbR, dass die Gesellschaft im Rechtsverkehr nach außen auftreten wird. Dies sichert die Eintragungsfähigkeit im Gesellschaftsregister und damit den weiteren öffentlichen Registern.⁵ Auch das Recht der Beschlussfassungen bei Personengesellschaften erfährt eine Überarbeitung mit erheblichen Neuerungen, die sich auswirken, wenn aus gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Gründen ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist.

Der Beitrag nimmt dies zum Anlass, den bisherigen dogmatischen Besitzstand zum Beschlussrecht der Personengesellschaften überblicksartig darzustellen und daran anknüpfend die Änderungen durch das MoPeG und jeweils deren konkrete Bedeutung in der kautelarjuristischen Gestaltung zu beleuchten.

I. Rechtsnatur von Beschlussfassung und Implikationen

Nicht abschließend geklärt ist, ob es sich bei der Beschlussfassung um einen Sozialakt⁶ oder um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft⁷ handelt. In jedem Fall liegen in der Teilnahme an der Beschlussfassung rechtlich relevante Äußerungen, an die Rechtsfolgen knüpfen, sodass diese dogmatisch als Willenserklärungen zu behandeln sind.⁸ Folglich gelten für sie die allgemeinen Regeln, d. h. insbesondere können bei rechtlich neutralen bzw. lediglich rechtlich vorteilhaften Beschlüssen die Rechte von geschäftsunfähigen und beschränkt geschäftsfähigen Gesellschaftern durch die gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden.⁹ Allerdings bedeutet dies auch, dass die Wirksamkeit der Erklärung erst mit Zugang bei allen an der Beschlussfassung Beteiligten eintritt.¹⁰ Dieses Erfordernis gilt sowohl im Präsenzverfahren wie auch bei Umlaufbeschlüssen.¹¹ Während die Stimmabgabe in der Praxis (sofern durch Rechtsberater begleitet) regelmäßig schriftlich erfolgt, ist diese nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre sogar konkludent möglich, was freilich zu erheblichen Nachweisproblemen führen

1 Mit herzlichem Dank an Notar und Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Bischofsheim i. d. Rhön/Würzburg, und Notarassessor Dr. Christian Hess, München, für ihre Anmerkungen zum Manuskript.

2 Damit handelt es sich um eine Prägung (Art. 14 Abs. 2 GG) des Eigentums der Gesellschafter, an der sich paradigmatisch zeigt, dass Eigentum nicht allein dem Ausschluss Dritter (§ 903 Satz 1 BGB a. E.) dient, sondern auch die Kooperation mit Dritten ermöglicht und daher auch auf Nicht-eigentümer und deren Belange einzugehen hat. Dazu *Goldhammer*, JEUD 2021, 39 ff., *Ladeur*, Recht – Wissen – Kultur, S. 124.

3 *Bauermeister/Grobe*, ZGR 2022, 733; *Teubner*, AcP 2018, 155; *Neuhöfer*, Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz.

4 Hierin liegt die wichtigste Neuerung durch das MoPeG, vgl. auch *Hermanns*, DNotZ 2022, 3, 9.

5 So auch *Kindler*, ZfPW 2022, 409, 423.

6 So noch BGH, Urteil vom 22.09.1969, II ZR 144/68, NJW 1970, 33; BeckOGK-BGB/*Geibel*, Stand: 01.12.2019, § 709 Rdnr. 110 m. w. N. zur Rechtsnatur und Ausführungen zur Ansicht, es handele sich um ein „mehrsseitiges Rechtsgeschäft“.

7 So etwa BeckOK-BGB/*Schöne*, § 709 Rdnr. 30; Münch-Komm-BGB/*Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 709 Rdnr. 5 m. w. N.; zur Diskussion um die Rechtsnatur *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, § 15 I. 2.; *Busche* in FS Sacker, 2021, 45 ff.

8 BeckOGK-BGB/*Geibel*, § 709 Rdnr. 113, 126 ff.; Münch-Komm-BGB/*Schäfer*, § 709 Rdnr. 74; zur Bedeutung des § 181 BGB BGH, Beschluss vom 18.09.1975, II ZB 6/74, BGHZ 65, 93; Urteil vom 22.09.1969, II ZR 144/68, NJW 1970, 33; Urteil vom 24.09.1990, II ZR 167/89, NJW 1991, 691; BeckOGK-BGB/*Geibel*, § 709 Rdnr. 116.

9 Zu den Grenzen mit Fallgruppen *Everts*, MittBayNot 2023, 9, 12.

10 Allg. Meinung: BGH, Urteil vom 27.06.1957, II ZR 37/56, BeckRS 1957, 31387935; Beschluss vom 18.09.1975, II ZB 6/74, NJW 1976, 49, 50; BeckOK-HGB/*Klimke*, Stand: 15.10.2022, § 119 Rdnr. 61; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 709 Rdnr. 74; anders liegt es hingegen bei der Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen, diese muss nicht sämtlichen Gesellschaftern, sondern nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zugehen, dazu *Noack*, NZG 2020, 581, 583.

11 *Hopt/Roth*, HGB, 42. Aufl. 2023, § 119 Rdnr. 26; BeckOK-HGB/*Klimke*, § 119 Rdnr. 61, dort auch m. w. N. zum Problem im Rahmen des § 130 BGB, bis wann bei der Beschlussfassung unter Abwesenden der Widerruf möglich ist.

kann.¹² In gleichem Maße wie auf die Abgabe der relevanten Erklärungen sollte auch Sorgfalt auf ihren Zugang verwandt werden. In Präsenzbeschlüssen erweist sich dieses Erfordernis zumindest bei kleinen Gesellschaften als weitgehend unproblematisch, bei einem größeren Gesellschafterkreis ist durch die Rechtsprechung gesichert, dass der Versammlungsleiter konkludent mit der Entgegennahme der Stimmen bevollmächtigt sein kann.¹³ Während die konkludente Bevollmächtigung darin gesehen werden mag, dass der Versammlungsleiter „als verantwortlich“ für den Ablauf der Beschlussfassung gilt und hierzu in der Regel auch von allen Gesellschaftern seine Zustimmung erhalten hat, ist weniger klar, ob dies ebenso für den Initiator des Beschlusses im Umlaufverfahren gelten kann. Denn ein Umlaufverfahren wird häufig ohne vorherige Kenntnis aller übrigen Gesellschafter (in der die konkludente Empfangsbevollmächtigung gesehen werden kann) angestoßen.¹⁴ In der Konsequenz setzt die Wirksamkeit des Beschlusses den Zugang sämtlicher Stimmen bei sämtlichen Gesellschaftern voraus, was in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann.

Neben einer ausdrücklichen Empfangsvollmacht in der (durch den Berater vorbereiteten) schriftlichen Zustimmungserklärung der übrigen Gesellschafter könnte eine praxisorientierte Gestaltung darin liegen, in Gesellschaftsverträgen eine Empfangsvollmacht gemäß § 164 Abs. 3 BGB für die Entgegennahme der Willenserklärungen bei der Mitwirkung von Beschlüssen aufzunehmen.¹⁵ Um sicherzustellen, dass sämtliche Stimmen gegenüber einem einzigen Gesellschafter abgegeben werden, könnte der jeweilige Initiator des Beschlusses oder alternativ (sofern vorhanden) der Geschäftsführer entsprechend bevollmächtigt werden. Eine Formulierung könnte wie folgt lauten:

Derjenige Gesellschafter, der die übrigen Gesellschafter zur Beschlussfassung im Umlaufverfahren auffordert (Initiator) (*alternativ*: Der Geschäftsführer der Gesellschaft), gilt als bevollmächtigt, die Stimmen sämtlicher Gesellschafter zu der jeweiligen Beschlussfassung für alle übrigen Gesellschafter in Empfang zu nehmen.

Bei Anteilsabtretungen sollten die neuen Gesellschafter dementsprechend die in dem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Erklärungen und Vollmachten auch im eigenen Namen abgeben.

II. Beschlussmängel in der GbR

Im Recht der Personengesellschaften differenziert der Gesetzgeber mit dem MoPeG noch stärker zwischen der GbR

als dem Grundtypus der Personengesellschaften und den professionelleren Personenhandelsgesellschaften. Entsprechend dieser Differenzierung wird die Rechtsgrundverweisung in § 105 Abs. 3 HGB nach Auffassung des Gesetzgebers den Strukturunterschieden zwischen GbR und Personenhandelsgesellschaften nicht (mehr) gerecht. Deshalb wird mit dem MoPeG der Wortlaut des § 105 Abs. 3 HGB n. F. angepasst und von einer Rechtsgrundverweisung auf eine Analogie umgestellt.¹⁶ Diese Veränderung ist allerdings lediglich symbolischer Natur und ändert nichts an der Systematik der „Kaskadenverweisungen“ (in § 162 Abs. 2 und § 105 Abs. 3 HGB sowie § 1 Abs. 4 PartGG). Das hat auch weiterhin zur Folge, dass die Regeln des Rechts der GbR nicht nur dort, sondern qua Verweisung auch im Recht der OHG, der KG und der PartGG vorbehaltlich besonderer Bestimmungen Anwendung finden und somit weiterhin das Gerüst der Regelung zu Personengesellschaften bilden.

1. Beschlussfassung

Bislang ist bei der GbR die Beschlussfassung als Teil der korporativen Willensbildung vorausgesetzt, ohne allerdings – im Gegensatz zur OHG in § 119 HGB – im Gesetz eine ausdrückliche Erwähnung erfahren zu haben.¹⁷ Ein Teil der bisher häufig gesellschaftsvertraglich vereinbarten Voraussetzungen der Beschlussfassung wird dabei durch das MoPeG kodifiziert. Die Gegenüberstellung des dogmatischen Besitzstandes und der Reform ergibt dennoch Regelungsbedarf (und neue Regelungsmöglichkeiten).

a) Status quo

Das Gesetz enthält gegenwärtig (Stand: vor dem MoPeG) keine spezifischen Anforderungen an das Verfahren der Beschlussfassung. Diese setzt daher grundsätzlich¹⁸ kein bestimmtes Verfahren voraus. Folglich können sowohl in Gesellschafterversammlung in Präsenz als auch im Umlaufverfahren, also ohne persönliche Anwesenheit, Beschlüsse gefasst werden. Für sie besteht kein gesetzliches Formerfordernis, weswegen die Beschlussfassung nach allgemeinen Regeln mündlich oder sogar durch konkludente Erklärung möglich ist.¹⁹ Aber selbst wenn gesellschaftsvertraglich eine bestimmte Form vereinbart ist, kann hiervon bei Einstimmigkeit abgewichen werden, worin bei Personengesellschaften sogar eine konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrags, einschließlich einer etwaigen

12 Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 1/Weipert, 5. Aufl. 2019, § 57 Rdnr. 79.

13 BGH, Urteil vom 27.06.1957, II ZR 37/56, WM 1957, 1128, 1130; BeckOK-HGB/Klimke, § 119 Rdnr. 61; EBJs-HGB/Freitag, 4. Aufl. 2020, § 119 Rdnr. 51; MünchKomm-HGB/Enzinger, 5. Aufl. 2022, § 119 Rdnr. 14.

14 BeckOK-HGB/Klimke, § 119 Rdnr. 61.

15 Zum Vorschlag der Bevollmächtigung auch EBJs-HGB/Freitag, § 119 Rdnr. 51; Oetker/Lieder, HGB, 7. Aufl. 2021, § 119 Rdnr. 40.

16 BR-Drucks. 59/21, S. 254, dort allerdings noch zu § 105 Abs. 2 HGB-E, der zum § 105 Abs. 3 HGB n. F. wurde.

17 BeckOK-BGB/Schöne, § 709 Rdnr. 28.

18 Üblicherweise ist in professionell gestalteten Gesellschaftsverträgen explizit geregelt, dass die Beschlussfassung auch im Umlaufverfahren möglich ist, so zum Beispiel bei Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Giehl, Stand: 01.06.2023, 7.1.1.

19 Allgemeine Meinung seit RG, Urteil vom 13.04.1940, II 143/39, RGZ 163, 385, 392; BGH, Urteil vom 27.06.1957, II ZR 37/56, WM 1957, 1128; umfangreiche Nachweise bei MünchKomm-HGB/Enzinger, § 119 Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 72.

Schriftformklausel, liegen kann.²⁰ Sogar Mehrheitsklauseln sind durch vertragliche Vereinbarung insoweit möglich, wie sich aus § 709 Abs. 2 BGB ergibt. In der hierfür notwendigen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ist regelmäßig eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung des Stimmrechts nach Köpfen vereinbart.²¹ Während die äußeren Grenzen von Mehrheitsklauseln ursprünglich durch den Bestimmtheitsgrundsatz (formelle Anforderung) und die Kernbereichslehre zu bestimmen waren, ist die Rechtsprechung zu einer zweistufigen Prüfung übergegangen, wonach bei Vorhandensein einer Mehrheitsklausel als formelle Legitimation (hinsichtlich derer umstritten ist, ob diese ohne besondere Zusätze auch für jedwede Änderungen gilt²²) noch eine materielle Kontrolle des jeweiligen Beschlussgegenstandes durchgeführt wird.²³

b) Änderungen durch das MoPeG

Der neue § 714 BGB n. F. regelt, was bisher bereits allgemein anerkannt war, nämlich dass Gesellschafterbeschlüsse der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfen. Freilich kann von diesem dispositiven Recht (§ 708 BGB n. F.) abgewichen werden. Mehrheitsbeschlüsse sind – ebenso wie disquotale Stimmrechte und Mehrfachstimmrechte²⁴ – folglich weiterhin möglich, sofern dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Hierfür enthält § 709 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB n. F. – was Mehrheitsbeschlüsse implizit voraussetzt²⁵ – nunmehr eine Regelung hinsichtlich der Stimmkraft. Diese knüpft, wie es der bisher üblichen Gestaltung entspricht, bei Fehlen einer anderweitigen Regelung an die Beteiligungsverhältnisse bzw. die Höhe der Beiträge der Gesellschafter an. Nur subsidiär kommt es auf die Beteiligung nach Köpfen an. Der Gesetzgeber zeichnet damit einerseits bewusst die üblichen Gestaltungen nach und möchte zudem die Gesellschafter dazu animieren, eine

Regelung zur Stimmkraft zu treffen.²⁶ Während für Mehrheitsklauseln im Mauracher Entwurf vorgesehen war, dass diese im Zweifelsfall auch die Änderung des Gesellschaftsvertrags umfassen, findet sich eine solche Regelung im Gesetz nicht.²⁷ Da es demnach weiterhin Auslegungsfrage und ohne zusätzliche Klarstellung zweifelhaft ist, welche Vertragsgegenstände von einer Mehrheitsklausel umfasst sind und ob diese sich auch auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags erstreckt, ist es zweckmäßig eine entsprechende Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.²⁸ Daneben sieht das Gesetz für Auflösungs- und Fortsetzungsbeschlüsse (§§ 732 und 734 Abs. 2 BGB n. F.) unter Geltung von Mehrheitsklauseln vor, dass diese mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen gefasst werden müssen. Diese einschneidenden Maßnahmen – wodurch im Falle der Fortsetzungsklausel die Gesellschafter ihre bereits entstandenen Ansprüche auf das anteilige Auseinandersetzungsguthaben verlieren – erfordern einen besonderen Schutz der Gesellschafter.²⁹ Daher sind die Normen nach Auffassung des Gesetzgebers wohl nur insofern dispositiv, als eine Mehrheitsklausel für diese Beschlüsse eine höhere Mehrheit als drei Viertel der abgegebenen Stimmen vorsehen kann.³⁰ Dafür spricht auch der systematische Vergleich mit dem GmbHG, wo die Abweichungsmöglichkeit „nach unten“ in § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (für den Auflösungsbeschluss) – im Gegensatz zu §§ 732 und 734 Abs. 2 BGB n. F. – ausdrücklich vorgesehen ist. Gleichwohl werden mitunter die Normen als generell dispositiv betrachtet,³¹ sodass die Frage derzeit als offen zu gelten hat. Aufgrund der Unsicherheit sollten Mehrheitsklauseln jedenfalls weiterhin den Zusatz enthalten, dass die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet, sofern nicht das Gesetz etwas anderes vorseht.

2. Beschlussmängel

Fehler bei der Beschlussfassung haben in der GbR die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge.³² Dabei ist allerdings

20 Grüneberg/Sprau, 82. Aufl. 2023, § 705 Rdnr. 15.

21 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 102.

22 Dafür m. w. N. *Borries*, NZG 2021, 194, 195, der dies der Entscheidung des Urteils des BGH vom 13.10.2020, II ZR 359/18, NZG 2020, 1384 entnimmt, die lediglich den Wortlaut der streitgegenständlichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags in Tatbestand und Urteilsgründen aufführt, ohne sich zur Reichweite zu verhalten; in diese Richtung auch *Goette/Goette*, DStR 2016, 74, 77; krit. hingegen zu Recht *Wicke*, MittBayNot 2021, 103, 106; *Schäfer*, NZG 2014, 1401, 1403; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 90, jew. m. w. N.

23 Zur Abkehr vom Bestimmtheitsgrundsatz BGH, Urteil vom 24.11.2008, II ZR 116/08, NJW 2009, 669, 671; in der Folge etwa Urteil vom 16.10.2012, II ZR 239/11, NZG 2013, 63, 64; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NZG 2014, 1296; zum Ganzen BeckOK-BGB/Schöne, § 709 Rdnr. 36; *Hopt/Roth*, HGB, § 119 Rdnr. 37.

24 Das gleiche gilt für Stimm-pools außerhalb des eigentlichen Gesellschaftsvertrags; die eventuellen Auswirkungen für die Erfassung im Transparenzregister sollten im Hinterkopf behalten werden.

25 Aufgrund der geänderten Rechtslage erwartet der Gesetzgeber, dass hiervon vermehrt Gebrauch gemacht werden wird, BT-Drucks. 19/27635, S. 110.

26 BT-Drucks. 19/27635, S. 108, 143; so auch die Gestaltung bei Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Giehl*, 7.1.1.1.

27 § 714 Satz 2 BGB lautete im Mauracher Entwurf: Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, gilt dies im Zweifel auch für Beschlüsse, die auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gerichtet sind.

28 *Wicke*, MittBayNot 2021, 103, 105; *Schäfer/Liebscher*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, Rdnr. 157.

29 BT-Drucks. 19/27635, S. 180, 181.

30 BT-Drucks. 19/27635, S. 180, 181; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 766.

31 *Servatius*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2023, § 732 Rdnr. 13.

32 BGH, Urteil vom 10.10.1983, II ZR 213/82, WM 1983, 1407, 1408; aus jüngerer Zeit etwa Urteil vom 11.03.2014, II ZR 24/13, NZG 2014, 621; *Staudinger/Habermeier*, Neub. 2003, § 709 Rdnr. 26; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 110 m. w. N.; krit. hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge bei Verstößen gegen den Gesellschaftsvertrag BeckOK-BGB/*Geibel*, § 709 Rdnr. 140, nachdem aufgrund der fehlenden Rechtsnormqualität des Gesellschaftsvertrags keine Nichtigkeit des Beschlusses eintritt, sondern lediglich die Bindung der Gesellschafter hieran entfällt.

zu berücksichtigen, dass in einem von dem Gesellschaftsvertrag abweichenden Verfahren der Beschlussfassung eine konkludente Änderung³³ oder eine einmalige (bzw. mehrfache) Durchbrechung des Gesellschaftsvertrags liegen kann,³⁴ die jeweils formfrei möglich sind. Jedenfalls dann, wenn in einem Beschluss entgegen einer vertraglichen Bestimmung eine konkludente einmalige Vertragsdurchbrechung liegt und die erforderliche Mehrheit auch für gesellschaftsvertragsändernde Beschlüsse vorliegt, wird man insofern nicht von der Fehlerfolge der Nichtigkeit ausgehen können.

Praxisrelevante Fehler abseits der Mehrheitserfordernisse mit der Nichtigkeitsfolge sind daher insbesondere Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften im Verfahren der Beschlussfassung.³⁵ Im Ergebnis wird sich hieran durch die Reform nichts ändern. Zwar war in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens vorgesehen, dass Fehlerfolge auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die bloße Anfechtbarkeit sein soll.³⁶ Hiervon hat sich der Gesetzgeber allerdings gelöst, weil die Anfechtbarkeit einen höheren Grad der Professionalisierung voraussetze, weswegen die Anwendbarkeit der entsprechenden Normen nur für das Personenhandelsgesellschaftsrecht angeordnet wurde.³⁷ Möglich bleibt allerdings auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts der Verweis auf das neue Recht der Beschlussmängel (sog. Anfechtungsmodell) der Personenhandelsgesellschaften, sog. „Opt-In“ (dazu sogleich).

3. Gestaltung von Gesellschaftsverträgen

Für die MoPeG-konforme Gestaltung von Gesellschaftsverträgen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts empfiehlt sich einerseits die Aufnahme einer Vollmacht zur Entgegennahme der Erklärung im Rahmen von Umlaufbeschlüssen (siehe dazu vorstehend I.). Obschon auch ohne explizite Regelung Umlaufbeschlüsse möglich sind, empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung zur Konfliktvermeidung. Sofern Mehrheitsklauseln vereinbart werden, empfiehlt sich dringend die Klarstellung, ob diese auch auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags Anwendung finden sollen und der (übliche) Vorbehalt hinsichtlich abweichender gesetzlicher Mehrheitserfordernisse. Daneben bedarf es einer Klarstellung, wie sich die Stimmkraft der Gesellschafter bemisst.

33 BeckOGK-BGB/*Geibel*, § 709 Rdnr. 140.

34 Etwa BGH, Urteil vom 18.04.2005, II ZR 55/03, NZG 2005, 625; BeckOGK-BGB/*Geibel*, § 705 Rdnr. 68; MünchKomm-HGB/*Fleischer*, § 105 Rdnr. 189; dies hat zur Folge, dass neu eintretende Gesellschafter nicht an die Vereinbarung gebunden sind.

35 MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 709 Rdnr. 111 ff., BeckOGK-BGB/*Geibel*, § 709 Rdnr. 138 ff., Verfahrensfehler ziehen nach h. M. bei fehlerhafter Kausalität und bei bloßer Missachtung von Ordnungsvorschriften nicht die Nichtigkeit als Fehlerfolge nach sich, anders hingegen Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften.

36 *Noack*, NZG 2020, 581, 583 zur Fassung im Mauracher Entwurf.

37 Zur Diskussion Schäfer/*Liebscher*, Das neue Personenhandelsgesellschaftsrecht, Rdnr. 126-130.

Ferner kann eine Regelung hinsichtlich der Folgen fehlerhafter Beschlüsse sinnvoll sein, die für die GbR auf die Fehlerfolgen der Personenhandelsgesellschaften verweist (sog. „Opt-In“); insoweit sei auf die nachfolgende Darstellung verwiesen. Eine entsprechende Regelung wird sich häufig aufgrund der hiermit verbundenen hohen Rechtssicherheit empfehlen. In Summe lässt sich festhalten, dass für die Thematik der Beschlussfassungen der Gestaltungsbedarf überschaubar ausfällt, da die oben erörterten Punkte – ausgenommen die Verweisung hinsichtlich der Fehlerfolgen – bereits vor dem MoPeG relevant und Gegenstand sorgfältiger Gestaltung waren.

III. Beschlussfassung und Beschlussmängel bei Personenhandelsgesellschaften

Bislang setzt das Recht der OHG in § 119 HGB Gesellschafterbeschlüsse implizit voraus, enthält allerdings keine Regelung zu den Rechtsfolgen hierbei auftretender Mängel, obwohl es sich aufgrund der Verweisung aus dem Recht der KG in § 161 Abs. 2 HGB um eine überaus praxisrelevante Frage handelt.

1. Beschlussfassung

Im Gegensatz zur Rechtslage bei der GbR ergeben sich sowohl hinsichtlich der Beschlussfassung als auch hinsichtlich der Rechtsfolge fehlerhafter Beschlüsse erhebliche Veränderungen durch das MoPeG. Dies erzeugt neue Gestaltungsmöglichkeiten wie auch neuen Gestaltungsbedarf.

a) Der bisherige Status quo

In § 119 HGB setzt das Recht Gesellschafterbeschlüsse voraus und normiert als grundsätzliches Erfordernis die Einstimmigkeit (§ 119 Abs. 1 HGB). Die Zweifelsregelung des § 119 Abs. 2 HGB befasst sich mit Mehrheitsentscheidungen, die folglich ebenfalls möglich sind. In Ausnahmefällen und gegen den Wortlaut von § 119 Abs. 1 HGB sollen Mehrheitsentscheidungen bei Publikumspersonengesellschaften auch ohne eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag zulässig sein.³⁸ Dabei gilt nach der gesetzlichen Regelung das zur GbR vorstehend Ausgeführte: Beschlüsse sind formfrei möglich und auch für das Verfahren enthält das Gesetz keine Anforderungen, sodass Präsenz- wie Umlaufbeschlüsse möglich sind.

Die Unterschiede an eine wirksame Beschlussfassung im Vergleich zur GmbH zeigen sich in § 48 GmbHG. Dort ist in § 48 Abs. 1 Satz 1 GmbHG normiert, dass Beschlüsse in (Präsenz-)Versammlungen³⁹ gefasst werden. Das DiREG hat hierbei zu Neuerungen in § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG geführt, wonach nun ausdrücklich auch mittels fernmündlicher oder Videokommunikation (also ggf. von unterschiedlichen Orten aus, aber in Echtzeit) die Beschlussfassung

38 Konkludente Vereinbarung nach *Hopt/Roth*, HGB, § 119 Rdnr. 33, § 177a Rdnr. 69b; nach *K. Schmidt*, ZGR 2008, 1, 13 sei dieses Ergebnis durch ergänzenden Vertragsauslegung zu erreichen.

39 *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 48 Rdnr. 2; BeckOK-GmbHG/*Schindler*, Stand: 01.11.2022, § 48 vor Rdnr. 1.

möglich ist, sofern die Zustimmung hierzu in Textform erfolgt ist.⁴⁰ Abweichungen von diesem Regelfall der gleichzeitigen Kommunikation bei der Beschlussfassung, also Vereinbarungen im Umlaufverfahren, bedürfen der Einstimmigkeit entweder hinsichtlich der Sachentscheidung (§ 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG) oder hinsichtlich des Verfahrens (§ 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG).⁴¹

b) Änderungen durch das MoPeG

Wie bei der GbR gilt die Empfehlung für Mehrheitsklauseln, eine Klarstellung hinsichtlich der Zulässigkeit gesellschaftsvertragsändernder Beschlüsse aufzunehmen.⁴² Nach der alten Gesetzeslage folgt aus § 119 Abs. 2 HGB, dass bei Mehrheitsentscheidungen im Zweifel die Abstimmung nach Kopfanteilen erfolgt. Zukünftig⁴³ bemisst sich über die Verweisung in § 105 Abs. 3 HGB die Stimmkraft nach der Höhe der Beteiligung (§ 709 Abs. 3 BGB n. F.), sofern nichts anderes vereinbart ist.⁴⁴ Weil eine solche Regel ohnehin in den üblichen Mustern vorgesehen war, halten sich die Auswirkungen für die Vertragsgestaltung aber in Grenzen. Sinnvollerweise sollte diese Bestimmung auch Regelungen zu den konkreten Anforderungen an die Beschlussfähigkeit und an die relevanten Mehrheiten vorsehen, da die neue Regelung des § 109 Abs. 4 HGB n. F. als „nicht sonderlich geglückt“⁴⁵ betrachtet wird und unterschiedliche Auslegungen zulässt.⁴⁶ Hinsichtlich der Mehrheitserfordernisse bei Auflösungs- bzw. Fortsetzungsbeschlüssen (§§ 140 und 142 Abs. 2 HGB n. F.) sei auf die vorstehenden Ausführungen zur GbR verwiesen.

Neue zentrale Norm für das Recht der Beschlussfassung ist § 109 Abs. 1 HGB n. F., wortgleich zu § 48 Abs. 1 Satz 1 GmbHG: „Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefasst.“ Betrachtet man isoliert und unbefangen den Wortlaut der Norm, scheint damit der gleiche Regelungsgehalt wie er für § 48 Abs. 1 Satz 1 GmbHG anerkannt ist, gemeint zu sein: Gesellschafterversammlungen

finden nach der gesetzlichen Konzeption grundsätzlich in Präsenz statt.⁴⁷ Nach Auffassung des Regierungsentwurfs sollen jedoch sowohl Präsenz- als auch virtuelle Versammlungen über Telefon oder Video die Anforderungen erfüllen, ohne dass der Wortlaut des § 109 Abs. 1 HGB n. F. – im Gegensatz zu § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG – einen Hinweis hierauf enthält.⁴⁸ Eine Klarstellung empfiehlt sich in der Konsequenz. Eine dem § 48 Abs. 2 GmbHG entsprechende Vorschrift, die Ausnahmen vom Präsenzerfordernis enthält, findet sich in den neuen Vorschriften des HGB nicht. Unzulässig wären demnach (praxisrelevante) Umlaufbeschlüsse, sofern man die Norm als abschließend betrachtet. Inwiefern dieses Ergebnis durch den Gesetzgeber gewollt war, ist unklar und wird auch durch die Formulierung in den Materialien nicht abschließend aufgelöst, nach denen durch „Vereinbarung“ eine vereinfachte Form der Beschlussfassung außerhalb von Gesellschafterversammlungen möglich sein soll.⁴⁹ Im Einzelfall soll jedoch aufgrund des dispositiven Charakters der Norm (vgl. § 108 HGB n. F.) durch konkludente oder ausdrückliche Vereinbarung von dem Erfordernis der Präsenz abgewichen werden können, etwa in Anlehnung an § 48 Abs. 2 GmbHG, wenn alle Gesellschafter zustimmen.⁵⁰ Ob auch eine Satzungsänderung zur Abbedingung des Präsenzerfordernisses außerhalb einer Präsenzversammlung mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist – wofür spricht, dass selbst die Gründung nicht die gleichzeitige Anwesenheit erfordert und für die Personengesellschaften weitgehende Formfreiheit besteht –, ist zumindest nicht gesichert und kann angesichts des Wortlauts des Gesetzes mit guten Argumenten bestritten werden.

2. Beschlussmängel

Eine von der Beschlussfassung getrennt zu betrachtende Frage ist die Behandlung von Mängeln im Beschlussverfahren. Hierzu enthält das MoPeG erhebliche Änderungen, um für eine bisher umstrittene Frage Klarheit zu schaffen.

b) Bisheriger Stand

Verstöße gegen die gesetzlichen Grenzen – und in bestimmten Grenzen gesellschaftsvertraglichen Regelungen, sofern diese nicht konkludent abgeändert wurden – haben wie auch bei der GbR nach bislang herrschender Meinung grundsätzlich die Nichtigkeit gefasster Beschlüsse zur Fol-

40 *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 520 ff., *Heckschen/Knaier*, NZG 2022, 885, 890, jew. zu den Änderungen im Rahmen der Gesellschafterversammlung; weitere Nachweise zur Digitalisierung durch DiRUG und DiREG bei BGH, Beschluss vom 05.10.2021, II ZB 7/21, DNotZ 2022, 754, 765 ff. m. Anm. *Knaier*.

41 Seit dem 01.08.2023 ist gemäß § 53 Abs. 3 GmbHG n. F. auch die sog. „Online-Beurkundung“ (§ 2 Abs. 3 GmbHG) bei einstimmiger Beschlussfassung möglich.

42 Bei Vereinbarung von Mehrheitsklauseln bedürfen Auflösungs- und Fortsetzungsbeschlüsse gemäß §§ 140, 142 Abs. 2 HGB n. F. der Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen.

43 Nach h. M. ist im bisherigen Recht kein Verweis enthalten, weil § 114 HGB insofern eine Sonderregelung enthält, vgl. nur BeckOK-HGB/*Klimke*, § 105 Rdnr. 16.

44 Ein expliziter Verweis findet sich in § 120 Abs. 1 HGB n. F. für die Verteilung von Gewinn und Verlust.

45 *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1529.

46 Nach *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1529 sind die Kapitalanteile maßgeblich, nach *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (36) kommt es ggf. auch auf die Kopfmehrheit an.

47 *Altmeyden*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 48 Rdnr. 2; *Wicke*, DStR 2022, 498, 499 m. w. N. zu sämtlichen Verbänden.

48 BR-Drucks. 59/21, S. 259; im Gegensatz zu § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind allerdings an die Zustimmung keine Formerfordernisse zu stellen, es bedarf insoweit insbesondere nicht der Textform; krit. zu einem solchen Verständnis des Versammlungsbegriffes auch *Wicke*, DStR 2022, 498.

49 BR-Drucks. 59/21, S. 259; hieran seien keine bestimmten Anforderungen zu stellen.

50 Ähnlich *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1529; *Bayer/Rauch*, DB 2021, 2609, 2612.

ge.⁵¹ Ausnahmen von diesem gesetzlichen Rahmen gelten, wenn die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft eingreifen oder bei Verstößen gegen Ordnungsvorschriften bzw. bei Mängeln, die sich nicht kausal auf die Beschlussfassung ausgewirkt haben.⁵² Fehler waren jeweils durch Feststellungsklage gegenüber sämtlichen Gesellschaftern geltend zu machen, wobei die Grenze der Verwirkung gilt.⁵³

Daneben bestand bislang die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag auf Vorschriften für Kapitalgesellschaften zu verweisen. Zunehmend umstritten war in jüngerer Zeit jedoch, ob das Beschlussmängelrecht der Aktiengesellschaft auch ohne eine solche Verweisung analog heranzuziehen ist, insbesondere für Beschlüsse auf Grundlage von Mehrheitsklauseln.⁵⁴

3. Beschlussmängelrecht – Änderungen in §§ 110 f. HGB n. F.

Die vorgenannten Probleme hat der Gesetzgeber aufgegriffen, um Rechtssicherheit sowohl auf inhaltlicher Ebene als auch in zeitlicher Hinsicht sowie eine prozessuale Vereinfachung zu schaffen. Nunmehr wird das Beschlussmängelrecht hinsichtlich der Fehlerfolgen explizit in Anlehnung an das aktienrechtliche Anfechtungsmodell ausgestaltet.

Insofern bringt das MoPeG weitreichende Änderungen mit sich. Wohl die einschneidendste Änderung enthält § 110 HGB n. F. Dort werden nunmehr die Rechtsfolgen für fehlerhafte Beschlüsse erstmalig (für Personengesellschaften) einer umfassenden Regelung zugeführt. Die Nichtigkeit kann sich gemäß § 110 Abs. 2 HGB n. F. aus zwei Gründen ergeben, nämlich gemäß § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB n. F., wenn zwingende Vorschriften missachtet wurden und gemäß § 110 Abs. 2 Nr. 2 HGB n. F. im Rahmen einer Anfechtungsklage (§ 114 HGB n. F.). Während die Nichtigkeit des Beschlusses im Rahmen der Anfechtungsklage also konstitutiv geltend gemacht wird, handelt es sich bei der Nichtigkeitsklage nach Abs. 2 Nr. 1 der Rechtsnatur nach um eine Feststellungsklage, die nur deklaratorisch wirkt (§ 110 Abs. 2 HGB n. F. a. E., angelehnt an § 249 Abs. 1 Satz 2

AktG⁵⁵). Diese Klage ist im Rahmen der Klagefrist (§ 112 Abs. 1 Satz 1 HGB n. F., drei Monate⁵⁶) zu erheben. Ohne dass dies im Gesetz zum Ausdruck kommt, geht der Gesetzgeber daneben noch von einer dritten Kategorie, den „unwirksamen“ Beschlüssen aus, die nur relativ gegenüber einem Gesellschafter unwirksam sind (beim Eingriff in relativ unentziehbare Rechte, also solche, in die nur mit Zustimmung des Gesellschafters eingegriffen werden darf). Diese Beschlüsse müssen weder durch die Anfechtungsklage angefochten werden noch tragen sie das Nichtigkeitsverdict in sich.⁵⁷

Ausweislich des Regierungsentwurfs soll die Anfechtungsklage auf die Verletzung von Rechtsvorschriften gegründet werden können, womit sowohl gesetzliche als auch gesellschaftsvertragliche Grenzen geltend gemacht werden können.⁵⁸ Zu den materiellrechtlichen Schranken, insbesondere zur Abgrenzung von nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen, verhält sich das neue Gesetz nicht. Dies soll weiterhin Literatur und Rechtsprechung zur Klärung vorbehalten sein.⁵⁹ Für nichtige Beschlüsse gilt, dass die Geltendmachung gemäß § 110 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. auch außerprozessual möglich ist, etwa im Wege der Einrede oder durch Rückforderung einer Leistung aufgrund eines nichtigen Kausalgeschäfts.⁶⁰ Für die Gestaltungspraxis zu berücksichtigen ist, dass die Anfechtungsfrist gemäß § 112 Abs. 1 Satz 1 HGB n. F. grundsätzlich drei Monate, nach § 112 Abs. 1 Satz 2 HGB n. F. mindestens aber einen Monat beträgt und für Personenhandelsgesellschaften die Vereinbarung einer kürzeren als der einmonatigen Klagefrist unwirksam ist. Den Gesellschaftern soll ausreichend Zeit bleiben zu überlegen, ob sie die Nichtigkeitsfolge durch Anfechtungsklage herbeiführen möchten.⁶¹ Bei Klauseln, die gesetzeswidrig eine kürzere als die gesetzliche Mindestfrist vorsehen, sieht der Gesetzeswortlaut die „Unwirksamkeit“, nicht aber die Nichtigkeit der Klausel vor. Der Parteiwille wird in aller Regel übereinstimmend erkennen lassen, dass aus Gründen der Rechtssicherheit eine möglichst kurze Frist zur Geltendmachung von Beschlussmängeln gewollt

51 BeckOK-HGB/*Klimke*, § 119 Rdnr. 75; *Oetker/Lieder*, HGB, § 119 Rdnr. 70; *EBJS-HGB/Freitag*, § 119 Rdnr. 78; *MünchKomm-HGB/Enzinger*, § 119 Rdnr. 100; zur Kritik von *Geibel* hieran siehe vorstehend Fn. 35.

52 BeckOK-HGB/*Klimke*, § 119 Rdnr. 77; *MünchKomm-HGB/Enzinger*, § 119 Rdnr. 98; *Oetker/Lieder*, HGB, § 119 Rdnr. 68.

53 BGH, Urteil vom 28.01.1991, II ZR 20/90, WM 1991, 509, 510 zur KG, dort können Mängel nach sechs Monaten noch geltend gemacht werden; andererseits ist nach Ablauf von drei Jahren analog § 242 Abs. 2 AktG bei der GmbH die Klage gegen die Wirksamkeit eines Beschlusses nicht mehr möglich, BGH, Urteil vom 20.02.1984, II ZR 116/83, WM 1984, 473.

54 Insbesondere *K. Schmidt*, GesR, § 15 II. 3.; *ders.*, ZGR 2008, 1, 26; *ders.*, AG 2009, 248, 254; ihm folgend *MünchKomm-HGB/Enzinger*, § 119 Rdnr. 98, 103; *Scholz*, WM 2006, 897, 904.

55 BeckOGK-AktG/*Vatter*, Stand: 01.07.2023, § 249 Rdnr. 3; *Grigoleit/Ehmann*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 249 Rdnr. 2, jew. m. w. N. und auch m. w. N. zur Gegenmeinung.

56 Die Frist beginnt mit Bekanntgabe (§ 112 Abs. 2 HGB n. F.), was eine Formalisierung und Fixierung des Beschlusses voraussetzt.

57 In der Rechtsprechung anerkannt seit BGH, Urteil vom 05.03.2007, II ZR 282/05, NJW-RR 2007, 757; Urteil vom 26.03.2007, II ZR, 22/06, NJW-RR 2007, 1477, 1478; BR-Drucks. 59/21, S. 264; krit. *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133, 135. Sofern dies gewünscht ist, könnte im Gesellschaftsvertrag die antizipierte Zustimmung zu Änderungen erteilt werden, was allerdings regelmäßig nicht sachgemäß sein dürfte.

58 BR-Drucks. 59/21, S. 263.

59 BR-Drucks. 59/21, S. 262, 263; die Abgrenzung wird allerdings auf prozessualer Ebene abgeschwächt, da die Klagen gemäß § 114 Satz 2 HGB n. F. zu verbinden sind.

60 *Grigoleit/Ehmann*, AktG, § 249 Rdnr. 4; *BeckOGK-AktG/Vatter*, § 249 Rdnr. 25 m. w. N.

61 BR-Drucks. 59/21, S. 265.

war, sodass im Wege der (ergänzenden) Vertragsauslegung⁶² die einmonatige Anfechtungsfrist als von den Parteien gewolltes und gesetzlich zulässiges Ergebnis anzuwenden ist.⁶³

4. Gestaltung des Gesellschaftsvertrags

Welche Konsequenzen ergeben sich nun hieraus für die konkrete Gestaltung von Gesellschaftsverträgen? Aufgenommen werden sollte die bereits vor dem MoPeG verbreitete Regelung, dass Umlaufbeschlüsse (und ggf. Beschlussfassungen in virtuellen Verfahren) möglich sind.⁶⁴ Der Regelungsbedarf ist allerdings dringlicher geworden, weil das MoPeG im Ausgangspunkt strengere Anforderungen an die Beschlussfassung (Präsenz) vorsieht. Für das Beschlussmängelrecht ist bei Personenhandelsgesellschaften die Rückkehr zum Regime der GbR ohne feste Fehlerfolge denkbar (sog. „Opt-Out“⁶⁵), wofür regelmäßig allerdings kein sachlicher Grund bestehen wird. Die Zulässigkeit von Mehrheitsklauseln bleibt unverändert. Regelungsbedarf besteht mit Blick auf die Beschlussfähigkeit und die jeweils im Einzelfall maßgeblichen Mehrheiten so-

wie zur Frage, ob Mehrheitsklauseln auch Änderungen des Gesellschaftsvertrags umfassen.

IV. Fazit

Bei Lichte besehen ist der durch die Reform des Beschlussmängelrechts hervorgerufene Anpassungsbedarf für Musterverträge überschaubar. Gleichwohl sollte angesichts der Vielgestaltigkeit der Personengesellschaften und der zum Teil großen Zahl der Gesellschafter das Konfliktpotenzial nicht unterschätzt und daher der Gesellschaftsvertrag sehr sorgfältig gestaltet werden, weswegen auch die Anpassung von Bestandsverträgen angezeigt sein kann. Für sämtliche Gesellschaftsverträge empfiehlt sich die Aufnahme einer Empfangsvollmacht zugunsten des Initiators eines Beschlusses bzw. des Geschäftsführers (Musterformulierung siehe unter I.), um die Wirksamkeit von Beschlüssen im Umlaufverfahren sicherzustellen. Regelungen zur Stimmkraft sind bereits heute üblich und auch zukünftig sinnvoll. Weiterhin zu empfehlen sind bei Mehrheitsklauseln eine nähere Ausgestaltung der erforderlichen Mehrheit sowie eine klarstellende Regelung zur Frage, ob gleichermaßen Änderungen des Gesellschaftsvertrags umfasst sind und ein Vorbehalt für abweichende gesetzliche Mehrheitserfordernisse. Für Gesellschaften bürgerlichen Rechts besteht zukünftig zusätzlich die Möglichkeit, für das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften zu optieren (sog. „Opt-In“). Das wird häufig angemessen sein, da auf diese Weise ein klarer zeitlicher und prozessualer Rahmen für die Geltendmachung von Beschlussmängeln besteht. Bei den Personenhandelsgesellschaften sollte auch auf eine Regelung zum Verfahren der Beschlussfassung Augenmerk gelegt werden, da ohne explizite Regelung im Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit von Umlauf- und virtuellen Beschlüssen nicht gesichert ist.

62 Oder alternativ durch die Methode der geltungserhaltenden Reduktion; zum Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und geltungserhaltender Reduktion MünchKommBGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 178 ff.

63 Ähnlich zum strukturell ähnlich gelagerten Fall überlanger Kündigungsfristen BGH, Urteil vom 22.05.2012, II ZR 205/10, NZG 2012, 984, Rdnr. 23; Urteil vom 18.09.2006, II ZR 137/04, NJW 2007, 295, 297.

64 Schäfer/Liebscher, Das neue Personengesellschaftsrecht, Rdnr. 156.

65 Schäfer/Liebscher, Das neue Personengesellschaftsrecht, Rdnr. 151 ff.

Die Verlängerung des Vorbehaltsnießbrauchs

Zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 25.05.2022, IX R 1/2¹

Von Notarassessorin Dr. **Johanna Wernthaler**, Karlsruhe



Anders als bei der Schenkungsteuer² war die ertragsteuerliche Behandlung der Surrogation beim Vorbehaltsnießbrauch bislang umstritten. Nunmehr schafft der BFH mit der langersehnten Entscheidung vom 25.05.2022 Klarheit. Die Grundprinzipien zur AfA-Befugnis beim Vorbehaltsnießbrauch erfahren hierdurch eine wesentliche Weiterentwicklung.

1. Hintergrund – zur AfA-Berechtigung des Vorbehaltsnießbrauchers

Unentgeltliche Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgen häufig unter Nießbrauchsvorbehalt – sei es zur Absicherung des Schenkers oder zur Schenkungsteueroptimierung. Ist die überlassene Immobilie vermietet, sind die Vermietungseinkünfte nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG dem Schenker als Nießbraucher zuzurechnen.

Auch den Abzug von Absetzungen für Abnutzung (AfA) nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 Abs. 4 EStG kann der Vorbehaltsnießbraucher wie zuvor als Eigentümer in Anspruch nehmen.³ Dass der die Vermietungseinkünfte erzielende Steuerpflichtige nicht mehr rechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer der vermieteten Immobilie ist, schließt den Abzug von Absetzungen für Abnutzung (AfA) nicht aus. Maßgeblich ist allein, ob der Steuerpflichtige vor der Übertragung die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsguts getragen hat. Ist dies der Fall, vermag die Übertragung des Eigentums am Grundstück den Zusammenhang zwischen dem Aufwand zur Anschaffung und Herstellung des Gebäudes einerseits und dessen Nutzung zur Erzielung von Einkünften andererseits nicht zu unterbrechen.⁴

Selbige Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des BFH für eine zweite Fallgruppe – für den Fall der mittelbaren Grundstücksschenkung. Wird einem Dritten durch eine Geldschenkung der Erwerb eines bestimmten Grundstücks ermöglicht mit der Auflage, dass der Schenker den Nießbrauch am Grundstück erhält, und erzielt der Schenker anschließend aufgrund seines Nutzungsrechts Vermietungs-

einkünfte, steht dem Schenker die AfA-Berechtigung wie bei einer unmittelbaren Grundstücksschenkung zu.⁵

Mit dem Besprechungsurteil erweitert der BFH seine Rechtsprechung nunmehr um eine weitere Fallgruppe: Unschädlich für die AfA-Berechtigung ist unter bestimmten Voraussetzungen auch der Austausch der mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Immobilie.

2. Sachverhalt

Die Kläger hatten das selbst bewohnte Einfamilienhaus im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zunächst unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs bis zum Tod des Längstlebenden an ihre Kinder übertragen, fassten später allerdings den Entschluss, umzuziehen. Das Einfamilienhaus sollte verkauft und der Verkaufserlös „unter Fortsetzung des Nießbrauchsrechts“ in zwei zu vermietende Eigentumswohnungen investiert werden. Auf Grundlage einer privatschriftlichen Vereinbarung mit ihren Kindern verpflichteten sich die Kläger, einer Löschung des Nießbrauchs beim Verkauf des Einfamilienhauses zuzustimmen, wobei sich der Nießbrauch der Eltern zunächst am Verkaufserlös und später an den vom Verkaufserlös erworbenen Eigentumswohnungen fortsetzen sollte. Der Verkaufserlös, der vereinbarungsgemäß auf das Konto der Eltern überwiesen wurde, reichte schließlich wie geplant für den Erwerb zweier Eigentumswohnungen aus, die zugunsten der Eltern mit einem Nießbrauch belastet und von diesen vermietet wurden.

In ihrer Einkommensteuererklärung brachten die Kläger im Rahmen ihrer Vermietungseinkünfte AfA zum Abzug, indem sie den Aufwand für die Anschaffung der beiden Vermietungsobjekte (inklusive Grund und Boden sowie Erwerbsnebenkosten) über die ihnen voraussichtlich verbleibende statistische Lebenserwartung verteilten. Dem trat das FA entgegen. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Der BFH bestätigt nunmehr die Auffassung des FA.

3. Entscheidung des BFH

Der BFH hatte bisher stets offen gelassen,⁶ ob steuerrechtlich von einem Fortbestehen des Vorbehaltsnießbrauchs ausgegangen werden kann, wenn ein mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastetes Grundstück mit Zustimmung des Berechtigten gegen ein anderes Grundstück getauscht und an dem neuen Grundstück wiederum ein Nießbrauch

1 Abgedruckt in MittBayNot 2023, 192.

2 Vgl. BFH, Urteil vom 11.11.2009, II R 31/07, DStRE 2010, 482; Götz/Hülsmann, DStR 2010, 2377, 2381 f.

3 BMF, Schreiben vom 30.09.2013 – IV C 1 – S 2253/07/10004, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 42.

4 Vgl. BFH, Urteil vom 28.07.1981, VIII R 35/79, NJW 1982, 255, 256.

5 Vgl. BFH, Urteil vom 15.05.1990, IX R 21/86, DStR 1991, 211; BMF, Schreiben vom 30.09.2013 – IV C 1 – S 2253/07/10004, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 39.

6 Vgl. BFH, Urteil vom 24.01.1995, IX R 40/92, BFH/NV 1995, 770; Urteil vom 26.11.1996, IX R 33/94, BFH/NV 1997, 643.

ingeräumt wird. Nunmehr besteht Klarheit in zweierlei Hinsicht: Der sich zivilrechtlich als mehraktiger Vorgang aus Verzicht auf den „alten“ Nießbrauch und Bestellung des „neuen“ Nießbrauchs am Surrogat darstellende Vorgang ist bei Vorliegen einer einheitlichen vorherigen Vereinbarung und bei dauerhaftem ununterbrochenen Fortbestand des Nießbrauchs zum einen steuerrechtlich als Fortbestehen des Vorbehaltsnießbrauchs einzuordnen (siehe a)). Mit der Klarstellung des AfA-Objekts ist zum anderen zugleich die AfA-Bemessungsgrundlage angesprochen, die sich nach den für Gebäude geltenden Vorschriften bemisst (siehe b)).

a) AfA-Berechtigung dem Grunde nach

Auf Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kommt der BFH zu dem Schluss, dass der Vorbehaltsnießbraucher auch im Fall des „verlängerten Vorbehaltsnießbrauchs“ die Anschaffungskosten der Ersatzimmobilie trägt, indem er den Erwerb des Surrogats durch Verzicht auf den ursprünglich bestellten Nießbrauch ermöglicht. Voraussetzung ist, dass dem Verzicht auf den Nießbrauch im Rahmen einer von vornherein feststehenden Abrede in jeder Stufe – von Altimmobilie über Veräußerungserlös bis hin zur Zielimmobilie – ein Anspruch auf Neubestellung des Nießbrauchs am jeweiligen Surrogat gegenübersteht. Für steuerrechtliche Zwecke steht ein obligatorisches Nutzungsrecht einem dinglichen gleich. Steht der Nießbrauch an der neuen Immobilie am Ende einer ununterbrochenen „Nießbrauchskette“, ist der zivilrechtlich mangels dinglicher Surrogation als Zuwendungsnießbrauch zu qualifizierende Nießbrauch wirtschaftlich als Fortsetzung des Vorbehaltsnießbrauchs zu betrachten. Damit besteht auch die AfA-Berechtigung der Schenker fort.

b) AfA-Berechtigung der Höhe nach

Im Zentrum des Verfahrens stand die Frage, welchen Aufwand (Kapitalwert des ursprünglichen Nießbrauchs oder Anschaffungskosten der vermieteten Ersatzobjekte in voller Höhe inklusive Grund und Boden sowie Erwerbsnebenkosten oder nur die auf die Gebäude entfallenden Anschaffungskosten) es über welchen Zeitraum (voraussichtliche statistische Lebenserwartung des längerlebenden Nießbrauchers oder voraussichtliche Restnutzungsdauer der Gebäude) zu verteilen galt. Nach Auffassung der Kläger hatten diese die „neuen“ Nießbrauchsrechte durch Verzicht auf den Nießbrauch an der Altimmobilie entgeltlich erworben, sodass nun der Nießbrauch als solches über die voraussichtliche statistische Restlebenszeit des Längstlebenden gemäß § 7 Abs. 1 EStG abzuschreiben war. Damit begeherten die Kläger eine Abschreibung unabhängig von den für Gebäude geltenden Abschreibungsbeschränkungen des § 7 Abs. 4 EStG „durch die Hintertür“ des Grundstückstauschs. Dem schiebt der BFH nun einen Riegel vor, indem er klarstellt, dass Objekt der AfA weiterhin das mit dem Nießbrauch belastete Ersatzwirtschaftsgut ist. Der Nießbraucher ist wie vor dem Tausch (lediglich) zur Vornahme der Gebäude-AfA befugt.⁷ Insofern konnten nur die auf

die Gebäude anfallenden Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 a) EStG a. F. (2 % jährlich; nunmehr § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 b) EStG) abgeschrieben werden.

4. Praxisfolgen

Vor dem Hintergrund, dass sich nicht selten auch nach der unter Vorbehaltsnießbrauch erfolgten Überlassung des Familienheims für Schenker das Bedürfnis nach räumlicher Veränderung ergibt, ist die Entscheidung von hoher praktischer Bedeutung – verschafft sie doch mehr Flexibilität. Werden die Vorgaben des BFH zur Surrogation des Vorbehaltsnießbrauchs eingehalten, wird dies nicht nur mit dem Erhalt der AfA-Berechtigung (a)), sondern im Einzelfall auch mit einem AfA-Step-Up (b)) belohnt.

a) Vorgaben des BFH zum Surrogationsmodell

Beim Austausch des mit einem Nießbrauch belasteten Wirtschaftsguts sind die Vorgaben des BFH zur AfA-Erhaltung zu beachten. Diese sind:

■ Vertragliche Vereinbarung zwischen Nießbraucher und Eigentümer

Während des Bestehens des ursprünglichen Vorbehaltsnießbrauchs ist die Fortsetzung des Nießbrauchs an sämtlichen Surrogaten über den Veräußerungserlös bis hin zur Ersatzimmobilie vertraglich zu vereinbaren. Dies ist nach Auffassung des BFH sogar formfrei möglich. Die Ersatzimmobilie muss dem Eigentümer zu diesem Zeitpunkt somit noch nicht zur Verfügung stehen. Unschädlich ist auch, wenn sich das Surrogat aus zwei oder mehr Immobilien zusammensetzen soll. Bei der Gestaltung des Ablösungsvertrags empfiehlt sich eine Orientierung an der vom BFH geprüften Vereinbarung:

Die Eltern werden bei dem Verkauf der Immobilie ihre Nießbrauchsrechte löschen lassen. Die Nießbrauchsrechte sollen jedoch fortbestehen, und zwar in der Weise, dass aus dem Verkaufserlös eine oder mehrere andere Immobilien auf den Namen der Kinder erworben werden, an denen wiederum ein Nießbrauchsrecht zugunsten der Eltern bestellt wird. Bis dahin steht den Eltern das Nießbrauchsrecht an dem Erlös aus dem Verkauf der Immobilie [A-Stadt] zu. Demgemäß ist der Kaufpreis auf das Konto der Eltern Nr. (...) bei der [X-Bank] zu überweisen. Die Eltern stellen ihren Kindern den Verkaufserlös bei Erwerb einer oder mehrerer anderer Immobilien zur Verfügung, an denen den Eltern dann wieder das Nießbrauchsrecht zu bestellen ist.

■ Tatsächliche Umsetzung

Diese Vereinbarung bedarf der abrededgemäßen Umsetzung. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Abwicklung über das Konto des Nießbrauchers, als sich darin die Fortsetzung des Nießbrauchs am Veräußerungserlös manifestiert. So berechtigt § 1074 Satz 1 BGB den Nießbraucher zur Einziehung der Forderung. Mit Leistung an den Nießbraucher setzt sich gemäß § 1075 Abs. 1 BGB der Nießbrauch an der Forderung kraft dinglicher Surrogation am Bankgutha-

⁷ Anders wohl noch BFH, Urteil vom 24.01.1995, IX R 40/92, BFH/NV 1995, 770; vgl. hierzu etwa Goetze, RNotZ 2013, 147, 157.

ben fort, wodurch ihm die Zinsen als Nutzungen zustehen. Soweit der Geldbetrag zur Absicherung des Nießbrauchers zur zweckgemäßen Verwendung des Veräußerungserlöses auf dessen Konto verbleibt, schließt dies auch eine schenkungsteuerrechtlich relevante Bereicherung der Schenker aus. Wird der Veräußerungserlös hingegen auf Seiten des Erwerbers der Ersatzimmobilie „geparkt“, ist möglicherweise im Einzelfall klärungsbedürftig, ob zum Erwerb der Ersatzimmobilie der Veräußerungserlös oder die Surrogation durchbrechende eigene Mittel des Erwerbers verwendet wurden.⁸ Letzteres ist daher zu vermeiden.

■ Keine Bezuschussung durch den Neu-Eigentümer

Die Verlängerung des Vorbehaltsnießbrauchs setzt voraus, dass sich die Ersatzimmobilie aus dem Veräußerungserlös der Altimmobilie finanziert. Soweit der Veräußerungserlös den Anschaffungs- und Herstellungskosten der Neuimmobilie(n) – wie im Besprechungsfall – entspricht, ist dies unproblematisch. Abzuwarten bleibt, wie Rechtsprechung und Finanzverwaltung mit fehlender Gleichwertigkeit umgehen werden.

(1) Veräußerungserlös > Anschaffungs- und Herstellungskosten der Ersatzimmobilie

Weitgehend unproblematisch dürfte der Fall sein, wenn die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Ersatzimmobilie hinter dem Veräußerungserlös zurückbleiben. Wird für den Erwerb der Ersatzimmobilie nicht der gesamte Veräußerungserlös benötigt, so besteht der Nießbrauch zunächst an der Restforderung fort. Erst der Verzicht des Übergebers auf den schuldrechtlichen Forderungsnießbrauch ist ein schenkungsteuerrechtlich relevanter Vorgang.

(2) Veräußerungserlös < Anschaffungs- und Herstellungskosten der Ersatzimmobilie

Trägt der Erwerber der Ersatzimmobilie für den Fall, dass die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Ersatzimmobilie den Veräußerungserlös übersteigen, den Mehraufwand, entsteht bei Erstreckung des Nießbrauchs auf das

⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 24.01.1995, IX R 40/92, BFH/NV 1995, 770 Rdnr. 16 zu einem Fall, in welchem der Veräußerungserlös für die Altimmobilie auf ein Festgeldkonto des Ehegatten der Erwerberin gezahlt wurde. In diesem Fall ging der BFH von „eigenen Mitteln“ der Erwerberin aus.

Gesamtobjekt in Bezug auf die originär vom Erwerber getragenen Aufwendungen teilweise ein Zuwendungsnießbrauch.⁹ Fallen Aufwandstragung und Einkünfteerzielung auseinander, führt dies im Falle des unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauchs zum anteiligen Verlust der AfA-Berechtigung. Die AfA-Berechtigung dürfte allerdings erhalten bleiben, sofern nur ein Bruchteils- oder Quotennießbrauch in Korrelation zu den, dem Nießbraucher zurechenbaren Aufwendungen eingeräumt wird. Offen ist jedoch, ab welchen Finanzierungsbeiträgen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise möglicherweise nicht mehr von einem bloßen Auswechseln der Altimmobilie gesprochen werden kann.¹⁰ Bringt der Übergeber wiederum den Mehrbetrag auf, kann er meines Erachtens problemlos die volle AfA auf den Gebäudewertanteil der Anschaffung geltend machen. Mit seinem zusätzlichen Finanzierungsbeitrag tätigt er jedoch eine weitere mittelbare Grundstücksschenkung.

b) Schaffung von neuem AfA-Volumen durch Grundstückstausch

Die Verlängerung des Vorbehaltsnießbrauchs birgt ein AfA-Step-Up-Modell, wenn bei der Altimmobilie das Abschreibungsvolumen bereits aufgebraucht ist. Während die AfA bei der Altimmobilie auf die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten begrenzt ist, schafft die Surrogation des Nießbrauchs unter Austausch des belasteten Grundbesitzes neues Abschreibungspotenzial, indem nach der Argumentation des BFH eine neue Anschaffung vorliegt und damit eine neue AfA-Reihe nach den neuen Anschaffungskosten des Gebäudes in Gang gesetzt wird. Bei Erlöschen des Nießbrauchs ist diese vom Eigentümer entsprechend § 11d EStDV fortzusetzen.¹¹ Der BFH behandelt diese Gestaltung also so, als hätte der Schenker vor der Zuwendung die Altimmobilie verkauft, die Ersatzimmobilie angeschafft und anschließend mit Nießbrauchsvorbehalt verschenkt.

⁹ Siehe auch *Günther*, EStB 2023, 9, 10.

¹⁰ Siehe insoweit BFH, Urteil vom 24.01.1995, IX R 40/92, BFH/NV 1995, 770 mit erheblichem Finanzierungsanteil des Eigentümers.

¹¹ Siehe zur Anwendung des § 11d Abs. 1 Satz 1 EStDV auf die mittelbare Grundstücksschenkung BFH, Urteil vom 04.10.2016, IX R 26/15, BStBl. II 2017, S. 343.



BUCHBESPRECHUNGEN

Lambertus J. Fuhrmann/Eckhard Wälzholz:

Formularbuch Gesellschaftsrecht

4. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 2972 S., 219 €

Von Notar Dr. **Daniel J. Schneider**, Edenkoben

Das Formularbuch Gesellschaftsrecht der Herausgeber *Fuhrmann* und *Wälzholz* hat bereits vor dem Erscheinen der nunmehr vierten Auflage zu den Standardwerken im Notariat gehört. Die Neuauflage verfestigt diese Position.

Auf 2972 Seiten und mit über 500 Mustern stellen die Herausgeber gemeinsam mit erfahrenen Praktikern die gängigsten gesellschaftsrechtlichen Konstellationen präzise, handhabbar und instruktiv dar.

Die bewährte Struktur der Voraufgaben wurde dabei beibehalten. Die Gliederung der einzelnen Abschnitte folgt einer einheitlichen Struktur. Nach kurz gehaltenen allgemeinen Ausführungen zu Einsatzmöglichkeiten, Besonderheiten und Alternativen bestimmter Gestaltungen wird der dem nachfolgenden Muster zugrunde liegende Sachverhalt vorgestellt. Hierbei handelt es sich um typische Alltagsfälle, wie beispielsweise die Anmeldung einer neu gegründeten OHG zum Handelsregister (M 23.2). Aber auch für anspruchsvollere und seltenere Gestaltungen, etwa die Kettenabspaltung aus einer GmbH (M 35.12), enthält das Werk eine Vielzahl von Mustern.

Die Darstellung des zugrunde liegenden Sachverhaltes ist äußerst hilfreich, kann der Nutzer auf diese Weise doch nachprüfen, ob bzw. inwieweit der jeweilige Formulierungs- und Gestaltungsvorschlag auch auf seinen praktischen Anwendungsfall übertragbar ist.

Nützlich ist auch der sodann regelmäßig folgende „Wegweiser“. Dahinter verbirgt sich eine von den Autoren und Herausgebern für die jeweilige Anwendungskonstellation erstellte Übersicht über die weiteren erforderlichen („zwingend“) bzw. ratsamen („empfehlenswert“) Maßnahmen und Schritte unter Verweis auf die Fundstellen der hierfür passenden Muster.

Die einzelnen Muster selbst sind durchweg aktuell, praxistauglich und in vielen Fällen augenscheinlich auch praxiserprobt. Man merkt eindrücklich, dass diese durchweg von erfahrenen Praktikern und Experten des jeweiligen Fachs erstellt wurden.

Gleiches gilt für die sich an das jeweilige Muster anschließenden Ausführungen zu Steuern (*Kutt*) und Kosten (*Diehn*), die sich gerade im notariellen Alltag als ungemein nützlich erweisen.

Auch inhaltlich lässt das Werk kaum Wünsche offen. Bereits der Umfang des Werks lässt erahnen, dass eine Vielzahl von Konstellationen Berücksichtigung gefunden hat.

Vergeblich gesucht habe ich allerdings ein Muster für die Bargründung einer GmbH mit Sachagio. Als Muster „M 14.32“ findet sich jedoch ein Formulierungs- und Gestaltungsvorschlag für eine Barkapitalerhöhung mit Sachagio, welches in Teilen auf die Gründungskonstellation übertragen werden kann. Auch einen Formulierungsvorschlag für den bisweilen vorkommenden Fall einer Kaskaden- bzw. Pyramidengründung habe ich bei meiner Durchsicht vermisst. Dabei handelt es sich jedoch um kleinere Kritikpunkte. Für beide Fälle gibt es ausreichend anderweitige Literatur und Formulierungshilfen. Eine Darstellung aller möglichen Konstellationen ist ohnehin nicht möglich und würde den Umfang eines jeden Werks sprengen.

Besonders hervorzuheben ist, dass das Formularbuch bereits künftige Entwicklungen in den Blick nimmt. Obwohl das MoPeG erst zum 01.01.2024 in Kraft tritt, hat dieses erfreulicherweise schon umfassend Berücksichtigung gefunden. In dem Kapitel zur BGB-Gesellschaft (Kapitel 20) findet sich beispielsweise bereits ein Muster für die Erstanmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister (M 20.8).

Auch ansonsten ist das Formularbuch auf dem neuesten Stand. Das Muster für die Erstanmeldung einer Einpersonen-GmbH zum Handelsregister nebst Geschäftsführerversicherung (M 12.3) berücksichtigt bereits, dass durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRuG) die erforderliche Versicherung des Geschäftsführers erweitert wurde. Dieser muss nunmehr gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG über den bisherigen Umfang hinaus versichern, dass er/sie auch nicht in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einem – den in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG aufgezählten Verboten – vergleichbaren Verbot unterliegt. § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbH ist zwar gemäß § 11 Abs. 1 GmbHG-E erst ab dem 01.08.2023 anzuwenden, die Abgabe einer überschießenden Versicherung ist aber auch in dem Zeitraum bis zum 01.08.2023 bereits möglich und unschädlich.

Das Werk nimmt für sich in Anspruch, „kompromisslos an den Bedürfnissen der Praxis ausgerichtet“ zu sein. Diesem Anspruch wird es ohne jeden Zweifel gerecht. Es handelt sich um ein Werk von Praktikern für Praktiker. Eine Anschaffung kann daher nur wärmstens empfohlen werden.

Ulf Schöenberg-Wessel/Stephan Szalai/Anja Uhl/Arne Hahner:

Überlassungsverträge in der notariellen Praxis

1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 208 S., 54 €

Von Notarassessor Dr. Jonas Bühler, Memmingen/Würzburg

Das hier rezensierte Werk ist Ende September vergangenen Jahres in erster Auflage im Deutschen Notarverlag erschienen. Als Autoren konnten für das Werk Rechtsanwalt und Notar Ulf Schöenberg-Wessel, Notar Dr. Stephan Szalai, Notarin Anja Uhl und Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Arne Hahner gewonnen werden – sämtliche Autoren sind damit in der Praxis tätige Kautelarjuristen. Gemäß dem Vorwort der Autoren soll das Werk einen Beitrag zu einer effektiven und zielgerichteten Gestaltung und Abwicklung von Überlassungsverträgen leisten, wobei sich die Autoren auf typische Fallkonstellationen beschränkt haben.

Der Umfang mit „nur“ 208 Seiten im DIN A5-Format deutet bereits darauf hin, dass das Werk die „Basics“ behandelt. Dies zeigt sich auch daran, dass das Werk mit sehr wenigen Fußnoten auskommt und daher vor allem einen Überblick verschaffen soll. Adressat des Buches sind daher (insbesondere) auch Mitarbeiter des Notars.

Das erste Kapitel („Mandatsannahme“) beschäftigt sich mit allgemeinen Fragen zu den Motiven und Hintergründen einer Überlassung; auch hinsichtlich steuer- und geldwäscherechtlicher Aspekte. Zudem findet sich hier ein ausführliches Muster für einen Notarbogen, der vor der Entwurfserstellung an die Beteiligten versandt werden kann. Im zweiten und dritten Kapitel werden der Begriff der Schenkung und der Überlassungsgegenstand in der gebotenen Kürze dargestellt. Auch insofern bietet das Werk einen guten ersten Überblick. Jedoch könnte für die zweite Auflage an mancher Stelle genauer differenziert werden und die Bearbeitung detaillierter erfolgen. So ist etwa die pauschale Aussage, dass die Veräußerung land- oder forstwirtschaftlicher Grundstücke nach § 2 Abs. 2 GrdstVG der Genehmigung bedürfe (§ 3 Rdnr. 3) gleich mehrfach unpräzise, da die Genehmigungspflicht aus Abs. 1 folgt und die für die Praxis exorbitant wichtigen landesrechtlichen Freigrenzen¹ gänzlich unerwähnt bleiben.

Grundsätzlich gut gelungen ist das – deutlich ausführlichere – aus der Feder von Szalai/Uhl stammende vierte Kapitel, welches die vorbehaltenen Rechte und Gegenleistungen thematisiert (S. 49–108). Die Muster sind ansprechend; zudem werden die für die Praxis wichtigen Fragen des Verhältnisses mehrerer Berechtigter verhältnismäßig ausführlich dargelegt. Dies gilt nicht nur für die Rückforderungsrechte, sondern ebenso für die Nutzungsrechte (§ 4 Rdnr. 30 ff.). Aufgefallen ist dem *Rezensenten* jedoch die Aussage, das Leibgeding sei „ein Fall für den Giftschränk“ (§ 4 Rdnr. 62). Bei dieser Pauschalität wird nicht genügend beachtet, dass mit § 9 EGZVG im Rahmen der Zwangsvollstreckung eine

höhere Sicherheit als bei einem bloßen Wohnungsrecht besteht, auch wenn diese Sicherheit freilich nicht überschätzt werden darf.²

Im fünften Kapitel geht Schöenberg-Wessel auf nachträgliche Änderungen des Überlassungsvertrags ein und bietet hierfür solide Muster (M 5.1 und 5.2; § 5 Rdnr. 11 f.), bevor er im sechsten Kapitel die Rückforderung und den Widerruf der Schenkung (S. 117 ff.) beleuchtet. Dieses Kapitel fällt vom Aufbau bzw. der Betitelung etwas ungewöhnlich aus, da die Rückforderung – meines Erachtens zu Recht – bereits im Rahmen der vorbehaltenen Rechte (Kap. 4) behandelt wurde. Überdies scheinen die in Rdnr. 66 ff. zu findenden Ausführungen zur Ausstattung, zur Anrechnung, zur Ausgleichung und zum Pflichtteilsrecht (Pflichtteilsergänzung und -verzicht) nicht zur Betitelung des sechsten Kapitels zu passen und wären in den Kapiteln 1 und 4 besser aufgehoben gewesen. Prägnant und instruktiv sind die überblicksmäßigen Erörterungen des Sozialrechts (§ 6 Rdnr. 11 ff.), die auch die praxisrelevanten (Regress-)Tatbestände aufgreifen.

Für all diejenigen, die (noch) keine vertieften steuerrechtlichen Kenntnisse haben, ist das siebte Kapitel zum Steuerrecht aus der Feder von Hahner sehr gewinnbringend. Die Ausführungen bieten einen sehr guten ersten Einstieg und Überblick zur Grunderwerb- und Schenkungsteuer, ohne mit überfrachtenden Details aufzuwarten. Sehr knapp fällt jedoch die Darstellung zu dem nicht unwichtigen Tatbestand des § 23 EStG aus (§ 7 Rdnr. 4–6) – insofern könnte bei einer etwaigen zweiten Auflage eine detaillierte Darstellung erfolgen.

Abschließend finden sich im achten Kapitel Grundzüge zur Abwicklung und Kosten von Überlassungsverträgen. Insofern werden allerdings auch Aspekte beleuchtet, die bereits bei der Vorbereitung des Vertrags relevant sind (insbesondere die Frage der Stellvertretung/Genehmigung). Zudem ist – trotz des bewusst knappen Zuschnitts des Werks – anzumerken, dass die Ausführungen zur Form der Vollmacht im Rahmen des Grundbuchvollzugs (§ 8 Rdnr. 1) irreführend sein können, da Fragen der materiellrechtlichen Beurkundungspflicht gar nicht thematisiert werden. Sofern aber ein Ausnahmefall zu § 167 Abs. 2 BGB vorliegt – etwa im Falle der bereits erfolgten tatsächlichen oder rechtlichen Bindung des Vollmachtgebers – reicht für den Grundbuchvollzug eine nur unterschrittsbeglaubigte Vollmacht gerade nicht aus.³ Zudem könnte noch ein Hinweis auf die grundsätzlich erforderliche Vorlage einer Ausfertigung oder der Urschrift

1 Etwa nach Art. 2 Abs. 1 BayAgrG: grundsätzlich ein Hektar; Übersicht der Freigrenzen der verschiedenen Bundesländer auf der DNotl-Website unter Arbeitshilfen/Immobilienrecht.

2 *Harryers*, RNotZ 2013, 1, 22; BeckOGK-BGB/Sikora, Stand 01.09.2023, § 1105 Rdnr. 68 f.

3 Dazu ausführlich DNotl-Abrufgutachten Nr. 197523.

der Vollmacht⁴ aufgenommen werden. Dem *Rezensenten* fiel zudem das Muster 8.3 mit einem Anschreiben an den Verwalter zur Erteilung der Zustimmung nach § 12 WEG ins Auge. Dieses sieht eine Passage vor, wonach dem Verwalter eine Vertragsabschrift aus Datenschutzgründen unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 25.09.2020, V ZR 300/18⁵ nicht übersandt wird. In der Tat hat der BGH dort ausgeführt, dass die Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung ebenso wie zur Vermietung einer Eigentumswohnung vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nicht von der Vorlage des Erwerbs- bzw. Mietvertrags abhängig gemacht werden darf.⁶ Gleichwohl entspricht es der Praxis, in der Urkunde eine (auszugsweise) Abschrift des Erwerbsvertrags an den Verwalter zu übersenden – freilich nur, sofern die Beteiligten hiermit einverstanden sind –, da Verwalter regelmäßig hierauf bestehen, obgleich sie keinen Anspruch darauf haben.⁷ In diesem Punkt könnte das Musteranschreiben in der Praxis daher zu (unnötigen) Problemen führen, auch wenn die Ausführungen nicht unzutreffend sind.

Die kostenrechtlichen Ausführungen (§ 8 Rdnr. 11 ff.) bieten einen guten ersten Zugriff auf die Materie. Für eine etwaige

- 4 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.05.1993, IX ZR 66/92, NJW 1993, 2744, 2745.
- 5 Veröffentlicht u. a. in ZWE 2021, 120, NZM 2021, 41 und RNotZ 2021, 87.
- 6 BGH, Urteil vom 25.09.2020, V ZR 300/18, ZWE 2021, 120 Rdnr. 21 ff.
- 7 Vgl. nur Gebele/Scholz/*Gebele*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, III.B.4 Anm. 12.

zweite Auflage könnte beispielsweise ergänzt werden, wie die Wertermittlung eines Grundstücks in der Praxis konkret erfolgt.⁸

Auffällig ist überdies, dass mehrere Passagen in dem hier rezensierten Werk aus der Feder von *Schönenberg-Wessel* nahezu wortgleich in dessen Werk „Das notarielle Nachlassverzeichnis“ zu finden sind.⁹ Damit bieten diese Ausführungen jedenfalls für diejenigen, welche das genannte Werk bereits erworben haben, insofern keinen Mehrwert.

Insgesamt handelt es sich um ein Werk mit Licht und Schatten, welches insbesondere Sachbearbeitern des Notars einen guten ersten Überblick – und partiell auch deutlich darüber hinausgehendes Wissen – verschaffen kann und mit zahlreichen Mustern aufwartet.

- 8 Hierzu bspw. *Notarkasse A.d.ö.R.*, Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 2158 ff. zum Gebäude nach dem Brandversicherungswert.
- 9 So sind etwa die § 6 Rdnr. 41–45 des hier rezensierten Werks betreffend den Regress nach dem SGB XII quasi wort- und fußnotengleich mit § 4 Rdnr. 33–37 des Buchs *Schönenberg-Wessel*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 1. Aufl. 2020; ähnliches gilt für die Passage in § 2 Rdnr. 18 f. des hier rezensierten Werks sowie § 3 Rdnr. 27 f. des Buchs zum notariellen Nachlassverzeichnis. Auch bzgl. der gemischten Schenkung sowie der Schenkung unter Auflage stimmen § 2 Rdnr. 23–25 des hier rezensierten Werks zu weiten Teilen wort- und fußnotengleich mit § 3 Rdnr. 31–33 überein; nichts anderes gilt für § 2 Rdnr. 4 des hier rezensierten Werks und § 3 Rdnr. 19 des erwähnten anderen Buchs.

Reinhardt Wever:

Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts

8. Aufl., Giesecking, 2023. 668 S., 84 €

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

Der unverfängliche Titel des Werks verdeckt das „Haifischbecken“, das sich dahinter verbirgt. Denn die Vermögensauseinandersetzung außerhalb des ehelichen Güterrechts betrifft das Nebengüterrecht, also den Vermögensausgleich bei Scheitern einer Ehe außerhalb von Hausratverteilung und Zugewinn. Für die familienrechtliche Praxis insbesondere im „Vorfeld“, bei der rechtsvorsorgenden Beratung, aber natürlich auch bei der streitigen Durchsetzung von Ansprüchen vor Gericht, spielen Fragen im Zusammenhang mit dem Ausgleich von Verpflichtungen, die die Ehegatten gegenüber Dritten eingegangen sind, die Abgeltung einer Ehegattenmitarbeit im Geschäftsbetrieb des Partners, die Rückabwicklung von (Schwieger-)Elternzuwendungen oder der Streit um erlangte Steuererstattungen sowie um Bankkonten und -depots eine herausragende Rolle. Aufgrund der zunehmenden internationalen Mobilität der Bevölkerung und der steigenden Bedeutung ausländischer Rechtsordnungen in der familienrechtlichen Praxis haben sich neue Fragen bei Rechtsinstituten ergeben, die dem deutschen Recht fremd sind, wie etwa die Brautgabe des islamischen Rechtskreises oder der im türkischen Recht in bestimmten Ehescheidungskonstellationen vorgesehene immaterielle Schadensersatz.

Die sich stellenden Probleme sind im Tatsächlichen zu meist verworren sowie in rechtlicher Hinsicht außerordentlich komplex: Der Ausgang entsprechender Streitigkeiten vor Gericht ist daher vielfach ungewiss – und entsprechend teuer. Die Empfehlung, die der vorliegende Band in seiner letzten Randnummer ausspricht (Rdnr. 1354), kann daher nur mit Nachdruck unterstützt werden: Auch wenn die Ehegatten nicht an einen unglücklichen Verlauf ihrer Ehe denken mögen, ist ihnen dennoch dringend zu raten, in „guten Tagen“ rechtzeitig Vorsorge zu treffen und sich an einen versierten Berater zu wenden, der ihnen dabei hilft, ausgewogene vertragliche Vereinbarungen für den „Störfall“, das Scheitern der Ehe, zu treffen, damit sie im „Falle eines Falles“ vor den emotionalen Belastungen, den hohen Kosten und dem offenen Ausgang einer vor Gericht streitig ausgegagene Auseinandersetzung bewahrt bleiben.

Und wo holt sich der notarielle Berater das notwendige theoretische Rüstzeug? Das findet er hervorragend aufbereitet im vorliegenden Band, einem absoluten Standardwerk, das Maßstäbe gesetzt hat: Verfasst wird es von *Reinhardt Wever*, zwischenzeitlich pensioniertem Vizepräsidenten des OLG Bremen. Die jetzt nach fünf Jahren vorgelegte Neuauflage wurde umfassend überarbeitet. Anlass dafür bot die umfangreich vorliegende neuere Rechtsprechung und die eine oder andere, bedeutsame Änderung wie etwa die kürzlich ergangene, für Klarheit sorgende Entscheidung des BGH, wonach eine Teilungsversteigerung auch bereits während der Trennungszeit zulässig ist (BGH,

Beschluss vom 16.11.2022, XII ZB 100/22, FamRZ 2023, 352 Rdnr. 286b ff.) oder der Streit um das Schriftformerfordernis nach Art. 25 Abs. 1 EuGüVO (u. a. Rdnr. 1350), das für mancherlei Unsicherheit in der Praxis sorgt: Die „Neuerungen“ werden im Band ausführlich dargestellt und in ihren Konsequenzen sorgfältig ausgewertet.

Gegenüber der Voraufgabe ist der Band erneut um 50 Seiten angewachsen: Die Klebebindung des Rückens dürfte damit endgültig an ihrer „Kapazitätsgrenze“ angelangt sein. Denn aufgrund der großen Seitenzahl klappt der aufgeschlagene Buchband, wenn man die Klebebroschur nicht brechen will, beim Arbeiten leider immer wieder zu: Zu hoffen ist, dass der Verlag dann doch einmal einen festen Einband „spendiert“ – das Werk hat es verdient!

Das Grundkonzept des Werks ist auch in der Neuauflage unverändert geblieben: Das Buch von Wever gehört zum absoluten, unverzichtbaren Kernbestand der Literatur zum ehelichen Vermögensrecht. Und zwar aus gutem Grund: Einmal ist der Band übersichtlich gegliedert. Die Behandlung der Sachfragen unter klaren, mit einfachen Oberbegriffen wie „Auseinandersetzung bei Miteigentum“, „Ansprüche aus Ehegattenmitarbeit“ oder „Vermögensauseinandersetzung mit Schwiegereltern“ gekennzeichneten Kapiteln – insgesamt sind es 16 – erleichtert „Einstieg“ und Zugang zu den Problemen. Zusammen mit dem kurzen Stichwortverzeichnis wird die Nutzerin bzw. der Nutzer rasch an die gesuchte Stelle geführt. Zum anderen ist die anspruchsvolle Materie vom Verfasser hervorragend und mit viel Präzision umsichtig aufbereitet: Die gut lesbare Darstellung wird anhand von Rechtsprechung, aber auch durch Hinweise auf weitere, weniger verbreitete Literatur, die reichhaltige Aufsatzliteratur sowie andere Standardwerke untermauert. Sehr schön sind die zahlreichen, in den Text integrierten Musterrechnungen, Skizzen und Übersichten, die zusammen mit den illustrativen Beispielfällen viel zum besseren Verständnis des Stoffes beitragen. Besonders positiv zu vermerken sind die gehaltvollen „Checklisten“, die sich am Ende der meisten Kapitel finden und in denen noch einmal die wichtigsten Punkte, verbunden mit Querverweisen auf die Erläuterungen im Text, zusammengefasst sind: Gerade für den Berater erweist sich diese Darstellungsform als außerordentlich hilfreich.

Unverändert gelungen ist die breite „Anlage“ des Werks und, dass an vielen Stellen „über den Tellerrand“ geblickt wird und beispielsweise Fälle mit Auslandsberührung ausführlich erörtert werden (etwa Rdnr. 507). Mit der Neuauflage wurde dieser, in der Praxis zunehmend wichtiger werdende Aspekt noch einmal deutlich ausgebaut: Das Werk enthält eine sehr schöne Aufbereitung, wie mit aus Anlass der Heirat verschenktem Schmuck – in der Praxis häufig bei der Vermögensauseinandersetzung türkischer Ehegatten

anzutreffen – oder mit der aus dem islamischen Rechtskreis bekannten Brautgabe zu verfahren ist (Rdnr. 867 ff.). Tatsächlich haben sich in diesem, in der forensischen Praxis durchaus relevanten Bereich mit dem eventuellen Eingreifen der Regelungen der EuGüVO (Rdnr. 873a) oder dem Streit über eine möglicherweise erforderliche notarielle Beurkundung entsprechender Brautgabeversprechen, soweit diese deutschem Sachrecht unterstehen (Rdnr. 875b), bedeutsame Änderungen ergeben, die zu berücksichtigen sind. Zu begrüßen ist auch, dass nach wie vor an vielen Stellen auf die ab und an noch „nachwirkende“ Güterrechtslage nach dem Recht der DDR eingegangen wird (u. a. Rdnr. 310 ff. sowie an weiteren, zahlreichen Stellen). Und hilfreich ist es auch, wenn auf vermeintliche „Kleinigkeiten“ wie etwa die Vereinbarung von Konventionalstrafen aus Anlass der Scheidung, von Schweigegeld oder einer Verpflichtung zur Grundstücksübertragung hingewiesen wird (Rdnr. 846a ff.).

Unverändert sehr lesenswert ist die kritische Beschreibung der Entwicklung des Nebengüterrechts aus rechtspolitischer Sicht (Rdnr. 1344 ff.): Die entsprechenden Ausführungen am Ende des Bandes zu den dogmatischen Grundlagen des Nebengüterrechts, verbunden mit fundierten Anregungen an Rechtsprechung und Gesetzgebung, sind durchaus tiefeschürfend und bedenkenswert. Und dem Rat von *Reinhardt Wever*, wie einer manchmal unzureichenden Rechtssicherheit und einer bisweilen mangelnden Vorhersehbarkeit von gerichtlichen Entscheidungen begegnet werden kann, wird sich jede Notarin bzw. jeder Notar sicher gerne anschließen – nämlich durch den rechtzeitigen Abschluss einer soliden Vereinbarung zwischen den Ehegatten, um Streit möglichst vorzubeugen (Rdnr. 1354).

Unter dem Strich: Der Band ist außerordentlich nützlich und für den Praktiker ein nachdrücklich zu empfehlendes Arbeits- und Nachschlagewerk.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Altersgrenze für Notare

BGH, Urteil vom 07.08.2023, NotZ(Brfg) 4/22 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 10.02.2022, Not 5/21)

BNotO §§ 48a, 47 Nr. 2

LEITSATZ:

Die Altersgrenze für Notare verstößt nicht gegen das sich aus Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Art. 1, Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ergebende Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Sie ist im Sinn von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG objektiv und angemessen und durch das legitime Ziel gerechtfertigt, den Generationenwechsel zu erleichtern und den Berufsstand der Notare zu verjüngen.

SACHVERHALT:

1 Der (...) Kläger ist Rechtsanwalt und Notar (...). Er begehrt die Feststellung, dass sein Amt als Anwaltsnotar nicht mit dem Ablauf des Monats erlischt, in dem er das 70. Lebensjahr vollendet (§§ 48a, 47 Nr. 2 BNotO; nachfolgend: Altersgrenze). Der Kläger meint, die Altersgrenze verstoße gegen das sich aus Art. 21 GrCh, Art. 1, Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (nachfolgend: Richtlinie oder RL 2000/78) ergebende Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Die Altersgrenze sei angesichts des bestehenden erheblichen Nachwuchsmangels nicht (mehr) im Sinn von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt.

(...)

7 Der Senat hat mit Beschluss vom 26.01.2023 gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 4 BNotO ein Gutachten der BNotK eingeholt, das Gegenstand der mündlichen Verhandlung war und von deren Präsidenten erläutert wurde. Auf den Inhalt wird Bezug genommen. Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren zudem die am 01.08.2023 abgerufenen Statistiken wie folgt: Notarstatistik (Zahl der Anwaltsnotare 2020–2022; Quelle: www.notar.de/der-notar/statistik); Statistik des Prüfungsamts für die notarielle Fachprüfung (Zahl der bestanden und nicht bestanden notariellen Fachprüfungen 2010–2022; Quelle: www.pruefungsamt-bnotk.de/servicedownload-bereich/statistiken) sowie Statistik der Bundesrechtsanwaltskammer (Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte 1990–2023; Alter der zugelassenen Rechtsanwälte 2022 sowie der Rechtsanwälte mit Einzelzulassung; Quelle: <https://www.brak.de/presse/zahlen-und-statistiken>).

AUS DEN GRÜNDEN:

8 Die Berufung des Klägers ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere fristgerecht begründet worden. Sie ist aber nicht begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf

die begehrte Feststellung. Die Altersgrenze ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl mit deutschem Verfassungsrecht als auch mit dem Unionsrecht, insbesondere mit der Richtlinie 2000/78 und Art. 21 Abs. 1 GrCh vereinbar (BGH, Beschlüsse vom 25.11.2013, NotZ(Brfg) 11/13, DNotZ 2014, 313, juris Rdnr. 3 m. w. N.; vom 17.03.2014, NotZ(Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553, juris Rdnr. 4, 11 m. w. N.; vom 24.11.2014, NotZ(Brfg) 5/14, DNotZ 2015, 227 juris Rdnr. 5 ff. m. w. N.; vom 16.03.2015, NotZ(Brfg) 10/14, DNotZ 2015, 633, juris Rdnr. 3 f.; BVerfG, NJW 2011, 1131 Rdnr. 11 f.; Beschluss vom 27.06.2014, 1 BvR 1313/14, juris Rdnr. 6). Der vom Kläger unter Berufung auf das Unionsrecht erhobene Einwand, im Anwaltsnotariat sei die Erforderlichkeit der Altersgrenze angesichts eines nunmehr festzustellenden demographisch bedingten Nachwuchsmangels zwischenzeitlich entfallen, sodass sie jetzt eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters bewirke, greift nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats nicht durch.

9 I. Zwar sind die Richtlinie 2000/78 und das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GrCh auf die Altersgrenze für Notare unmittelbar anwendbar. Die Altersgrenze bewirkt auch eine dem Kläger nachteilige Behandlung wegen seines Alters im Sinn von Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a RL 2000/78.

10 1. Der sachliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist vorliegend nicht eröffnet, sodass die Richtlinie 2000/78 unmittelbar Anwendung findet. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG bezieht sich nicht auf eine gesetzliche Altersgrenze (vgl. BGH, Beschluss vom 16.03.2015, NotZ(Brfg) 10/14, DNotZ 2015, 633 Rdnr. 4 m. w. N.; Urteil vom 23.07.2015, III ZR 4/15, BGHZ 206,260 Rdnr. 13 f., 16 ff.; BSG, Beschluss vom 18.08.2010, B 6 KA 18/10 B, juris Rdnr. 6 ff.; a. A. wohl VGH Mannheim, VBIBW 2019, 518, juris Rdnr. 35 ff. zu § 13 Abs. 1 Nr. 2 des Vermessungsgesetzes für Baden-Württemberg). Es kann daher dahinstehen, ob das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz gemäß § 6 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AGG auf Notare anwendbar wäre (vgl. auch BGH, Urteil vom 26.03.2019, II ZR 244/17, BGHZ 221, 325 Rdnr. 18 ff. einerseits und BVerwG, Urteil vom 21.01.2015, 10 CN 1/14, BVerwGE 151,192 Rdnr. 15 f. andererseits).

11 2. Die Richtlinie 2000/78 und das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GrCh gelten auch für Notare. Diese vom Senat bislang offengelassene Frage (BGH, Urteil vom 27.05.2019, NotZ(Brfg) 7/18, DNotZ 2020, 71, juris Rdnr. 23 m. w. N.; vgl. auch Beschluss vom 17.03.2014, NotZ(Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553, juris Rdnr. 10 f.), ist durch die Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs geklärt (EuGH, Urteile vom 03.06.2021, C-914/19, NJW 2021, 2183, Rdnr. 21 ff., 44 – GN, eine Notarin betreffend; vom 12.01.2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, juris Rdnr. 33 ff.). Aus Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2000/78 geht hervor, dass die Richtlinie im Rahmen der auf die Europäische Union übertragenen Zuständigkeiten für alle Personen in öffentlichen und priva-

ten Bereichen einschließlich öffentlicher Stellen gilt, und zwar in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position (EuGH, Urteil vom 03.06.2021, a. a. O. Rdnr. 22; *Schmahl*, EuR 2022, 612, 614).

12 3. Zwar berührt die Richtlinie 2000/78 nach ihrem Erwägungsgrund 14 nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand. Dieser Erwägungsgrund beschränkt sich jedoch auf die Klarstellung, dass die Richtlinie nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tangiert, das Alter für den Eintritt in den Ruhestand zu bestimmen. Eine Überprüfung der Altersgrenze am Maßstab der Richtlinie 2000/78 hindert er entgegen der Ansicht des Beklagten nicht (EuGH, Urteile vom 16.10.2007, C-411/05, Slg. 2007, I-8566 Rdnr. 44 ff. – Palacios; vom 05.03.2009, C-388/07, Slg. 2009, I-1569 Rdnr. 25 – Age Concern England; vom 21.07.2011, C-159/10, C-160-10, Slg. 2011, I-6919 Rdnr. 32 ff. – Fuchs und Köhler; BGH, Urteil vom 23.06.2015, III ZR 4/15, BGHZ 206, 260 Rdnr. 17; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.08.2016, 5 S 852/16, juris Rdnr. 8 m. w. N.; *Schmahl*, EuR 2022, 612, 632).

13 4. Die Richtlinie bezweckt nach ihrem Artikel 1, im Bereich von Beschäftigung und Beruf bestimmten Arten der Diskriminierung, darunter auch der wegen des Alters, im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten entgegenzuwirken (EuGH, Urteil vom 16.10.2007, a. a. O. Rdnr. 49 – Palacios). Regelungen, die – wie hier §§ 48a, 47 Nr. 2 BNotO – das Erlöschen eines Amtes mit Erreichen eines bestimmten Lebensalters zum Gegenstand haben, lassen den dieses Alter erreichenden Notaren unmittelbar eine weniger günstige Behandlung zuteilwerden als anderen Notaren. Sie führen nach der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs daher zu einer unmittelbar auf dem Alter beruhenden Ungleichbehandlung im Sinn von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a RL 2000/78 (Urteil vom 16.10.2007, a. a. O. Rdnr. 51 – Palacios).

II. Die durch die Altersgrenze bewirkte Ungleichbehandlung ist aber gemäß Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 gerechtfertigt.

14 1. Nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 stellt eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Dabei nimmt der Unionsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an, dass die Mitgliedstaaten insbesondere für die Entscheidung über die allgemeinen (Pensions-)Altersgrenzen über einen weiten Ermessensspielraum verfügen. Die betreffenden nationalen Stellen der Mitgliedstaaten können sich bei der Festlegung ihrer Sozialpolitik aufgrund politischer, wirtschaftlicher, sozialer, demographischer und/oder haushaltsbezogener Erwägungen veranlasst sehen, die Lebensarbeitszeit der Arbeitneh-

mer zu verlängern oder, im Gegenteil, deren früheren Eintritt in den Ruhestand vorzusehen (EuGH, Urteile vom 16.10.2007, C-411/05, Slg. 2007, I-8566 Rdnr. 68 f. – Palacios; vom 21.07.2011, C-159/10, C-160-10, Slg. 2011, I-6919 Rdnr. 65 – Fuchs und Köhler; *Schmahl*, EuR 2022, 612, 632 m. w. N.). Eine allgemeine Altersgrenze muss aber dem Anliegen gerecht werden, die mit ihr verfolgten Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (EuGH, Urteile vom 18.11.2010, C-250/09, Slg. 2010, I-11869 Rdnr. 56 – Georgiev; vom 12.01.2010, C-341/08, Slg. 2010, I-47100 Rdnr. 53, 75 ff. – Petersen). Der Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten darf nicht dazu führen, dass der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters ausgehöhlt wird (EuGH, Urteil vom 03.06.2021, C-914/19, NJW 2021, 2183 Rdnr. 30 m. w. N. – GN; *Schmahl*, EuR 2022, 612, 623). Dabei ist es Sache der zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten, einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen widerstreitenden Interessen zu finden (a. a. O. Rdnr. 42, 43). Ob diese Maßgaben eingehalten werden, ist vom nationalen Gericht zu überprüfen (a. a. O. Rdnr. 40, 42, 48 – GN; EuGH, Urteil vom 18.11.2010, C-250/09, Slg. 2010, I-11869 Rdnr. 56–Georgiev).

15 2. Nach diesen Maßstäben hat die in Rede stehende Altersgrenze nach der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats auch weiterhin eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung des betroffenen Personenkreises, dem auch der Kläger mit Erreichen der Altersgrenze angehört wird, zum Inhalt.

16 a) Die Altersgrenze verfolgt ein legitimes Ziel im Sinn von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78.

17 aa) Das Ziel der 1991 eingeführten Altersgrenze besteht nach einhelliger Ansicht darin, im Interesse funktionstüchtiger Rechtspflege eine geordnete Altersstruktur innerhalb des Notarberufs zu erreichen (vgl. BVerfG, NJW 1993, 1575, juris Rdnr. 7). Rechtsuchenden, die auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege auf die Inanspruchnahme notarieller Leistungen (§ 1 BNotO) angewiesen sind, sollen Notare unterschiedlichen Lebensalters zur Verfügung stehen, die aufgrund der Anzahl und Art ihrer Amtsgeschäfte auf allen Gebieten des Notariats über ein Mindestmaß an Berufserfahrung verfügen. Die Zulassungspraxis muss indes gemäß § 4 BNotO Bedürfnisgesichtspunkten Rechnung tragen. Werden keine weiteren Notare benötigt, können jüngere Berufsbewerber daher nur im Rahmen freiwerdender Notarstellen Berücksichtigung finden. Das würde ohne Altersgrenze zu einer Überalterung der Notare führen. Dem Rechtsuchenden stünden in zunehmendem Maße nur noch lebensältere Notare zur Verfügung, deren Berufserfahrung wegen ihrer späteren Zulassung geringer wäre. Das würde die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege gefährden (BVerfG, ebenda; BT-Drucks. 11/8307, S. 18; st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 17.03.2014, NotZ(Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553 Rdnr. 8 m. w. N.). Deshalb dient die Regelung einem beschäftigungspolitischen Ziel im Sinn des Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 (BVerfG, NJW 2011, 1131 Rdnr. 13). Denn zum einen steckt in der vom Gesetzgeber verfolgten Absicht, der Gefahr einer Überalterung des Notarberufs zu

begegnen, auch der Gedanke, jüngeren Bewerbern den Zugang zum Notaramt zu erleichtern. Zum anderen soll durch die Altersgrenze eine ausreichende Fluktuation im Interesse der beruflichen Perspektive jüngerer Bewerber sichergestellt werden (BGH, Beschluss vom 17.03.2014, NotZ(Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553, juris Rdnr. 11 m. w. N.; Urteil vom 27.05.2019, NotZ(Brfg) 7/18, DNotZ 2020, 71, juris Rdnr. 24 m. w. N.).

18 bb) Soweit – in der Folge der Entscheidung des Unionsgerichtshofs vom 21.07.2011 (C-159/10, C-160-10, Slg. 2011, I-6919 Rdnr. 32 ff. – Fuchs und Köhler) diesem Ziel die Erwägung angefügt worden ist, dass auch die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten über die Fähigkeit eines Notars, seine Tätigkeit über eine bestimmte Altersgrenze hinaus auszuüben, vermieden werden sollte (vgl. BVerfG, NJW 2011, 1131 Rdnr. 13), steht auch dieses Ziel – worauf der Kläger zu Recht hinweist (Gutachten zur Europarechtskonformität der Altersgrenze nach § 48a BNotO, S. 16 f.) – entgegen der Ansicht des Beklagten nach der bisherigen Rechtsprechung nicht für sich allein, sondern soll – wie die Vermeidung der Überalterung – jüngeren Bewerbern den Zugang zum Notaramt ermöglichen, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt („die Personalplanung zu optimieren *und damit* etwaigen Rechtsstreitigkeiten [...] vorzubeugen“; EuGH, Urteil vom 21.07.2011, a. a. O. Rdnr. 50 – Fuchs und Köhler; vgl. auch Urteil vom 02.04.2020, C-670/18, NVwZ 2020, 1339 Rdnr. 33 – Commune di Gesturi). Die Rechtmäßigkeit des Ziels, den Generationenwechsel zu erleichtern und den Berufsstand der Notare zu verjüngen, kann als im Allgemeininteresse liegendes Ziel mit Bezug zur Beschäftigungspolitik nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden (EuGH, Urteil vom 03.06.2021, C-914/19, NJW 2021, 2183 Rdnr. 36-38 - GN).

19 b) Die bundeseinheitlich für alle Notare geltende Altersgrenze ist auf der Grundlage der vom Senat getroffenen Feststellungen zur Erreichung dieses Ziels (nach wie vor) erforderlich. Es trifft entgegen der Ansicht des Klägers nicht zu, dass sie wegen eines demographisch begründeten Nachwuchsmangels im Anwaltsnotariat nicht mehr dazu dient, den Zugang junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zum Notarberuf zu fördern. Der Senat hat den Vortrag des Klägers, mit dem sich das Oberlandesgericht – wie der Kläger zu Recht rügt – nicht ausreichend auseinandergesetzt hatte, gemäß § 111b BNotO, § 125 Abs. 1, § 86 Abs. 1 VwGO überprüft und widerlegt gefunden.

20 aa) Gemäß § 3 Abs. 1 BNotO werden die Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung auf Lebenszeit bestellt (sämtliche Gerichtsbezirke gemäß § 3 Abs. 1 BNotO nachfolgend: hauptberufliches Notariat). In den Gerichtsbezirken, in denen am 01.04.1961 das Amt des Notars nur im Nebenberuf ausgeübt worden ist, werden weiterhin ausschließlich Rechtsanwälte für die Dauer ihrer Mitgliedschaft bei der für den Gerichtsbezirk zuständigen Rechtsanwaltskammer als Notare zu gleichzeitiger Amtsausübung neben dem Beruf des Rechtsanwalts bestellt (Anwaltsnotare; § 3 Abs. 2 BNotO). Dabei handelt es sich um die Oberlandesge-

richtsbezirke Braunschweig, Bremen, Celle, Frankfurt a. M., Oldenburg, Schleswig und Hamm sowie den Bezirk des KG. Im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf gehören dazu der rechtsrheinische Teil des Landgerichtsbezirks Duisburg sowie der Amtsgerichtsbezirk Emmerich (sämtliche Gerichtsbezirke gemäß § 3 Abs. 2 BNotO nachfolgend: Anwaltsnotariat).

21 Gemäß § 4 BNotO werden so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Dabei ist insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs zu berücksichtigen. Das Bedürfnis der Rechtssuchenden nach notariellen Leistungen ist in erster Linie aus den bisher von den Notaren vorgenommenen Beurkundungsgeschäften zu entnehmen, wobei das Versorgungsbedürfnis im jeweiligen Amtsbereich (§ 10a BNotO) maßgebend ist (BGH, Beschluss vom 22.10.1979, NotZ 3/79, DNotZ 1980, 177, juris Rdnr. 15 f.; Schippel/Eschwey/Eschwey, BNotO, 11. Aufl., § 4 Rdnr. 12 f.).

22 (1) Im hauptberuflichen Notariat werden bei der Prognoseentscheidung, ob zusätzliche Notarstellen einzurichten sind, mit unterschiedlichen Gewichtungen zwischen 1.350 und 1.800 bereinigte Urkundsgeschäfte pro Jahr zugrunde gelegt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22.10.1979, NotZ 3/79, DNotZ 1980, 177, juris Rdnr. 17, 30; vom 22.03.2004, NotZ 25/03, DNotZ 2004, 887, juris Rdnr. 8; Schippel/Eschwey/Eschwey, BNotO, § 4 Rdnr. 22 f. m. w. N.).

23 (2) Im Anwaltsnotariat haben die Justizverwaltungen der Länder für die Bedürfnisprüfung unterschiedliche Richtzahlen zwischen 350 bereinigten und 400 beziehungsweise 450 unbereinigten Urkundsgeschäften jährlich festgelegt. Dabei handelt es sich um Richtwerte, deren Erreichen für die notwendige vielseitige Erfahrung und die Urkundsgüte nach dem Ermessen der Justizverwaltungen als erforderlich angesehen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 31.03.2003, NotZ 24/02, DNotZ 2003, 782, juris Rdnr. 9 zur Erhöhung der Bedürfniszahlen von 250 auf 325 im Kammergerichtsbezirk; Schippel/Eschwey/Eschwey, BNotO, § 4 Rdnr. 27 m. w. N. sowie in BeckOK-BNotO, Stand: 01.03.2023, § 4 Rdnr. 27; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl., § 4 Rdnr. 12). Der auf dieser Grundlage ermittelte Stellenbedarf spiegelt – worauf der Beklagte zu Recht hinweist – lediglich einen einfachen Bedarf wider. Ihm lässt sich deshalb, wenn ein höheres Urkundsaufkommen pro Stelle anfällt, kein zwingendes Bedürfnis dafür entnehmen, zusätzliche Stellen zu besetzen, weil die ordnungsgemäße Erfüllung der anfallenden Aufgaben durch die bereits vorhandenen Notare nicht mehr gewährleistet werden könne. Allein der Umstand, dass eine oder mehrere Stellen ausgeschrieben sind, bedeutet daher nicht, dass die Stellenanzahl mit dem zwingenden Bedarf in diesem Sinn übereinstimmt (BGH, Beschluss vom 16.11.2020, NotZ(Brfg) 6/20, NJW-RR 2021, 564 Rdnr. 14).

24 (3) Die Entscheidung der Landesjustizverwaltung, Notarstellen auszuschreiben, knüpft im Anwaltsnotariat nicht wie im hauptberuflichen Notariat an das Ausscheiden eines be-

stellten Notars an, sondern wird nach Vorliegen der Geschäftszahlen des Vorjahres oder der Vorjahre anhand der Zahl der vorhandenen Notare getroffen. Aus diesem Grund ist – worauf der Beklagte zutreffend hinweist – ein neubestellter Anwaltsnotar nicht Amtsnachfolger eines ausgeschiedenen Notars. Dessen Notariatsgeschäfte werden gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 BNotO grundsätzlich abgewickelt (vgl. das Gutachten der BNotK, S. 2 f.; Schippel/Eschwey/Eschwey, BNotO, § 4 Rdnr. 27 m. w. N.).

25 bb) Dies zur strukturellen Ausgestaltung des Notariats vorausgeschickt, hat das vom Senat gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 4 BNotO eingeholte Gutachten der BNotK ergeben, dass zwar im Anwaltsnotariat ein – teils deutlicher – Bewerbermangel festzustellen ist. Das gilt allerdings nicht für das hauptberufliche Notariat. Dort besteht durchgängig ein erheblicher Bewerberüberhang.

(...)

29 cc) Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist die bundeseinheitlich geltende Altersgrenze zur Erreichung des genannten legitimen Ziels entgegen der Ansicht des Klägers auch im Anwaltsnotariat – das der Senat bei der Frage der Rechtfertigung hier allein in den Blick genommen hat – weiterhin erforderlich. Das beruht anders als im hauptberuflichen Notariat allerdings nicht darauf, dass im Hinblick auf die ausgeschriebenen Stellen ein Bewerberüberhang herrschte. Zu Recht weist der Beklagte aber darauf hin, dass es vor dem Hintergrund der Ausgestaltung des Anwaltsnotariats vielmehr gerade dann, wenn keine ausreichende Zahl an Bewerbungen eingeht, erforderlich ist, dass weiterhin lebensältere Notare aus dem Nebenberuf ausscheiden, um die Berufschancen zwischen den Generationen gerecht zu verteilen und eine Überalterung des Berufsstandes zu verhindern. Nur wenn lebensältere Notare aus dem Nebenberuf ausscheiden, haben nämlich jüngere Notare eine hinreichende Aussicht auf ein angemessenes Urkunden- und Gebührenaufkommen und werden die erheblichen persönlichen und finanziellen Belastungen auf sich nehmen, die mit dem Eintritt in den Nebenberuf verbunden sind.

30 (1) Dem im Gegensatz zum Anwaltsnotariat bestehenden Bewerberübergang im hauptberuflichen Notariat lässt sich entnehmen, dass es für den Notarberuf entgegen der Ansicht des Klägers keinen Nachwuchsmangel aus demographischen Gründen gibt. Aus den unterschiedlichen Bewerberzahlen schließt der Senat auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme, dass der Bewerbermangel im Anwaltsnotariat anderweitige, auf den Spezifika dieser Notariatsform beruhende strukturelle Gründe hat. Nicht die Demographie, sondern die für den Eintritt in den Nebenberuf im Interesse einer besseren Qualifikation seit 2010 deutlich erhöhten und sich zudem wegen der zunehmenden Digitalisierung und Regulungsdichte – etwa im Hinblick auf Einhaltung der Verpflichtungen nach dem Geldwäschegesetz (§ 2 Abs. 1 Nr. 10, §§ 4 ff., 10 ff., 43 ff. GwG, vgl. auch BGH, Beschluss vom 14.11.2022, NotZ 1/22, DNotZ 2023, 313 ff.) – stetig weiter erhöhenden Anforderungen sind der ausschlaggebende Grund für die durchgängig geringen Bewerberzahlen.

31 (a) Die Stellen für Anwaltsnotare wurden zunächst im Wesentlichen nach der im zweiten Staatsexamen erzielten Note vergeben. Nachdem dieses Kriterium den verfassungsrechtlichen Erfordernissen nicht genügte (vgl. BVerfG, NJW 2004, 1935, juris Rdnr. 9, 78 ff.; Schippel/Eschwey/Teschner, BNotO, Vor § 7a Rdnr. 3 f.), werden Anwaltsnotare seit 2010 auf der Grundlage der Ergebnisse einer notariellen Fachprüfung ausgewählt (§ 6 Abs. 2, §§ 7a ff. BNotO). Dadurch sollte ein Zugangs- und Auswahlssystem eingeführt werden, das sowohl fachliche Mindeststandards sichert als auch eine den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechende Auswahlentscheidung ermöglicht (BT-Drucks. 16/4972, S. 1). Im Gegensatz zu der vorher geltenden Rechtslage, nach der nicht gewährleistet war, dass jeder Bewerber eine systematische und möglichst umfassende fachliche Qualifikation erworben hatte, sollte im Interesse der Rechtssuchenden und der Rechtspflege an hoher und umfassender Qualifikation der Anwaltsnotare als auch im Interesse der Bewerber, nach ihrer Eignung, Leistung und Befähigung für das Amt des Notars ausgewählt zu werden, der Zugang zum Anwaltsnotariat neu geregelt werden. Die notarielle Fachprüfung deckt alle relevanten Gebiete ab und stellt durch ihre Ausgestaltung sicher, dass die Eignung und Befähigung der Bewerber zu einer praxismgerechten Umsetzung ihrer Kenntnisse geprüft werden. Sie gewährleistet, dass nur solche Bewerber zu Notaren bestellt werden, die sich umfassend auf die notarielle Tätigkeit vorbereitet und unter Beweis gestellt haben, dass sie über die für die Ausübung dieses Amtes erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen und sie praxismgerecht umsetzen können (vgl. BT-Drucks. 16/4972, S. 9, 10; Schippel/Eschwey/Teschner, BNotO, § 7a Rdnr. 12, 19; Heinemann/Trautrim/Kobitzsch, Notarrecht, 2022, § 7a Rdnr. 3; vgl. zu den Anforderungen an die Prüfungsleistungen BGH, Beschlüsse vom 16.11.2020, NotZ(Brfg) 5/20, juris Rdnr. 9, 13, 28; vom 11.07.2022, NotZ(Brfg) 3/22, DNotZ 2023, 39,0 juris Rdnr. 18; siehe etwa auch Heinze, ZNotP 2023, 121 ff., Wolke/Hantusch, ZNotP 2023, 213 ff.). Mit diesen Anforderungen geht einher, dass das erfolgreiche Ablegen der notariellen Fachprüfung einen erheblichen persönlichen, zeitlichen und finanziellen (vgl. § 7h BNotO i. V. m. § 2 Abs. 1 NotFGebS) Aufwand erfordert, der neben der Ausübung des Anwaltsberufs zu erbringen ist (vgl. Haug/Zimmermann/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 4. Aufl., Rdnr. 408a). Angesichts der Quote der nicht bestandenen Fachprüfungen von 18,16 % im Mittel sämtlicher Prüfungstermine von 2010 bis 2022 (Quelle: www.pruefungsamt-bnotk.de/service-download-bereich/statistiken) ist zudem vor dem Hintergrund der nur einmaligen Wiederholungsmöglichkeit (§ 7a Abs. 7 Satz 1 BNotO) nicht gesichert, dass er zum Erfolg führt. Demgegenüber werden die erforderlichen Kenntnisse im hauptberuflichen Notariat gemäß § 7 BNotO in einem (mindestens) dreijährigen, bezahlten Anwärterdienst als Notarassessor erworben.

32 (b) Da der Anwaltsnotar – anders als es in der Regel im hauptberuflichen Notariat der Fall ist – keine Notar-

stelle eines ausscheidenden Notars übernimmt, begründet die Errichtung und Einrichtung der von ihm gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BNotO zu unterhaltenden und während der üblichen Geschäftszeiten offenzuhaltenden Geschäftsstelle zumeist einen erheblichen organisatorischen und kostenmäßigen Aufwand. Davon hat sich der Senat auf der Grundlage der Ausführungen des Präsidenten der BNotK in der mündlichen Verhandlung überzeugt. Die Geschäftsstelle muss so eingerichtet sein, wie es zur ordnungsgemäßen Amtsausübung, insbesondere zur Wahrung des Amtsgeheimnisses und zur Durchführung und Abwicklung der Urkundstätigkeit (§ 15 Satz 1 BNotO) technisch und organisatorisch erforderlich ist (Schippe/Eschwey/Regler, BNotO, § 10 Rdnr. 39). Das beinhaltet auch die Beschäftigung entsprechend qualifizierter Notarfachangestellter sowie im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung überdies insbesondere die zusätzlich erforderliche technische Ausstattung etwa zur Teilnahme am Zentralen Vorsorgeregister, am Zentralen Testamentsregister und am Elektronischen Urkundenarchiv gemäß §§ 78a, 78c und 78h BNotO jeweils in Verbindung mit den Vorgaben der gemäß § 78a Abs. 3, § 78c Abs. 3 und § 78h Abs. 4 BNotO erlassenen Verordnungen (VRegV, ZTRV und NotAktW) sowie zur Ermöglichung der Beurkundung und Beglaubigung mittels Videokommunikation gemäß § 78p BNotO, §§ 16a ff., § 40a BeurkG (vgl. *Hager/Müller-Teckhof*, NJW 2023, 1855). (...)

33 (2) Dies lässt der Kläger – worauf der Beklagte zutreffend hinweist – außer Acht. Er geht unzutreffend von einem im Wesentlichen demographisch begründeten Nachwuchsmangel aus, der indes mit den durchgängig hohen Bewerberzahlen im hauptberuflichen Notariat nicht vereinbar ist.

34 (a) Der Umstand, dass die Zahl der Rechtsanwälte in Einzelzulassung seit 2017 leicht gesunken ist (von 154.711 auf 140.713; vgl. *Kilian*, AnwBl 2023, 360), vermag entgegen der Ansicht des Klägers einen solchen demographisch begründeten Nachwuchsmangel nicht zu belegen. Zwischen 1990 und 2015 stieg die Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte stark an (1990: 56.638; 2015: 163.513) und verharrt seither auf hohem Niveau (2022: 165.587; 2023: 165.186). Dabei waren am 01.01.2022 ausweislich des vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Statistischen Jahrbuchs der Anwaltschaft 2021/2022 43,1 % der Rechtsanwälte mit Einzelzulassung (mithin 61.582) 50 Jahre oder jünger (vgl. auch die Grafik Durchschnittsalter Anwaltschaft, <https://www.brak.de/presse/zahlen-und-statistiken>). Für Anwaltsnotare waren laut dem Gutachten der BNotK (Anlage 2, S. 3 ff.) 2022 653 Stellen ausgeschrieben sowie ferner in den Oberlandesgerichtsbezirken Düsseldorf und Hamm weitere 295 Stellen für besonders qualifizierte Bewerber (Bedürfnisstellen II, vgl. dazu unten II. 2. c) bb)), mithin insgesamt 948 Stellen. Selbst unter Zugrundelegung der vom Kläger unter Bezugnahme auf das von ihm vorgelegte Gutachten zur Europarechtskonformität der Altersgrenze (Februar 2023, S. 24) behaupteten Zahlen (961 ausgeschriebene Stellen für Anwaltsnotare im Jahr 2022) ist die Zahl der jüngeren Rechtsanwälte daher ohne Weiter-

res genügend, um (demographisch) ausreichenden Nachwuchs für das Anwaltsnotariat zu gewährleisten. Ferner ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Besonderheiten der Bedürfnisprüfung die 2022 ausgeschriebenen Stellen den gesamten Bedarf an Anwaltsnotaren widerspiegeln und daher nicht etwa die insgesamt in mehreren Jahren ausgeschriebenen Stellen zu den abgelegten notariellen Fachprüfungen ins Verhältnis gesetzt werden können.

35 (b) Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass sich die Altersstruktur im Anwaltsnotariat gemäß dem Gutachten der BNotK (Anlage 3, S. 1) ganz überwiegend ausgeglichen zeigt, wobei mit Ausnahme der Notarkammern Berlin und Braunschweig im Wesentlichen etwa eine Drittelverteilung zwischen den Altersgruppen der bis 49 Jahre, zwischen 50 und 59 Jahre sowie zwischen 60 bis 69 Jahre alten Notaren besteht. In den Notarkammern Celle, Frankfurt a. M. und Kassel sowie in der Westfälischen Notarkammer weist die Altersgruppe der bis 49 Jahre alten Anwaltsnotare jeweils den höchsten Anteil auf, der denjenigen der zwischen 60 und 69 Jahre alten Notare deutlich übersteigt.

36 (c) Der Umstand, dass die Zahl der Anwaltsnotare seit 1998 deutlich von 9.045 auf 4.997 zurückgegangen ist, belegt entgegen der Ansicht des Klägers keinen demographisch begründeten Nachwuchsmangel. Da die Stellenzahl wie ausgeführt stets auf einer Bedürfnisprüfung beruht, vermag sich in ihrem Rückgang schon kein Nachwuchsmangel zu zeigen. Die Entwicklung spiegelt vielmehr die Entwicklung der Urkundszahlen sowie die vom Gesetzgeber – unter anderem mit der Einführung der notariellen Fachprüfung – angestrebte bessere Qualifizierung mit dem Ziel leistungsfähigerer Notariate wider.

37 (d) Schließlich besteht entgegen der Ansicht des Klägers auch kein erhebliches Missverhältnis zwischen der Anzahl der erfolgreich abgelegten notariellen Fachprüfungen und den altersbedingt freiwerdenden Stellen. In den Jahren 2010 bis 2022 bestanden 3.361 Anwälte die notarielle Fachprüfung (2010: 151, 2011: 166; 2012: 271; 2013: 290; 2014: 328; 2015: 290; 2016: 355; 2017: 324; 2018: 296; 2019: 337; 2020: 188; 2021: 197; 2022: 168; Quelle: <https://www.pruuefungsamt-bnotk.de/service-download-bereich/statistiken>). Das entspricht etwa 65 % der tätigen Anwaltsnotare (Gutachten der BNotK, Anlage 1. S. 6 bis 17, 2022: 5.102 Anwaltsnotare). Auf dieser Grundlage ist eine Besetzung der altersbedingt freiwerdenden Stellen entgegen der Ansicht des Klägers im Grundsatz gesichert, was durch die Altersstruktur im Anwaltsnotariat – wie oben ausgeführt – belegt wird. Der deutliche Rückgang der Zahl der bestandenen notariellen Fachprüfungen seit 2020 ist – was der Kläger außer Acht lässt – vor dem Hintergrund der Pandemie zu sehen und lässt daher eine Prognose für die nächsten Jahre nicht zu.

38 (3) Kann danach kein im Wesentlichen demographisch begründeter Nachwuchsmangel festgestellt werden, sondern hat dieser ausschlaggebend die genannten anderen strukturellen Gründe, kommt es entgegen der Ansicht des Klägers für die Erforderlichkeit der Altersgrenze auf die Frage, ob die im Anwaltsnotariat ausgeschriebenen Stellen besetzt werden können, nicht an.

39 (a) Zwar weist der Kläger zu Recht auf die Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs hin (Gutachten zur Europarechtskonformität der Altersgrenze gemäß § 48a BNotO, S. 22), wonach es möglich ist, dass eine Altersgrenze zur Erreichung des verfolgten Ziels, die Berufschancen zwischen den Generationen zu verteilen, weder angemessen noch erforderlich ist, wenn die Zahl der Berufsträger (dort: Vertragszahnärzte) auf dem betreffenden Arbeitsmarkt, gemessen am Bedarf (dort: der Patienten), nicht überhöht ist, weil der Zugang neuer und insbesondere junger Berufsangehöriger zu diesem Markt normalerweise unabhängig davon möglich ist, ob es Berufsträger gibt, die ein bestimmtes Alter überschritten haben (EuGH, Urteil vom 12.01.2010, C-341/08, Slg. 2010, I-47100 Rdnr. 71 – Petersen).

40 (b) Eine solche Situation liegt hier aber angesichts der vom Senat getroffenen Feststellungen nicht vor. Die Funktion der Altersgrenze, die Berufschancen zwischen den Generationen zu verteilen, wird nämlich – worauf der Beklagte zu Recht hinweist – dadurch erfüllt, dass beim Ausscheiden eines lebensälteren Notars sein Urkunden- und Gebührenaufkommen (§§ 85 ff., 36, 95 ff. GNotKG) auf die jüngeren Notare übergeht. Bleiben lebensältere Notare mit gut eingeführten Notariaten und einem großen Stamm an Urkundsbeteiligten – wie auch der Kläger, dessen jährliches Urkundenaufkommen nach seinem eigenen Vorbringen 2020 selbst das durchschnittliche Aufkommen eines hauptberuflichen Notars überstiegen hat – ohne Altersgrenze im Amt, haben jüngere Rechtsanwälte keine hinreichende Aussicht auf wirtschaftlich leistungsfähige Notariate. Nur wenn sie wegen des stetigen Ausscheidens lebensälterer Notare ein wirtschaftlich sinnvolles Urkunden- und Gebührenaufkommen erreichen können, werden sie den erheblichen Aufwand auf sich nehmen, der wie oben dargestellt für den Einstieg in den Nebenberuf erforderlich ist. Es trifft daher nicht zu, dass der Kläger beim Verbleiben im Amt keinen nachrückenden Bewerber „blockiere“. Steht im Mittelpunkt der Betrachtung – wie wegen der Ausgestaltung des Nebenberufs geboten – die Verteilung des verfügbaren Urkunden- und Gebührenaufkommens zwischen den Generationen, erschließt sich im Gegenteil gerade beim hier vorliegenden Bewerbermangel aus strukturellen Gründen unmittelbar, dass die Altersgrenze zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels (nach wie vor) erforderlich ist und nicht über das Notwendige hinausgeht.

41 (c) Entgegen der Ansicht des Klägers hat sich das mit der Altersgrenze verfolgte Ziel auch nicht dahin geändert, dass mit ihr nunmehr das Ziel einer Qualitätsverbesserung des Anwaltsnotariats verfolgt werde. Die Altersgrenze soll nach wie vor die Berufschancen zwischen den Generationen gerecht verteilen. Dass sich die Rahmenbedingungen des Zugangs zum Anwaltsnotariat beginnend etwa seit 2010 erheblich geändert haben, bewirkt keine Änderung des mit der Altersgrenze verfolgten Ziels. Es erfordert lediglich das Ausscheiden aus dem Amt von lebensälteren Notaren auch dann, wenn ein Bewerbermangel besteht. In diesem Zusammenhang haben sowohl der Präsident der BNotK als auch der Vertreter der Beklagten überzeugend dargelegt, dass für (mögliche) Notarbewerber die Planbarkeit in Bezug

auf den Zeitpunkt, wann eine Stelle (und damit auch Urkunden- und Gebührenvolumen) altersbedingt frei wird, einen hohen Stellenwert hat. Es ist nach Ansicht des Senats nachvollziehbar, dass eine solche Planbarkeit gerade in kleineren Städten oder ländlichen Gebieten bei der Entscheidung, ob mögliche Bewerber den für den Zugang zum Notarberuf erforderlichen hohen persönlichen und finanziellen Aufwand in Kauf nehmen, eine wichtige Rolle spielt.

42 (d) Dem steht nicht entgegen, dass – wie der Kläger meint – eine Aufhebung der Altersgrenze den Einstieg in den Nebenberuf des Anwaltsnotars attraktiver werden ließe. Zur Überzeugung des Senats wird es für die Entscheidung jüngerer Berufsbewerber maßgeblich darauf ankommen, ob sich die erforderlichen – persönlichen und finanziellen – Investitionen in überschaubarer Zeit amortisieren und die laufenden Kosten gedeckt werden können. Demgegenüber ist aus Sicht eines jüngeren Neunotars bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise nachrangig, dass der Notarberuf über die Altersgrenze hinaus ausgeübt werden kann. Dass Anwälte in nennenswertem Umfang bereit sind, die Notartätigkeit – wie der Kläger meint – wirtschaftlich durch ihre Anwaltstätigkeit quer zu subventionieren, wird allenfalls in Einzelfällen oder kurzfristig vorkommen. Es würde zudem auch eine nicht hinnehmbare Gefahrenlage im Hinblick auf die Einhaltung der sich aus der Bundesnotarordnung ergebenden Pflichten des Notars, insbesondere die Pflichten aus § 14 BNotO, begründen.

43 (e) Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass – wie der Kläger geltend macht – lediglich wenige, etwa allenfalls 10 % der Notare den Nebenberuf über die Altersgrenze hinaus ausüben würden. Auf diese Behauptung kommt es schon deshalb nicht an, weil der Zugang zum Nebenberuf aus Sicht möglicher Bewerber bereits dann wirksam verschlossen wird, wenn die wirtschaftlich besonders erfolgreichen Anwaltsnotare weiterhin und ohne Altersgrenze im Amt bleiben. Gerade für diesen Personenkreis, dem auch der Kläger angehört, wird der Verbleib im Amt über die Vollendung des 70. Lebensjahres hinaus besonders attraktiv erscheinen.

44 Überdies geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein Bedürfnis für eine solche Regelung weiterhin besteht, weil durch einen zahlenmäßig relevanten Verbleib älterer Notare im Amt die geordnete Altersstruktur im Notariat nicht hinreichend gewahrt ist. § 48a BNotO wurde 1991 durch das Zweite Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung eingeführt (BGBl. I, S. 150). Der Gesetzgeber hielt die darin bestimmte Altersgrenze von 70 Jahren für erforderlich, „um eine geordnete Altersstruktur, insbesondere im Anwaltsnotariat, zu wahren“ (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses ST-Drucks. 11/8307, S. 18). Der Gesetzgeber hat an dieser Risikobeurteilung in Kenntnis des Bewerberrückgangs im Anwaltsnotariat 2021 (siehe dazu sogleich (f)) festgehalten. Dies hält sich in dem vom Unionsgerichtshof den Mitgliedstaaten zugebilligten – und vom Senat auch aus den Gründen der Gewaltenteilung zu beachtenden – weiten Ermessens-, Beurteilungs- und Prog-

nospiespielraum hinsichtlich der allgemeinen (Pensions-)Altersgrenzen (siehe oben Nr. 1).

45 (f) Nach alledem kann der Senat nicht feststellen, dass der Gesetzgeber den ihm nach der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs zukommenden Prognose- und Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Altersgrenze und ihre Ausgestaltung verletzt hat. Der Gesetzgeber hat 2021 in Kenntnis des signifikant zugenommenen Bewerbermangels im Anwaltsnotariat an der Altersgrenze festgehalten (ST-Drucks. 19/26828, S. 113, 114). Er hat durch das am 01.08.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts Möglichkeiten zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf (§ 48b BNotO) geschaffen. Er hat ferner vorgesehen, dass von der örtlichen Wartezeit (§ 5b Abs. 1 Nr. 2 BNotO) für den Fall abgesehen werden kann, dass im jeweiligen Amtsbereich keine Bewerbung dieser Voraussetzung genügt, wenn ein Bewerber seine Anwaltstätigkeit mindestens zwei Jahre im vorgesehenen Amtsbezirk oder drei Jahre in einem angrenzenden Amtsbezirk ausgeübt hat (§ 5b Abs. 3 BNotO). Insbesondere durch die verbesserten Möglichkeiten der Vereinbarung von Familie und Beruf wird der Nebenberuf attraktiver und der Zugang zu ihm ohne die zuvor bestehenden erheblichen Hürden tatsächlicher Art zahlreichen jüngeren Rechtsanwältinnen erst ermöglicht. Die Entscheidung des Gesetzgebers, auf dieser Grundlage die weitere Entwicklung der Bewerberzahlen abzuwarten, steht im Einklang mit dem ihm nach der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs zuzubilligenden Prognose- und Beurteilungsspielraum. Der Senat kann nicht feststellen, dass der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters ausgehöhlt wird.

(...)

47 c) Die bundeseinheitlich für alle Notare geltende Altersgrenze ist zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels auch angemessen. Insbesondere wird sie entgegen der Ansicht des Klägers kohärent und systematisch angewendet. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des ihm zuzubilligenden weiten Wertungsspielraums einen angemessenen Ausgleich gefunden, ohne dass der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters ausgehöhlt wird.

48 aa) Die Altersgrenze gilt bundeseinheitlich und ausnahmslos und weist daher eine vollständige Kohärenz auf. Entgegen der Ansicht des Klägers kann er aus dem Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 24.04.2023 (12 K 2386/22, juris Rdnr. 69 ff.) nichts für sich herleiten. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung von Bundesbeamten und Bundesrichtern im Hinblick auf das Hinausschieben des Ruhestands gemäß § 53 BBG eine Inkohärenz begründen kann. So liegt es hier indes nicht, nachdem eine vergleichbare Ungleichbehandlung schon nicht geltend gemacht wird.

(...)

52 cc) Ein angemessener Interessenausgleich wird schließlich auch dadurch gewährleistet, dass die Altersgrenze für Notare deutlich über den im Bund und in den

Bundesländern geltenden Pensionsaltersgrenzen von 67 (vgl. etwa § 48 Abs. 1 DRiG; § 51 Abs. 1 BBG) beziehungsweise 65 Jahren (vgl. § 38 LBG Berlin) für Richter und Beamte liegt. Zudem handelt es sich beim vom Kläger ausgeübten Notaramt um einen Nebenberuf. Der Kläger ist nicht gehindert, den Beruf des Rechtsanwalts auch weiterhin auszuüben oder als Notarvertreter oder Notariatsverwalter tätig zu sein (vgl. EuGH, Urteile vom 12.10.2010, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601 Rdnr. 75 – Rosenblatt; vom 18.11.2010, C-250/09, Slg. 2010, I-11869 Rdnr. 54 – Georgiev; vom 05.07.2012, C-141/11, EuZW 2012, 794 Rdnr. 40 – Hörnfeldt; Schippel/Eschwey/Regler, BNotO, § 48a Rdnr. 6, 9).

53 dd) Aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, dass das vom Kläger angeführte mildere Mittel, das darin bestehen soll, lediglich diejenigen über 70-jährigen Notare aus dem Amt ausscheiden zu lassen, die angesichts ihrer Beurkundungszahlen das Amt tatsächlich nicht mehr ausüben, nicht geeignet wäre, um die mit der Altersgrenze verfolgten Ziele zu erreichen. Aus dem gleichen Grund liegt kein entscheidungserheblicher Gehörsverstoß darin, dass das OLG den Vortrag des Klägers, wonach der Gesetzgeber vorrangig „Zwernotariate“ zu beseitigen habe, nicht ausdrücklich beschieden hat.

54 d) Ohne Erfolg bleibt die Rüge des Klägers, eine Diskriminierung ergebe sich ferner aus dem Umstand, dass Notare in Italien bis zum 75. Lebensjahr amtieren dürften. Dass in verschiedenen Mitgliedstaaten oder verschiedenen Regionen in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Altersgrenzen gelten, stellt die Erforderlichkeit und kohärente und systematische Anwendung der Altersgrenze nicht in Frage, weil ihre Festsetzung nach Erwägungsgrund 14 den Mitgliedstaaten obliegt (vgl. auch EuGH, Urteil vom 21.07.2011, C-159/10, C-160-10, Slg. 2011, I-6919 Rdnr. 97 – Fuchs und Köhler zu unterschiedlichen Regelungen in den Bundesländern).

55 III. Für ein Vorabentscheidungsersuchen an den Unionsgerichtshof besteht kein Anlass.

(...)

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Vorrang des dinglichen Vorkaufsrechts vor Vorkaufsrecht des Mieters

BGH, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22 (Vorinstanz: OLG Dresden, Beschluss vom 05.10.2022, 17 W 538/22)

BGB § 577 Abs. 1 Satz 2, § 1094

LEITSATZ:

Das dingliche Vorkaufsrecht genießt jedenfalls dann Vorrang vor dem Vorkaufsrecht des Mieters, wenn es von dem Eigentümer zugunsten eines Familienangehörigen im Sinne von § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB bestellt wurde.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 688.

3. Gestattender Beschluss nötig bei baulicher Veränderung des Gemeinschaftseigentums

BGH, Urteil vom 17.03.2023, V ZR 140/22 (Vorinstanz: LG Bremen, Urteil vom 08.07.2022, 4 S 176/21)

BGB § 1004 Abs. 1 Satz 2
WEG § 20 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen schlichten Verweisung auf die Gesetzeslage oder der bloßen Wiederholung des Gesetzes lässt sich in Ermangelung anderer Anhaltspunkte nicht entnehmen, dass es auch nach einer Gesetzesänderung bei der Anwendung alten Rechts verbleiben soll. Vielmehr ist dies grundsätzlich als dynamische Verweisung auf die jeweils aktuellen gesetzlichen Regelungen zu verstehen.
2. Es ist Sache des Wohnungseigentümers, der eine nicht in der Gemeinschaftsordnung gestattete bauliche Veränderung beabsichtigt, einen Gestattungsbeschluss ggf. im Wege der Beschlussersetzungsklage herbeizuführen, ehe mit der Baumaßnahme begonnen wird. Handelt er dem zuwider, haben die übrigen Wohnungseigentümer einen Unterlassungsanspruch, der durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ausgeübt wird. Diesem Unterlassungsanspruch kann der bauwillige Wohnungseigentümer nicht unter Berufung auf Treu und Glauben entgegenhalten, dass ihm ein Gestattungsanspruch zusteht.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 524.

4. Keine Begründungspflicht beim Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks

BGH, Urteil vom 11.10.2022, X ZR 42/20 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.09.2019, 8 U 142/13)

BGB § 531 Abs. 1, § 532

LEITSATZ:

Die Erklärung des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks bedarf keiner Begründung.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 351.

5. Gestaffelte Eintragung eines einzigen Rechts für mehrere Berechtigte im Grundbuch

OLG Bamberg, Beschluss vom 15.05.2023, 10 Wx 8/23

BGB §§ 133, 157, 428
GBO § 47

LEITSATZ:

Die Eintragung einer gestaffelten Berechtigung, auch unter einer aufschiebenden Bedingung, ist keineswegs ausgeschlossen. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1. I. Mit notarieller Urkunde vom 12.05.2022 veräußerte der Antragsteller zu 1 in seinem Alleineigentum stehenden Grundbesitz an die Antragstellerin zu 3. Im Gegenzug bewilligte diese dem Antragsteller zu 1 ein Wohn- und Versorgungsrecht als Leibgeding an einer auf dem Grundbesitz befindlichen Wohnung. Für den Fall des Todes des Antragstellers zu 1 ist zur Löschung dessen Todesnachweis ausreichend.

2 Nach den notariell beurkundeten Bestimmungen soll ab der von dem Antragsteller beabsichtigten Eheschließung mit der Antragstellerin zu 2 auch dieser das Wohn- und Vorsorgerecht zustehen, im Falle der rechtskräftigen Scheidung dieser gegenüber erlöschen. Ausdrücklich soll beiden Antragsberechtigten als Gesamtberechtigten im Sinne des § 428 BGB „nur ein Recht“ zustehen.

3 Nach rechtlichem Hinweis auf diesbezügliche Bedenken gegen die Eintragbarkeit hat das Erstgericht die vom Notar namens und im Auftrag der Antragsteller beantragte Eintragung insgesamt zurückgewiesen. Es liege eine Bestellung von Wohn- und Vorsorgerechten für mehrere Personen vor, die im Falle der Antragsberechtigten zu 2 sowohl aufschiebend wie auch auflösend bedingt bestellt worden seien. Eine zur Eintragung vorgesehene Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB werde damit aber erst künftig entstehen und ggf. auch wieder erlöschen.

4 Hiergegen richtet sich die Beschwerde mit der Argumentation, dass von vornherein nur ein einzelnes Recht bewilligt und auch zur Eintragung beantragt worden sei, dessen Ausübungsbefugnis nur, sowohl aufschiebend wie auch auflösend bedingt, also vorübergehend, zwei verschiedenen Personen zustehen soll. Eine Konstellation einer Alternativ- oder Sukzessivberechtigung sei nicht gegeben.

5 Das Erstgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

6 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

7 Das vom Erstgericht angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

8 Die Eintragung eines Rechts für mehrere gemeinschaftlich ist nach Maßgabe von § 47 Abs. 1 GBO möglich.

9 Die Eintragung einer Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB ist ebenfalls möglich (vgl. BGHZ 46, 260; BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rdnr. 40).

10 Schließlich ist eine gestaffelte Berechtigung, auch unter einer aufschiebenden Bedingung, keineswegs ausgeschlossen (vgl. BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rdnr. 49).

11 Den Antragstellern ist vorliegend darin beizutreten, dass es angesichts der jedenfalls nach entsprechender Auslegung des in der notariell beurkundeten Vereinbarung Gewollten (§§ 133, 157 BGB) in der Zeit ab Eintritt der aufschiebenden und vor Eintritt der auflösenden Bedingung zu einer einheitlichen und gemeinsamen Rechtsausübung beider Berechtigten kommen soll, die rein praktisch in der gemeinsamen Wohnungsnahme ihre Ausprägung finden wird.

12 Der Nachweis des Eintritts der aufschiebenden Bedingung wird absehbar durch Vorlage einer entsprechenden öffentlichen Urkunde über die wirksame Verheiratung zu erbringen sein. Ebenso wird durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde über eine etwaige rechtskräftige Scheidung der Eintritt der auflösenden Bedingung nachzuweisen sein. Unsicherheiten über die dingliche Rechtslage sind insoweit nicht zu befürchten.

13 Ein praktischer Bedarf an der Bestellung mehrerer, voneinander unabhängiger, selbstständiger Rechte lässt sich vorliegend nicht ersehen. Die schon von der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 76, 89 ff.; RGZ 128, 246) sowie auch der Obergerichte (zum Beispiel KG, DNotZ 1937, 330; BayObLG, DNotZ 1978, 238; OLG Frankfurt a. M., RPflegler 1978, 213) anerkannte Eintragung wird zwar in Teilen der Literatur aus rein dogmatischen Gründen in Frage gestellt (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 261c). Ein praktischer Mehrwert lässt sich angesichts der Ausnahmvorschrift des § 49 GBO nicht ersehen. Danach kann zur Auslegung von Dienstbarkeiten und Reallasten als Leibgedinge oder Ähnlichem ergänzend zum Grundbucheintrag auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, um eine „Überfüllung“ des Grundbuchs zu vermeiden (vgl. BGH, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 6/76, juris Rdnr. 16).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Philipp Hruschka**, Miesbach

1. Vorbemerkung und Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG Bamberg liegt ein vermeintlicher Standardfall mit kleinen Abweichungen zugrunde. Der veräußernde Alleineigentümer behält sich ein „Wohnungs- und Versorgungsrecht als Leibgeding“ vor. Dieses soll nicht nur ihm selbst, sondern auch seiner Ehefrau zustehen, wie üblich als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB.

Nun aber die Besonderheit(en): Die Ehefrau ist bei Bestellung und Beantragung des Rechts (noch) nicht die Ehefrau; die Eheschließung ist laut Sachverhalt beabsichtigt.

Zugleich soll aber auch die Beendigung der Ehe durch rechtskräftige Scheidung die Mitberechtigung entfallen lassen.

Von den Beteiligten gewünscht ist also ein Recht, welches bezüglich einer der Berechtigten sowohl aufschiebend als auch auflösend bedingt sein soll.

Das zuständige Grundbuchamt war der Auffassung, dass die Eintragung der vorgesehenen Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB nur möglich sei, wenn die Gesamtberechtigung auch ab Eintragung der Rechts (sofort) besteht, nicht aber, wenn diese erst aufschiebend bedingt eintreten soll.

Die Frage, ob ein oder zwei Rechte zu bestellen sind und, wenn zwei Rechte zu bestellen sind, in welchem Rangverhältnis diese dann richtigerweise zu bestellen sind, ist natürlich primär eine Frage der zugrunde liegenden Vereinbarungen, hat aber immer eine kostenrechtliche Komponente. Die Eintragung eines Rechts wird stets kostengünstiger sein als die Eintragung mehrerer Rechte, zudem wenn ggf. noch Rangvermerke mit einzutragen sind.

2. Einordnung

Von der rechtlichen Einordnung der zahlreichen grundbuchrechtlichen Problemkreise geht es um die Thematik der Alternativ- und Sukzessivberechtigung, wobei das OLG Bamberg jedoch diese Begrifflichkeit in den Entscheidungsgründen nicht verwendet, sondern feststellt, dass eine „gestaffelte Berechtigung, auch unter einer aufschiebenden Bedingung, keineswegs ausgeschlossen“ ist.

Weiter hebt das OLG Bamberg hervor, dass maßgeblich für die spätere Grundbucheintragung die notariell beurkundeten Vereinbarungen sind. Dass hierbei eine (nur eingeschränkt mögliche) Auslegung der beurkundeten Erklärungen vermieden werden sollte, steht außer Frage. Wenn also die Beteiligten, wie im mitgeteilten Sachverhalt, eine gemeinsame Wohnungsrechtsnahme wünschen, sei diese auch für eine der berechtigten Bewohner aufschiebend und auflösend bedingt, verbleibt es bei einem Recht. Ein praktischer (und auch rechtlicher) Bedarf zur Bestellung mehrerer Rechte besteht in diesen Konstellationen nicht.

Mitentscheidend aus grundbuchrechtlicher Sicht bleibt jedoch, dass jeder Bedingungseintritt, also sowohl bezüglich der aufschiebenden als auch bezüglich der auflösenden Bedingung hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar ist. Hier gab es wohl kein Problem, da sowohl die „wirksame Verheiratung“ als auch die „rechtskräftige Scheidung“ in der Regel durch öffentliche Urkunden nachweisbar sind. Ob die vorstehend hervorgehobene „wirksame Verheiratung“ und die „rechtskräftige Scheidung“ der notariellen Urkunde entstammen oder vom OLG als nächstliegendes Auslegungsergebnis herangezogen wurden, lässt sich dem mitgeteilten Sachverhalt nicht entnehmen.



3. Schlussfolgerung für die Praxis

Bei entsprechender Fallgestaltung lässt sich die Eintragung mehrerer Rechte, die dann Mehrkosten im Grundbuchverfahren mit sich bringen, vermeiden.

Voraussetzung für die Eintragung einer Gesamtberechtigung ist aber, dass zumindest für einen gewissen Zeitraum auch ein gemeinsames Recht besteht. Die Fälle, in denen das Wohnungs- oder Nießbrauchsrecht zunächst nur dem veräußernden Alleineigentümer zustehen soll und die Berechtigung des Zweitberechtigten (in den häufig vorkommenden Übergabefällen, meist der Ehegatte) erst aufschiebend bedingt mit dem Ableben des Erstberechtigten, ggf. mit der zusätzlichen auflösenden Bedingung, dass es nicht zu Lebzeiten des Erstberechtigten zu einer rechtskräftigen Scheidung gekommen ist, steht das Recht zu keiner (juristischen) Sekunde beiden Berechtigten gemeinsam zu. Daher ist in diesen Fällen stets die Eintragung von zwei getrennten Rechten notwendig.

6. Aufteilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.12.2022, 14 W 75/22 (Wx)

BGB § 93

Erbbaurechtsgesetz § 10 Abs. 1, § 12 Abs. 1 Satz 1

Grundbuchordnung § 13 Abs. 1, § 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein bestehendes Erbbaurecht hindert den Vollzug eines Teilungsantrags gemäß § 8 WEG, da ein aufgrund eines Erbbaurechts errichtetes Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts gilt (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG) und nicht Gegenstand von Sondereigentum werden kann (§ 93 BGB) (im Anschluss an OLG Hamm, Beschluss vom 27.03.1998, 15 W 332/97, juris).
2. Im Unterschied zu einer „Vorratsteilung“ nach § 8 WEG und dadurch entstehendem substanzlosem Sondereigentum ist der Eigentümer eines Grundstücks bei (noch) bestehendem Erbbaurecht nicht befugt, über das Bauwerk zu verfügen, das nach § 12 Abs. 1 ErbbauRG Teil des Erbbaurechts ist. Die beiden Fälle sind daher nicht ohne Weiteres miteinander vergleichbar.

Hinweis der Schriftleitung: Die Entscheidung ist in FGPrax 2023, 9 (m. Anm. *Forschner*) und DNotZ 2023, 460 (m. Anm. *Bernert*) abgedruckt.

7. Rückgewähranspruch bei wesentlicher Veränderung des Vertragsgegenstands

OLG Brandenburg, Urteil vom 13.04.2022, 4 U 61/21

BGB §§ 346, 950

LEITSATZ:

Ein Anspruch auf Rückgewähr (§ 346 BGB) entfällt, wenn der Rückgewährschuldner nicht in der Lage ist, den empfangenen Gegenstand zurückzugeben oder nur in veränderter Form. Dies ist beim Kauf einer Wohnung im Rohbau und Umbau in eine fertiggestellte Eigentumswohnung der Fall.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Kläger verlangen nach Rücktritt vom Vertrag von den Beklagten die Rückkaufsumme einer Eigentumswohnung (...).

2 Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen notariellen Vertrag vom 30.06.2015 in Verbindung mit der notariell beurkundeten Baubeschreibung vom 16.06.2015 oblag den Klägern eine Bauverpflichtung hinsichtlich der Herstellung/Sanierung eines als „Rohloft“ bezeichneten Rohbaus einer Eigentumswohnung sowie des Gemeinschaftseigentums. Die Beklagten verpflichteten sich in dem Vertrag zum Innenausbau des „Rohlofts“ einschließlich Kalt- und Warmwasser, Heizung, Abwasser, Strom, Telefon und Breitbandkabelanschluss.

3 In Bezug auf die Decken war in Ziffer 2.13 der Baubeschreibung vereinbart, dass die Untersichten der Decken aus Holzbalken und dazwischenliegenden Brettern sowie Stahlteilen erhalten bleiben und in unbehandeltem Zustand ohne Brandschutzbeschichtung übergeben werden. Entsprechend war als Käuferleistung in Ziffer 3.3.2 vorgesehen, dass die Untersichten der Decken, soweit nach der Baugenehmigung erforderlich, mit einer Brandschutzbeschichtung versehen werden und entsprechende Fachunternehmererklärungen beizubringen waren. (...)

4 Das LG hat die Klage mit Urteil vom 28.01.2021 (...) abgewiesen und seine Entscheidung damit begründet, dass offenbleiben könne, ob die Kläger wirksam von dem Kaufvertrag zurückgetreten seien, da jedenfalls nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine Rückgewähr des Kaufgegenstands nicht in Betracht komme, denn der empfangene Rohbau sei von den Beklagten durch den Ausbau in eine bewohnbare Wohnung im Sinne der Norm umgestaltet worden. Die Beklagten müssten deshalb allenfalls Wertersatz leisten, nicht jedoch das Wohnungseigentum an die Kläger rückkauflassen. (...)

6 Gegen das ihnen am 03.02.2021 zugestellte Urteil haben die Kläger am 02.03.2021 Berufung eingelegt und diese am 06.04.2021 begründet. Die Kläger machen geltend, das LG habe versäumt, das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit der Rückgewähr zu prüfen. Der Wertersatzanspruch nach § 346 Abs. 2 BGB stelle einen Ausgleichsanspruch für den geminderten oder verloren gegangenen Substanzwert dar, solch ein Verlust sei hier jedoch nicht eingetreten. Eine Unmöglichkeit der Herausga-

be sei vorliegend nicht gegeben, denn Klagegegenstand sei der Herausgabeanspruch in Form der Rückauffassung, die den Beklagten nach wie vor möglich sei. Die Rechtsprechung des BGH in seiner Entscheidung vom 10.10.2008, in der festgestellt worden sei, dass die grundbuchliche Belastung eines Grundstücks nicht zur Unmöglichkeit der Rückgewähr führe, sondern die Belastung zu löschen sei, sei übertragbar auf diejenigen Fälle, in denen eine Veränderung des Kaufgegenstandes stattgefunden habe. In diesen Fällen habe der Rückgewährschuldner die Sache in den Zustand zu versetzen, in dem diese sich bei der Übergabe befunden habe.

7 Sie beantragen (...) in der mündlichen Verhandlung vom 23.03.2022 zuletzt, unter Abänderung der Entscheidung des LG Potsdam werden die Beklagten als Schuldner verurteilt, das Eigentum an dem im Grundbuch des AG Brandenburg an der Havel (...) eingetragenen Sondereigentum Nr. 10, in Verbindung mit einem 1044/10.000 Miteigentumsanteil an der Wohnungseigentumsanlage 1(...), an die Kläger aufzulassen und die Eigentumsänderung in das Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen, Zug um Zug gegen Zahlung i. H. v. 210.000 €.

8 Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

9 Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

10 II. Die zulässige Berufung der Kläger hat in der Sache keinen Erfolg.

11 Es kann – wie das LG zutreffend entschieden hat – vorliegend offenbleiben, ob ein Rücktrittsgrund vorliegt und die Kläger von dem Vertrag vom 30.06.2015 mit den Beklagten wirksam zurückgetreten sind, denn die grundsätzlich nach § 346 BGB infolge eines wirksamen Rücktritts geschuldete Rückgewähr in der Form der hier (allein) begehrten Rückauffassung des Sondereigentums ist nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB ausgeschlossen.

12 a) Folge eines wirksamen Rücktritts ist gemäß § 346 Abs. 1 BGB grundsätzlich, dass die Parteien verpflichtet sind, gegenseitig den jeweils empfangenen Gegenstand zurück zu gewähren. Der Anspruch auf Rückgewähr entfällt gemäß § 346 Abs. 2 BGB jedoch dann, wenn der Rückgewährschuldner nicht in der Lage ist, den empfangenen Gegenstand zurückzugeben oder nur in veränderter Form (BGH, Urteil vom 20.02.2008, VIII ZR 334/06; Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/09, Rdnr. 18). In diesen Fällen ist der Rückgewährschuldner zur Leistung von Wertersatz verpflichtet, um den geminderten oder verloren gegangenen Substanzwert auszugleichen, nicht jedoch zur Wiederherstellung des früheren Zustands im Sinne einer Schadensersatzleistung in Form der Naturalrestitution nach § 249 BGB (BGH, Urteil vom 10.10.2008, a. a. O. Rdnr. 22, 23; Schwab, JuS 2002, 631, 636).

13 b) Eine solche Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstands ist vorliegend gegeben. Bei dem nach der vertraglichen Vereinbarung des notariellen Bauträgervertrages vom 30.06.2015 von den Beklagten emp-

fangenen Gegenstand handelt es sich um das Sondereigentum an einem Rohbau, verbunden mit einem prozentualen Miteigentumsanteil an dem Grundstück (...). Der erhaltene Rohbau kann von den Beklagten jedoch nicht zurück übereignet werden, weil er in der nunmehr fertiggestellten Eigentumswohnung aufgegangen ist. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass vorliegend eine Umgestaltung im Sinne des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB des von den Beklagten erhaltenen Rohbaus („Rohloft“) in eine bewohnbare Wohnung vorliegt, die den primären Rückgewähranspruch der Kläger entfallen lässt.

14 aa) Der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung wollte den Rücktritt – anders als nach § 352 BGB a. F. – nicht daran scheitern lassen, dass der Rückgewährschuldner nicht in der Lage war, den empfangenen Gegenstand in unveränderter Form herauszugeben und hat den Rücktritt stattdessen mit einer Wertersatzpflicht verknüpft. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB lässt deshalb nur den Rückgewähranspruch entfallen. Er verkürzt die Formulierung des § 352 BGB a. F. („durch Verarbeitung oder Umbildung zu einer Sache anderer Art umgestaltet“) zu „umgestaltet“ und meint mit „verarbeitet“ dasselbe wie § 352 BGB a. F. („Verarbeitung“) (Staudinger/Kaiser, Neub. 2012 § 346 Rdnr. 141). Die Tatsache, dass § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB anders als § 352 BGB a. F. nicht ausdrücklich von der Verarbeitung oder Umbildung zu einer „Sache anderer Art“ spricht, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers inhaltlich nichts ändern (BT-Drucks. 14/60 40, S. 196).

15 Nach ganz herrschender Meinung kann bei der Beurteilung der Frage, ob eine Sache anderer Art gegeben ist, die zu § 950 BGB ergangene Rechtsprechung zur Herstellung durch Verarbeitung oder Umbildung herangezogen werden (MünchKomm-BGB/Gaier, 8. Aufl., § 346 Rdnr. 49; Grüneberg, 81. Aufl., § 346 Rdnr. 8 a; BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 527 m. w. N.; a. A. Staudinger/Kaiser, § 346 Rdnr. 142 für die Umgestaltung). Danach ist eine bewusste menschliche oder menschlich gesteuerte Arbeitsleistung erforderlich (Grüneberg/Herrler, § 950 Rdnr. 2), die den ursprünglichen Gegenstand auf eine höhere Wertschöpfungsstufe hebt. Maßgeblich ist, ob nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte eine Sache entstanden ist, die eine eigenständige, gegenüber der bearbeiteten Sache weitergehende Funktion erfüllt (BGH, Urteil vom 10.07.2015, V ZR 206/14 Rdnr. 17). Darauf, ob es tatsächlich möglich ist, den Umbildungsprozess rückgängig zu machen und die Sache in ihren Ursprungszustand zurückzusetzen, kommt es dagegen nicht an.

16 bb) Für die Frage, wann dem Rückgewährschuldner die Rückgewähr des empfangenen Gegenstands unmöglich ist, kann für Grundstücke zudem auf die Rechtsprechung zum § 818 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden. Die Regelung im Bereicherungsrecht hat dem Gesetzgeber als Vorbild für das durch die Neufassung der §§ 346 ff. BGB eingeführte Modell der „Rückabwicklung dem Werte nach“ gedient (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 194 f.).

17 Dort ist anerkannt, dass die Pflicht zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB nur dann an die Stelle der primären Pflicht zur Herausgabe des Erlangten nach § 818 Abs. 1 BGB tritt,

wenn die Unmöglichkeit zur Herausgabe feststeht (BGH, Urteil vom 05.07.2006, VIII ZR 172/05 Rdnr. 22). Die Herausgabe eines Grundstücks kann im Sinne des §§ 818 Abs. 2 BGB auch dadurch unmöglich werden, dass es nach der Übereignung an den Bereicherungsschuldner bebaut wird (BGH, Urteil vom 10.07.1981, V ZR 79/80 Rdnr. 25 unter Berufung auf RG, Urteil vom 21.09.1931, VI 51/31, RGZ 133, 293, 294; RGZ 117, 112, 113). Auch insoweit hat bereits das RG in dem Fall vom 21.09.1931 die Unmöglichkeit der Herausgabe eines rechtsgrundlos übereigneten Grundstücks damit begründet, dass es durch die Errichtung einer Fabrik mit wertvollen Stickereimaschinen, die mit dem Grund und Boden fest verbunden waren, wirtschaftlich betrachtet „etwas ganz anderes geworden sei“ (S. 295). Maßgeblich für die Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten sind danach auch bei unbeweglichen Sachen wirtschaftliche Erwägungen und letztlich der Gedanke der Zumutbarkeit (BGH, Urteil vom 10.07.1981, a. a. O.).

18 c) Wird dieser Maßstab angelegt, haben die Kläger den empfangenen Rohbau nicht lediglich verändert, sondern nach wirtschaftlicher Betrachtung auch unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, die einen Rohbau und eine Wohnung als Gegenstände mit unterschiedlichem Charakter und Funktion behandelt (vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2015, V ZR 206/14 Rdnr. 17) durch ihren Innenausbau einen anderen Gegenstand geschaffen; sie sind nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB damit nicht in der Lage, den ursprünglichen Rohbau herauszugeben.

19 Dabei kann vorliegend offen bleiben, ob die streitige Behauptung der Beklagten zutrifft, dass die streitgegenständliche Wohnung nach dem derzeitigen Ausbaustandard einen Wert von mindestens 750.000 € hat, der Innenausbau den Wert der Wohnung mithin gegenüber dem Kaufpreis für den Rohbau von 210.000 € um einen Wert von 540.000 € gesteigert hat. Es steht jedenfalls fest, dass der komplette Innenausbau durch die Beklagten, der die Räume überhaupt erst nutzbar gemacht hat, eine ganz erhebliche Wertsteigerung bewirkt hat. Dies kann der Senat aufgrund seiner langen Erfahrung mit Bausachen beurteilen. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Beklagten die ihnen nach dem notariellen Bauträgervertrag vom 30.06.2015 URNr. a(...)/2015 in Verbindung mit der notariellen Bau- und Leistungsbeschreibung URNr. b(...)/2015 vom 16.06.2015 obliegenden Pflichten zur Vornahme des Innenausbaus – mit Ausnahme der hier streitigen Verpflichtung zum Aufbringen eines Brandschutzes – erfüllt haben. Danach haben die Beklagten den gesamten Innenausbau der Wohnung einschließlich Kalt- und Warmwasser, Heizung, Abwasser, Strom, Telefon und Breitbandkabelanschluss, einschließlich Innenputz und Endbehandlung der Bestands- und neuen Wohnungstrennwände, der Dachbegrünung und Belag der Dachterrassen, Innenfensterbänken, Innentüren, Herstellung eines schwimmenden Estrichs/Estrichs in allen Räumen, Herstellung aller Böden und Beläge, Sanitärinstallation und Einbau eines Kamins ausgeführt.

20 Dabei ist es vorliegend nicht von Bedeutung, ob die Beklagten ihrer vertraglichen Verpflichtung nachgekommen

sind, den Innenausbau unter Begleitung eines Architekten vorzunehmen. In Bezug auf das Wertverhältnis zwischen dem Rohbau und der fertig gestellten Wohnung kommt es nicht darauf an, ob der Innenausbau von einem Architekten begleitet worden ist, sondern darauf, ob der Ausbau fachgerecht erfolgt ist. Mit Ausnahme des in dem Verfahren streitigen fachgerechten Aufbringens einer Brandschutzbeschichtung der Untersichten der Decken und Stahlteile haben die Kläger allerdings konkrete Einwände gegen die fachgerechte Ausführung des Innenausbaus nicht vorgebracht.

21 d) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Annahme der Kläger auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 10.10.2008, V ZR 130/07. Der BGH hat in dieser Entscheidung zwar ausgeführt, dass § 346 Abs. 2 BGB die Verpflichtung zum Wertersatz an Fälle der Unmöglichkeit anknüpft, den empfangenen Gegenstand überhaupt oder in der ursprünglichen Form zurückzugeben (BGH, a. a. O. Rdnr. 18) und festgestellt, dass er auf die Herstellung eines Zustands abzielt, der im Wesentlichen am negativen Interesse der Vertragsparteien ausgerichtet ist (BGH, a. a. O. Rdnr. 20). Gegenstand des dort entschiedenen Falles war jedoch lediglich der Lösungsanspruch des Rückgewährgläubigers eines belasteten Grundstücks; zu den Fallgruppen „Verarbeitung und Umgestaltung“ hat sich der BGH nicht ausdrücklich geäußert. Dagegen hat er hervorgehoben, dass der Rückgewährschuldner lediglich zum Wertersatz, nicht jedoch zur Wiederherstellung des früheren Zustands im Sinne einer Schadensersatzleistung in Form der Naturalrestitution nach § 249 BGB (BGH, Urteil vom 10.10.2008, a. a. O. Rdnr. 22, 23; *Schwab*, JuS 2002, 631, 636) verpflichtet ist.

(...)

ANMERKUNG:

Zugleich Antwort auf **Herrler**, DNotZ 2023, 485-496

Von Notarassessor Dr. **Philip Maximilian Bender**, LL.M. (Yale), Maître en droit (Paris II), München

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Veräußerer V verkaufte an Erwerber E im Rahmen eines Bauträgervertrages eine Eigentumswohnung. V traf neben der Pflicht zur Eigentumsverschaffung auch die Pflicht zur Sanierung bzw. Errichtung des Gebäudes mit der entsprechenden Wohnung, allerdings nur im Rohbau. E verpflichtete sich neben der Kaufpreiszahlung i. H. v. 210.000 € auch zum Innenausbau der von ihm erworbenen Wohnung. E kam dieser Pflicht nach und erhöhte so den Wert der Wohnung erheblich – nach dem Vortrag des E um 540.000 €. Nach dem Vortrag des V wurde allerdings die Brandschutzbeschichtung von Decke und Stahlteilen nicht ordnungsgemäß angebracht. Deshalb trat V vom Vertrag zurück und verlangte Rückübereignung der Wohnung samt Innenausbau gemäß § 346 Abs. 1 BGB Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises.

Das LG Potsdam wies die Klage des V auf Rückübereignung mit der Begründung ab, der Anspruch auf Rückübereignung sei gemäß § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB wegen „Umgestaltung“ infolge des Innenausbaus ausgeschlossen. Das OLG Brandenburg bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz.¹

2. Zentrales Rechtsproblem und Lösung des OLG Brandenburg

Das zentrale Problem betrifft die Anwendbarkeit des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB im Grundstücksrecht: Können bauliche Veränderungen zu einer die Naturalrückübereignung ausschließenden Umgestaltung führen?

Das OLG Brandenburg bejahte diese Frage unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Rücktrittsrechts. Maßgeblich für die Umgestaltung sei, ob die Sache durch menschliche Arbeitsleistung auf eine höhere Wertschöpfungsstufe gestellt werde, sie also eine eigenständige, gegenüber der bearbeiteten Sache weitergehende Funktion erhalte.² Entscheidend seien insofern auch wirtschaftliche Erwägungen und der Gedanke der Zumutbarkeit.³ Ob die Rückgängigmachung der Bebauung tatsächlich möglich sei, spiele keine Rolle.⁴

3. Zustimmungende Bewertung: Keine Sonderdogmatik für das Grundstücksrecht

Das Urteil des OLG Brandenburg, das im Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung steht,⁵ verdient Zustimmung. Die kritische Urteilsanmerkung von *Herrler*, die von einer rücktrittsrechtlichen Sonderdogmatik für das Grundstücksrecht ausgeht,⁶ überzeugt hingegen nicht. Weder gebietet das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip (a) noch die Notwendigkeit, Rückforderungsrechte durch Vormerkung sichern zu können (b), eine Sonderbehandlung von Grundstücken auf schuldrechtlicher Ebene. Im Gegenteil: Teleologisch-ökonomische Erwägungen (c) und die positiv-rechtliche Ausgangslage (d) sprechen auch im Grundstücksrecht für einen Ausschluss der Rückabwicklung bei Umgestaltung.

- a) Die Irrelevanz des sachenrechtlichen Akzessorietätsprinzips auf schuldrechtlicher Ebene

Ein wesentlicher Gesichtspunkt in der Argumentation von *Herrler* für eine rücktrittsrechtliche Sonderdogmatik des

Grundstücksrechts ist das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip: Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass das Eigentum am Grundstück stets auch wesentliche Bestandteile des Grundstücks erfasse (§§ 946, 94 BGB), ein Eigentumsverlust am Grundstück infolge Umgestaltung hingegen ausgeschlossen sei (§ 950 BGB).⁷ Das ist zutreffend. Nur folgt aus diesen sachenrechtlichen, an Rechtssicherheit orientierten Grundsätzen nichts für die schuldrechtliche Ebene.

Die Aussage des Akzessorietätsprinzips, wie es in §§ 946, 94 BGB zum Ausdruck kommt, beschränkt sich darauf, dass Grundstück und Gebäude sachenrechtlich als *eine* Sache anzusehen sind und das Gebäude als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks grundsätzlich nicht sonderrechtsfähig ist.⁸ Über die Frage, wem diese einheitliche Sache endgültig zuzuordnen ist, entscheidet hingegen nicht das sachenrechtliche Akzessorietätsprinzip, sondern das Schuldrecht nach eigenständigen Kriterien. Für die rücktrittsbedingte Rückabwicklung sind diese Kriterien den maßgeblichen Vorschriften des Rücktrittsrechts zu entnehmen.

Auch aus der Unanwendbarkeit des § 950 BGB auf sachenrechtlicher Ebene folgt nichts anderes. Auf der sachenrechtlichen Ebene würde die Anwendung des § 950 BGB im Grundstücksrecht zu einer Einschränkung der Publizitätswirkung des Grundbuchs führen, weil Eigentumsrechte an Grundstücken außerhalb des Grundbuchs übergangen. Außerdem würde die Eigentumszuordnung mit Unsicherheiten behaftet, weil die Frage der wesentlichen Umgestaltung eine Wertungsentscheidung voraussetzt, die *ex ante* rechtssicher nicht getroffen werden kann. Das grundbuchrechtlich besonders abgesicherte Bedürfnis nach klar definierten Eigentumsrechten⁹ wird jedoch nicht dadurch in Frage gestellt, dass über den endgültigen Verbleib der Eigentumsrechte auf schuldrechtlicher Ebene nach anderen Grundsätzen entschieden wird. Auf schuldrechtlicher Ebene können mithin ohne Weiteres auch unbestimmte Rechtsbegriffe (*standards*)¹⁰ wie derjenige der wesentlichen Umgestaltung zur

1 Die Frage, ob überhaupt ein Rücktrittsrecht besteht, wurde ausdrücklich offengelassen, vgl. Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.
2 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.
3 Rdnr. 17 a. E. der besprochenen Entscheidung (im Rahmen eines autonom verstandenen Unmöglichkeitbegriffs auf die Grundsätze für die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht abstellend).
4 Rdnr. 15 a. E. der besprochenen Entscheidung.
5 Vgl. nur BGH, Urteil vom 10.07.1981, V ZR 79/80, NJW 1981, 2687, 2688. Ferner RG, Urteil vom 21.09.1931, RGZ 133, 293, 294 f.; Urteil vom 30.03.1942, II 96/41, RGZ 169, 65, 76.
6 *Herrler*, DNotZ, 2023, 485. Krit. auch *Herrler/Hertel/Kesseler*, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, 2022/2023, S. 35–39 (Skript).

7 *Herrler*, DNotZ, 2023, 485, 488 f. Ferner *Herrler/Hertel/Kesseler*, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, 2022/2023, S. 39 (Skript).
8 Eine Ausnahme hierzu sieht etwa die Regelung des § 95 BGB (Scheinbestandteile) vor.
9 Zur Bedeutung klar definierter Eigentumsrechte vgl. *Demsetz*, American Economic Review 57 (1967), 347 (*property rules*); *Calabresi/Melamed*, Harvard Law Review 85 (1972), 1089.
10 Zur Unterscheidung zwischen Regeln (Entscheidung *ex ante* durch den Gesetzgeber) und Standards (Entscheidung *ex post* durch die Gerichte) vgl. grundlegend *Kaplow*, Duke Law Journal 42 (1992), 557, 559 f. Ferner *Korobkin*, Oregon Law Review 79 (2000), 23, 43. Aus dem deutschsprachigen Diskurs etwa *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 58 („ein Stück offengelassene Gesetzgebung“); *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 4 Rdnr. 1 („Delegationsnormen“); *Schumann/Auer*, Gesetz und richterliche Macht, 2020, S. 119, 120 ff.

Anwendung kommen.¹¹ So würde auch niemand die Anwendbarkeit des § 138 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten) oder des Rückforderungsrechts aus § 530 BGB (grober Undank) in Frage stellen, wenn ein Grundstück betroffen ist. Die Vorteile der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf schuldrechtlicher Ebene kommen vielmehr gerade auch im Grundstücksrecht zum Tragen: Sie ermöglichen es, dass in Kenntnis des maßgeblichen Einzelfalles *ex post* eine Entscheidung getroffen wird, die *ex ante* mangels entsprechender Informationen so nicht möglich wäre. Eine regelförmige Lösung des Problems ohne die maßgeblichen Einzelfallinformationen *ex ante*, etwa dergestalt, dass stets ein Naturalrücküberweisungsanspruch des Verkäufers besteht oder dieser schon bei kleinsten Reparaturen oder unwesentlicher Bebauung ausgeschlossen ist, würde hingegen insgesamt größere Kosten verursachen: Aufgrund des *ex ante* bestehenden Informationsdefizits wäre sie in vielen Fällen zu weit (*over-inclusive*) oder zu eng (*underinclusive*).¹²

b) Vormerkungsschutz und Dispositivität

Herrler argumentiert weiter, der Anspruch auf Rückgewähr in Natur müsse durch Vormerkung abgesichert werden können. Der Gläubiger des vormerkungsgesicherten Rückgewähranspruchs verliere aber seinen Vormerkungsschutz (§ 883 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3 BGB, § 106 Abs. 1 InsO), wenn der vormerkungsgesicherte Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB infolge Umgestaltung erlösche. Auch dieses Argument überzeugt hingegen nicht.

Wird der Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB durch ein gesetzliches Rücktrittsrecht ausgelöst und nicht durch eine Vormerkung gesichert, wie das in den allermeisten Kaufverträgen der Fall ist, geht das auf die Vormerkbarkeit abstellende Argument von vornherein ins Leere. Für die Sonderfälle, in denen die Parteien ein vertragliches Rückforderungsrecht vorsehen und den bei Ausübung dieses vertraglichen Rücktrittsrechts entstehenden Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB durch eine Vormerkung absichern, wie das insbesondere bei Überlassungsverträgen mit den klassischen Rückforderungsgründen der Fall ist,¹³ führt schon die Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu einem interessengerechten Ergebnis: Die Regelung des § 346 Abs. 2 BGB ist dispo-

sitiv.¹⁴ Ihre Abbedingung ist – auch konkludent – ohne Weiteres möglich.¹⁵ Für die Frage, wann eine konkludente Abbedingung vorliegt, gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB).¹⁶

Als Regel wird sich formulieren lassen, dass die Parteien den Ausschluss der Naturalrückabwicklung gemäß § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB jedenfalls dann konkludent abbedungen haben, wenn sie ein vertragliches Rückforderungsrecht vereinbart haben und der bei Ausübung dieses Rückforderungsrechts entstehende Rückgewähranspruch gemäß § 346 Abs. 1 BGB durch eine Vormerkung gesichert ist. Durch die Sicherung durch Vormerkung bringen die Parteien nämlich die besondere Bedeutung der Naturalrückabwicklung zum Ausdruck.¹⁷ Der Veräußerer wird in diesen Fällen die von der anderen Seite akzeptierte Erwartung haben, das Grundstück trotz Bebauung insbesondere auch im Falle etwaiger Verfügungen des Erwerbers (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB), seiner Insolvenz (§ 106 Abs. 1 InsO) oder dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Zugriff Dritter (§ 883 Abs. 2 Satz 2 BGB) zurückzuerhalten.¹⁸ In der Tat würde in diesen Fällen die Vormerkungssicherung leerlaufen, käme es zum Erlöschen des primären Rückgewähranspruchs aus § 346 Abs. 1 BGB.¹⁹ Leitender Gesichtspunkt ist gerade bei Überlassungsverträgen regelmäßig, dass das Grundstück „in der Familie“ bleibt, was durch einen bloßen Wertersatzanspruch nicht erreicht werden könnte.²⁰

Entscheidend ist jedoch, dass diese Wertungsgesichtspunkte keine Frage der generellen Anwendbarkeit des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB im Grundstücksrecht sind, sondern lediglich die Auslegung des Parteiwillens in speziellen Vormerkungsfällen betreffen. Im Grundsatz, also für alle Fälle, in denen kein Vormerkungsschutz existiert, erweist sich die Wertungsentscheidung des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB gerade auch im Grundstücksrecht unter

11 Zur Parallelität des Begriffs der Umgestaltung betreffend § 950 BGB und § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB etwa für die wohl h. M. *jurisPK-BGB/Faust*, 10. Aufl. 2023, § 346 Rdnr. 50. Anders etwa *Staudinger/Kaiser/Sitmann-Haury*, Neub. 2022, § 346 Rdnr. 141–143.

12 Zu *over-* und *underinclusiveness* vgl. *Tussman/tenBroek*, *California Law Review* 37 (1949), 341, 348–351; *Schauer*, *Playing by the Rules*, 1991, S. 31–34; *ders.*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 14 (1991), 645, 685; *Ehrlich/Posner*, *The Journal of Legal Studies* 3 (1974), 257, 268 ff.

13 Dazu etwa *Krauβ*, *Vermögensnachfolge in der Praxis*, 6. Aufl. 2022, S. 791 ff. (Rdnr. 2525 ff.) (zu den einzelnen Rückforderungsgründen), S. 833 ff. (Rdnr. 2657 ff.) (zu ihrem Vormerkungsschutz).

14 Dies folgt bereits aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 311 Abs. 1 BGB).

15 Gerade im Grundstücksrecht ist auch die ausdrückliche Abbedingung aufgrund des notariell erstellten Vertragsmusters bei besonders geringen Transaktionskosten möglich.

16 Dazu etwa BGH, Urteil vom 09.07.1985, VI ZR 71/84, NJW 1986, 52, 53. Grundlegend *Larenz*, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, 1930, S. 70–106.

17 Im Einzelfall kann jedoch auch ein nicht durch Vormerkung gesichertes, vertragliches Rücktrittsrecht für eine Abbedingung des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB sprechen. Bei einer Sicherung durch Vormerkung tritt der nach §§ 133, 157 BGB maßgebliche Parteiwille nur besonders deutlich hervor.

18 Dazu auch *Herrler*, *DNotZ*, 2023, 485, 490 f.

19 Zur Akzessorietät der Vormerkung hinsichtlich des gesicherten Anspruchs vgl. etwa *MünchKomm-BGB/Lettmaier*, 9. Aufl. 2023, § 883 Rdnr. 6; *BeckOK-BGB/H.-W. Eckert*, Stand: 01.05.2023, § 833 Rdnr. 3.

20 Ob insofern dann von einer konkludenten Abbedingung des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB oder davon ausgegangen wird, dass die vertragliche Verweisung auf das Rücktrittsrecht von vornherein nur § 346 Abs. 1 BGB erfasst, ist ohne Relevanz. Zur Vertragsgestaltung näher unten (Text zu Fn. 51–57).

teleologisch-ökonomischen Gesichtspunkten als interessengerecht.

c) Teleologisch-ökonomische Erwägungen

Wird eine Sache infolge Umgestaltung auf eine höhere Wertschöpfungsstufe gebracht, bestehen drei Möglichkeiten der Rückabwicklung eines Kaufvertrages: Erstens ist es denkbar, den Käufer zu verpflichten, die Umgestaltung, soweit möglich, rückgängig zu machen und sodann die ursprüngliche Sache herauszugeben (*erste Variante*). Zweitens ist es möglich, den Käufer zu verpflichten, die umgestaltete Sache herausgeben, ihn aber in irgendeiner Weise für seine Verwendungen zu kompensieren (*zweite Variante*). Drittens schließlich kann dem Käufer das Recht gewährt werden, die umgestaltete Sache zu behalten, und umgekehrt dem Verkäufer ein Anspruch auf Wertersatz für den Verlust der ursprünglich verkaufte Sache eingeräumt werden (*dritte Variante*).

Die dritte Variante ist unter ökonomisch-teleologischen Gesichtspunkten sowohl der ersten als auch der zweiten Variante überlegen, und zwar auch dann, wenn die verkaufte Sache ein Grundstück ist. Dies gilt unter Beachtung des Schicksals der umgestalteten Sache (aa) ebenso wie unter Beachtung der Wertersatzansprüche (bb).

aa) Effizienz unter Beachtung des Schicksals der umgestalteten Sache

Die erste Variante ist dann ungünstig, wenn – wie im Falle der Umgestaltung – bereits geschaffene Werte vernichtet würden²¹ und zudem die Kosten des Rückbaus und der Rückübertragung anfielen. Insofern unterscheidet sich der Fall der Umgestaltung wesentlich von demjenigen der Belastung eines Grundstücks, die ohne Weiteres gelöscht werden kann.²²

Die zweite Variante ist ebenfalls ungünstig: Entweder erhält der Verkäufer hier mit dem bebauten Grundstück eine Sache, die seinen Präferenzen nicht entspricht, obwohl sie die Präferenzen des Käufers befriedigt hätte.²³ Oder er erhält eine Sache, die seinen Präferenzen entspricht. Dann realisiert er einen Gewinn, der infolge der Anstrengungen des Käufers entstanden ist (*windfall profit*).²⁴ Im Übrigen fallen bei beiden Lösungen die für die

21 Insofern auch *Herrler*, DNotZ, 2023, 485, 488. Dazu näher unten (Text zu Fn. 37–44).

22 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung. Dass der BGH die Löschung einer Grundschuld für notwendig hielt (BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/07, NJW 2009, 63, 64 f.), ist somit für den Fall der Umgestaltung nicht aussagekräftig. Dazu näher unten (Text zu Fn. 45–48).

23 So zum positiven Recht auch *jurisPK-BGB/Faust*, § 346 Rdnr. 51. Zur Präferenzautonomie im Rahmen des ökonomischen Kosten-Nutzen-Kalküls etwa *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 326 ff.; *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 6. Aufl. 2012, S. 19. Zu dem auf der Präferenzautonomie aufbauenden ordinalen Nutzenbegriff der modernen Mikroökonomie vgl. *Varian*, Mikroökonomik, 9. Aufl. 2016, S. 57 f.

24 Zu *windfall profits* vgl. allg. *Kades*, Yale Law Journal 108 (1999), 1489.

Rückübertragung der Sache notwendigen Transaktionskosten an.²⁵

Die dritte Variante führt hingegen zu effizienten Ergebnissen:²⁶ Derjenige, der die Sache durch Umgestaltung auf eine höhere Wertschöpfungsstufe gehoben hat, darf sie behalten, sodass die Investitionen seine individuellen Präferenzen befriedigen oder er infolge eines weiteren Verkaufs den Wert der Wertschöpfung als Gewinn realisieren kann.²⁷ Zugleich werden die Transaktionskosten der Rückabwicklung vermieden.²⁸ Die dritte Lösung schafft auch die gewünschte Anreizstruktur: Individuen müssen keine Angst haben, den durch die Wertschöpfung erzielten Gewinn wieder zu verlieren. Sie werden somit mehr wertschöpfende Investitionen tätigen als in dem Szenario, in dem das Risiko besteht, die Sache herausgeben zu müssen.

bb) Effizienz unter Beachtung der Kompensationsmöglichkeiten

Der dritte Lösungsweg gewinnt weiter an Attraktivität, wenn der Gesichtspunkt der Kompensationsmöglichkeiten beachtet wird: Die Kompensation des Verkäufers durch Wertersatz für die ursprünglich verkaufte Sache (unbebautes Grundstück), wie sie im Falle der dritten Variante erfolgen würde, ist der Kompensation des Käufers für seine Verwendungen (Baukosten), wie sie im Falle der zweiten Variante erfolgen würde, überlegen.

Zum einen bleibt der Wert der Sache im ursprünglichen Zustand (unbebautes Grundstück) zumindest im bundesweiten Durchschnitt regelmäßig hinter dem Wert der Ver-

25 Zum Ziel der Senkung von Transaktionskosten vgl. darstellend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 63 f.; *Posner*, The Journal of Legal Studies 8 (1979), 103, 127 (Punkt 1 und 2). Grundlegend *Coase*, The Journal of Law & Economics 3 (1960), 1; *Coase*, *Economica* 4 (1937), 386; *Demsetz*, American Economic Review 57 (1967), 347.

26 Da an dieser Stelle nur das Schicksal der umgestalteten Sache betrachtet wird, ohne auf Wert- und Verwendungsersatz einzugehen, ist hier Kaldor-Hicks-Effizienz gemeint, also ein Zustand, in dem die bessergestellten Individuen die schlechtergestellten Individuen hypothetisch kompensieren könnten, ohne dass es auf die tatsächliche Kompensation ankommt (gesamtgemeinschaftlicher Wohlstandsgewinn). Zur Kaldor-Hicks-Effizienz grundlegend *Kaldor*, The Economic Journal 49 (1939), 549, 550; *Hicks*, The Economic Journal 49 (1939), 696, 706 (Rdnr. 5), 711 ff. (Rdnr. 7). Darstellend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51–54; *Posner*, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, S. 14.

27 In den Materialien zu § 950 BGB wird das damit umschrieben, dass „der produktiven Tätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen das Übergewicht gebührt“ (Mot. III 361). Darstellend *MünchKomm-BGB/Füller*, § 950 Rdnr. 2. Ferner *BeckOGK-BGB/Schermaier*, Stand: 01.06.2023, § 950 Rdnr. 1.

28 Das Ziel, Verträge bestehen zu lassen, kommt etwa auch im Fristsetzungserfordernis (§ 281 Abs. 2, § 323 Abs. 1 BGB) zum Ausdruck, vgl. hierzu *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 733 f.; *Bach*, ZJS 2013, 1, 4 f.; *Grigoleit/Bender*, ZIPW 2019, 1, 10.

wendungen (Baukosten) zurück,²⁹ sodass die zum Wertersatz verpflichtete Seite weniger Liquidität aufbringen muss. Dieser Umstand verringert die Transaktionskosten der Rückabwicklung, was wiederum dazu führt, dass eine Rückabwicklung in den Fällen, in denen sie durchgeführt werden soll, auch durchgeführt werden kann und die zum Rücktritt berechnete Partei nicht von den Kosten des Rücktritts abgeschreckt wird.

Zum anderen ist die Wertersatzpflicht einfacher durchzuführen als die Verwendungsersatzpflicht. Der Grund liegt darin, dass unverarbeitete Sachen weniger individualisiert sind und der die Bewertungsmaßstäbe liefernde Markt bei verarbeiteten Sachen kleiner wird oder ganz verschwindet: Mit jeder Umgestaltung tritt eine weitere Individualisierung ein, die die besonderen Präferenzen des Umgestalters reflektiert. Bei der ursprünglichen Sache (Grundstück) liefern hingegen schon Bodenrichtwerte oder der tatsächlich gezahlte Kaufpreis einen Indikator für den maßgeblichen Marktwert.³⁰

d) Positiv-rechtliche Wertungen

Die generellen, für den (dispositiven) Ausschluss der Rückabwicklung sprechenden Erwägungen werden unter Beachtung des positiv-rechtlichen Befunds noch verstärkt.

Im Falle einer Naturalrückabwicklung gemäß § 346 Abs. 1 BGB ist der Verwendungsersatz nämlich nicht der Regelfall. Der Käufer erhält im Falle der Rückabwicklung grundsätzlich nur notwendige (§ 347 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder den Verkäufer bereichernde Aufwendungen (§ 347 Abs. 2 Satz 2 BGB) ersetzt.³¹ Für nicht notwendige Verwendungen, die zu keiner Bereicherung führen, würde er also gar nicht kompensiert. Würde der zu §§ 994 ff. BGB entwi-

ckelte sog. enge Verwendungsbegriff³² auch im Rahmen des § 347 Abs. 2 BGB Anwendung finden,³³ so verschärft sich das Problem der unterbleibenden Kompensation noch. Dann nämlich würden selbst notwendige und unter Umständen auch bereichernde Investitionen, die zu einer grundlegenden, zweckändernden Umgestaltung des Grundstücks führen, nicht ersetzt.³⁴

Selbst wenn trotz der einschränkenden Tatbestandsmerkmale und der restriktiven Position der Rechtsprechung eine Kompensation für Verwendungen möglich ist, erweist sich der Verwendungsersatzanspruch als problematisch. Es würden nämlich durch die einschränkenden gesetzlichen Voraussetzungen die Bewertungsprobleme vervielfacht, weil es nicht nur Streit über die tatsächlich getätigten Verwendungen (Baukosten) geben kann, sondern auch über den Wert des Gebäudes. Auch der unbestimmte Rechtsbegriff der Notwendigkeit bietet weiteres Streitpotenzial. Der Weg des Verwendungsersatzes ist somit jedenfalls im Rücktrittsfolgenrecht nur dann interessengerecht, wenn die Baumaßnahmen von untergeordneter Bedeutung sind und nicht zu einer Umgestaltung geführt haben. Bei umgestalteten Sachen im Allgemeinen wird

29 Vgl. etwa die Daten bei <https://www.ergo.de/de/Ratgeber/zuhause/hausbaukosten> (zuletzt geprüft: 26.08.2023). In Großstädten kehrt sich das Verhältnis um. Dass zur Kompensation der Bebauung erheblich Liquidität aufgewendet werden müsste, ist jedenfalls schon im Begriff der Umgestaltung angelegt, nach der die Sache auf eine höhere Werterschöpfungsstufe zu bringen ist, vgl. Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

30 Es ist also wahrscheinlicher, dass infolge erfolgreicher Kompensation eine tatsächliche Präferenzbefriedigung auch der Verkäuferseite eintritt, somit etwaige Nachteile des Verkäufers kompensiert werden und sich die dritte Variante im Grundsatz sogar nach dem Pareto-Kriterium einem effizienten Zustand annähert. Ein Zustand ist Pareto-effizient, wenn kein Individuum bessergestellt werden kann, ohne ein anderes schlechter zu stellen. Zur Pareto-Effizienz vgl. grundlegend *Pareto, economia politica*, 1919, S. 193 ff. (Rdnr. 128 ff.). Darstellend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48–50; Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, 3. Aufl. 2017, S. 67 ff.

31 Die Ergebnisse entsprechen dann jedenfalls nicht dem Grundsatz der Pareto-Effizienz. Zu diesem Begriff soeben. Vgl. zu den zu ersetzenden Verwendungen BeckOK-BGB/Schall, Stand: 01.12.2022, § 347 Rdnr. 56; MünchKomm-BGB/Gaier, § 347 Rdnr. 14; BeckOK-BGB/H. Schmidt, § 347 Rdnr. 4–6; Grüneberg/Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 347 Rdnr. 3; Staudinger/Kaiser/Sitmann-Haury, § 346 Rdnr. 143 (allerdings im Widerspruch zu Rdnr. 141 und § 347 Rdnr. 26 anscheinend gleichwohl die Rückgewähr des umgestalteten Grundstücks gegen Verwendungsersatz für möglich haltend).

32 Grundlegend im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses für den engen Verwendungsbegriff BGH, Urteil vom 10.07.1953, V ZR 22/52, NJW 1953, 1466; im Anschluss daran Urteil vom 23.10.1953, V ZR 38/52, NJW 1954, 265, 265; Urteil vom 26.02.1964, V ZR 105/61, NJW 1964, 1125, 1127; Urteil vom 14.06.2002, V ZR 79/01, NJW 2002, 3478, 3479; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.12.2008, 13 U 17/08, BeckRS 2009, 1225. Im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses mit guten Gründen für den sog. weiten Verwendungsbegriff die wohl h. M. in der Lit., vgl. etwa BeckOK-BGB/Fritzsche, § 994 Rdnr. 18; Grüneberg/Herrler, § 994 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Raff, § 994 Rdnr. 20; *Canaris*, JZ 1996, 344, 348 f.; im Rahmen des § 346 BGB auch Soergel/Lobinger, BGB, 13. Aufl. 2010, § 347 Rdnr. 35.

33 Für notwendige Verwendungen im Sinne des § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB, nicht aber für bereichernde Aufwendungen im Sinne des § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB befürwortend etwa MünchKomm-BGB/Gaier, § 347 Rdnr. 19, 22. Wird der enge Verwendungsbegriff im Rahmen der §§ 994 ff. BGB befürwortet, dürften die maßgeblichen Wertungen (Aufdrängungsschutz) allerdings generell im Rahmen des § 347 Abs. 2 BGB, also auch im Rahmen des § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB zur Anwendung kommen, obwohl dort der Begriff der Aufwendung verwendet wird (für Parallelität auch Staudinger/Kaiser/Sitmann-Haury, § 347 Rdnr. 26). Nach hier vertretener Position stellt sich das Problem im Rahmen des § 347 BGB nicht, weil bei umgestaltenden Investitionen ohnehin § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB den Primäranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB ausschließt. Darauf weist zwar zu Recht auch MünchKomm-BGB/Gaier, § 347 Rdnr. 19 a. E. hin. Er scheint aber davon auszugehen, dass es auch Fälle gibt, in denen Umgestaltungsaufwendungen als bereichernde Aufwendungen gemäß § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB zu ersetzen sind (MünchKomm-BGB/ders., § 347 Rdnr. 22), ohne das Verhältnis zu § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB zu erörtern. Ebenso Staudinger/Kaiser/Sitmann-Haury, § 346 Rdnr. 143 (im Widerspruch zu Rdnr. 141 und § 347 Rdnr. 26).

34 Siehe die in Fn. 32 zitierten Entscheidungen der Rspr., in denen der BGH als Beispiel einer solchen zweckändernden, im Rahmen der §§ 994 ff. BGB nicht ersatzfähigen Umgestaltung gerade die Gebäudeerrichtung auf einem bisher unbebauten Grundstück nennt.

dieser Weg – Herausgabe der umgestalteten Sache – im Grundsatz demnach durchweg abgelehnt.³⁵

Im Falle des Wertersatzes für das ursprüngliche Grundstück (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB) ist hingegen eine volle Kompensation des Verkäufers gewährleistet. Darüber hinaus ist die Bewertung einfach möglich, weil das Gesetz eine auf der indikativen Bedeutung des Kaufpreises für den Marktwert aufbauende Wertbestimmungsvorschrift bereitstellt: In allen Fällen, in denen eine Gegenleistung in Geld vereinbart ist, kann für die Ermittlung des Wertersatzes im Rahmen des § 346 Abs. 2 Satz 1 BGB wegen § 346 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. BGB schlicht auf diesen Geldbetrag abgestellt werden.³⁶

4. Das Verhältnis zur Rückbaupflicht

Das Gesetz sieht also folgenden Dualismus vor: Heben die Baumaßnahmen das Grundstück auf eine höhere Wertschöpfungsstufe (Umgestaltung), ist die Naturalrückgabepflicht ausgeschlossen und es greift stattdessen die Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB (*dritte Variante*). Sind die Baumaßnahmen hingegen nicht werterhöhend, so ist das (leicht) bebaute Grundstück herauszugeben und die Verwendungen sind nur im eng begrenzten Rahmen ersatzfähig (§ 347 Abs. 2 BGB) (*zweite Variante*).

Zum Teil wird jedoch neben den Voraussetzungen des § 346 Abs. 2 BGB die Unmöglichkeit der Herausgabe in

ursprünglicher Form im Sinne des § 275 BGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gefordert.³⁷ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht auf der Grundlage des positiven Rechts auch die Rückgängigmachung der Umgestaltung (*erste Variante*) geschuldet sein kann. Dies ist im Ergebnis jedenfalls für den Tatbestand der Umgestaltung abzulehnen, weil wirtschaftliche Werte vernichtet, die Grenzziehungen zum Schadensersatz unterlaufen und Friktionen zu den Wertungen des Bereicherungsrechts entstehen würden.³⁸ Auch die Rechtsprechung fordert – entgegen einer verbreiteten Darstellung³⁹ – jedenfalls keine Unmöglichkeit der Rückbaupflicht im Sinne von § 275 BGB.

Zwei Entscheidungen, die in diesem Zusammenhang oft zitiert werden⁴⁰, nennen zwar den Begriff der Unmöglichkeit, prüfen aber unter diesem Begriff weder § 275 BGB noch die Möglichkeit zum Rückbau oder Rücktrittsrecht. Vielmehr geht es um die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach § 818 BGB und die Frage der Zumutbarkeit der Rückgewähr im unverändert bebauten Zustand.⁴¹ Maßgeblich sind insofern nach dem BGH der Gedanke der Zumutbarkeit und wirtschaftliche Erwägungen, insbesondere das Wertverhältnis von bebautem und unbebautem Grundstück.⁴² Das OLG Brandenburg überträgt diese

35 Vgl. etwa MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rdnr. 100; jurisPK-BGB/Faust, § 346 Rdnr. 51; 122; Soergel/Lobinger, BGB, § 346 Rdnr. 77; BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 527; Staudinger/Kaiser/Sitmann-Haury, Rdnr. 141 (allerdings im Widerspruch zu Rdnr. 143). Anders aber für Grundstücke Herrler, DNotZ, 2023, 485.

36 Zu dieser i. E. umstrittenen, sog. subjektiven Wertbestimmung vgl. nur BGH, Urteil vom 19.11.2008, VIII ZR 311/07, NJW 2009, 1068, 1068 f. (Rdnr. 13–17) (Ablehnung einer teleologischen Reduktion bei Rücktritt wegen Zahlungsverzugs); Beschluss vom 14.07.2011, VII ZR 113/10, NJW 2011, 3085, 3085 f. (Rdnr. 10 f.) (Anwendung der Minderungsgrundsätze bei mangelhafter Leistung); zustimmend BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 550; im Grundsatz auch BeckOK-BGB/H. Schmidt, § 346 Rdnr. 58; Lorenz, NJW 2005, 1889, 1893. Zumindest *de lege ferenda* und mit Blick auf § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 BGB krit. MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rdnr. 106 („völlig verfehlt“). Anscheinend wird § 346 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. BGB auch bei Schenkungen zur Anwendung gebracht und gefolgert, dann sei mangels Gegenleistung auch kein Wertersatz geschuldet (vgl. nur MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rdnr. 105; jurisPK-BGB/Faust, § 346 Rdnr. 94; Soergel/Lobinger, BGB, § 346 Rdnr. 94; Staudinger/Kaiser/Sitmann-Haury, Rdnr. 112; ähnlich BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 482–486 [generell die Anwendbarkeit der Wertersatzvorschriften bei Schenkung verneinend]). Das ist nicht überzeugend, denn wenn keine Gegenleistung vereinbart ist, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 346 Abs. 2 Satz 2 1. Hs. BGB nicht vor und die Gegenleistung kann keine indikative Bedeutung für den objektiven Wert haben. Stattdessen ist der objektive Wert für die Rückabwicklung zu bestimmen (zum umstrittenen Zeitpunkt vgl. BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 570–574). Entsprechendes sehen im Übrigen auch die Muster zu den Überlassungsverträgen vor. Fraglich kann nur sein, inwiefern die Wertersatzfolgen mit Blick auf § 531 BGB denen des Bereicherungsrechts anzugleichen sind (zu dieser Wertungsparallelität, allerdings im Rahmen eines Totalausschlusses, BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 485).

37 So die Berufungsbegründung (Rdnr. 6 der besprochenen Entscheidung). Aus der Lit. Canaris/Canaris, Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. VII, XXXVII (einen Anspruch auf die ursprüngliche Sache gemäß § 346 Abs. 1 BGB bejahend, wenn die Rückgängigmachung der Umgestaltung nicht unmöglich ist, allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf § 275 BGB). Ferner Schwab, JuS 2002, 630, 632 (allerdings am Beispiel einer Belastung).

38 Zum Problem der Vernichtung wirtschaftlicher Werte bereits oben (Text zu Fn. 21 f.). Wie hier auch MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rdnr. 100; Lorenz, NJW 2005, 1889, 1892 f.

39 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rdnr. 99; BeckOGK-BGB/Schall, § 346 Rdnr. 334, insbesondere Fn. 267 (obgleich in Rdnr. 337 die Rechtsprechungslinie dargestellt wird, die gerade nicht die Grundsätze des § 275 BGB überträgt).

40 Insbesondere BGH, Urteil vom 10.07.1981, V ZR 79/80, NJW 1981, 2687, 2688. Ferner RG, Urteil vom 21.09.1931, RGZ 133, 293, 294 f.; Urteil vom 30.03.1942, II 96/41, RGZ 169, 65, 76.

41 BGH, Urteil vom 10.07.1981, V ZR 79/80, NJW 1981, 2687, 2688; RG, Urteil vom 21.09.1931, RGZ 133, 293, 294 f.; Urteil vom 30.03.1942, II 96/41, RGZ 169, 65, 76. Auf diese Rechtsprechung bezieht sich das OLG Brandenburg in Rdnr. 16 f. der besprochenen Entscheidung im Rücktrittsrecht.

42 BGH, Urteil vom 10.07.1981, V ZR 79/80, NJW 1981, 2687, 2688; RG, Urteil vom 21.09.1931, RGZ 133, 293. Der Funktionszusammenhang, auf den OLG Brandenburg in Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung für die Umgestaltung abstellt, ist nach BGH, Urteil vom 10.07.1981, V ZR 79/80, NJW 1981, 2687, 2688 im Rahmen des § 818 Abs. 2 BGB nicht relevant. Überzeugend erscheint es, sowohl Wertverhältnisse und Zumutbarkeitsgesichtspunkte als auch Funktionszusammenhang im Sinne eines beweglichen Systems bei der Frage der Umgestaltung (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB) bzw. der Frage des Ausschlusses des primären Bereicherungsanspruchs (§ 818 Abs. 2 BGB) zu berücksichtigen. Zum beweglichen System grundlegend Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950. Darstellend Paas, Das bewegliche System, 2021.

Gedanken auf die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB,⁴³ was im Grundsatz Zustimmung verdient. Nur handelt es sich um Erwägungen, die im Rahmen des Rücktrittsrechts nicht in einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit, sondern im Begriff der Umgestaltung zu verorten wären. Dieser ist auch für wirtschaftliche Erwägungen und den Gedanken der Zumutbarkeit hinreichend offen. Um Rückbau geht es in diesen Fallkonstellationen jedenfalls von vornherein nicht.⁴⁴

Zwei weitere, in diesem Zusammenhang angeführte BGH-Entscheidungen⁴⁵ beschäftigen sich zwar mit der Frage der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der herauszugebenden Sache unter Unmöglichkeitsgesichtspunkten im Rücktrittsrecht. Auch insofern werden aber nicht die Grundsätze des § 275 BGB zur Anwendung gebracht. Vielmehr wird ausdrücklich klargestellt, dass eine Reparatur (anders als bei § 275 BGB) gerade nicht geschuldet ist, weil sonst die Grenze zum Schadensersatz unterlaufen würde.⁴⁶ Im Übrigen ging es in beiden Entscheidungen nicht um die physische Umgestaltung einer Sache, sondern um die Rückgängigmachung einer Belastung, die als fortdauernde Nutzung an-

gesehen werden kann,⁴⁷ und um die nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorhandene stille Beteiligung,⁴⁸ also jeweils um rechtliche Konstruktionen, bei denen nicht in gleichem Maße die Vernichtung wirtschaftlicher Werte droht.

Lediglich am Rande sei erwähnt, dass selbst dann, wenn auf § 275 BGB abgestellt würde,⁴⁹ im Falle der Umgestaltung in der Regel jedenfalls ein Fall des § 275 Abs. 2 BGB gegeben wäre, weil sich der Schuldneraufwand aus dem Grundstückswert, dem Gebäudewert und den Rückbaukosten zusammensetzt, das Gläubigerinteresse jedoch nur durch den Wert des unbebauten Grundstücks abgebildet wird.⁵⁰

5. Folgen für die Vertragsgestaltung

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich für die Vertragsgestaltung folgende Gestaltungsempfehlung:

- a) Verträge ohne vertraglich vereinbartes Rückforderungsrecht

Bei Verträgen ohne vertraglich vereinbartes Rückforderungsrecht, vor allem bei klassischen Kaufverträgen, ist keine Veränderung der Vertragspraxis veranlasst. Insbesondere erscheint eine wirtschaftliche Ex-post-Betrachtung hier interessengerecht (Anwendung des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB) und einer pauschalen Ex-ante-Regelung im Vertrag (Ausschluss des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB) überlegen.

- b) Verträge mit vertraglich vereinbartem Rückforderungsrecht

Bei Verträgen mit typischerweise vormerkungsgesicherten, vertraglich vereinbarten Rückforderungsrechten, insbesondere bei Überlassungskaufverträgen und Gemeindefkaufverträgen mit Bauverpflichtung, kann ebenfalls ohne Weiteres wie bisher verfahren werden, weil jedenfalls in der Vormerkungssicherung die konkludente Abbedingung des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB liegt. Ggf. kann dies ausdrücklich klargestellt werden, um nicht auf eine entsprechende Auslegung durch die Gerichte angewiesen zu sein. Bei nicht durch Vormerkung gesicherten Rückforderungsrechten ist dies zu empfehlen, weil hier die Auslegung weniger eindeutig ausfällt.⁵¹

43 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

44 Vielmehr ist die Alternative zum Wertersatz für das Grundstück die Herausgabe des Grundstücks gegen Verwendungsersatz (§ 818 Abs. 3 BGB), vgl. BGH, Urteil vom 11.01.1980, V ZR 1557/78, NJW 1980, 1789, 1790 (Wertersatz für Bebauung, allerdings ohne auf die Frage des Ausschlusses des Primäranspruchs einzugehen). Dass über § 818 Abs. 3 BGB alle Verwendungen (vgl. BeckOK-BGB/Wendehorst, § 818 Rdnr. 71), bei § 347 BGB jedoch nur gewisse Verwendungen ersetzt werden, führt zu Friktionen zwischen Rücktrittsfolgen- und Bereicherungsrecht, die durch eine Angleichung der Bereicherungsvorschriften gelöst werden könnten. Allg. zur Übertragung rücktrittsrechtlicher Grundsätze auf das Bereicherungsrecht, allerdings ohne auf Verwendungen einzugehen, MünchKomm-BGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, § 818 Rdnr. 283–296. Das OLG Brandenburg führt in Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung die Angleichung hingegen durch eine Übertragung bereicherungsrechtlicher Wertungen auf die §§ 346 ff. BGB herbei, allerdings ebenfalls, ohne auf Verwendungen einzugehen. Die möglichst weitgehende Angleichung beider Regelungskomplexe entspricht jedenfalls dem gesetzgeberischen Ziel, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 194 f.

45 BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/07, NJW 2009, 63, 64 f.; Urteil vom 03.11.2015, II ZR 13/142015, 3786, 3787. Lediglich die letzte Entscheidung spricht ausdrücklich von einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal (BGH, Urteil vom 03.11.2015, II ZR 13/14, NJW 2015, 3786, 3787 [Rdnr. 15]). Bisweilen wird als dritte Entscheidung BGH, Urteil vom 20.02.2008, VIII ZR 334/06, NJW 2008, 2028, 2029 (Rdnr. 22) zitiert. Dort wird zwar ebenfalls von einem ungeschriebenen Tatbestand der Unmöglichkeit gesprochen, aber ohne § 275 BGB zu zitieren. Im Übrigen geht es in dieser Entscheidung von vornherein nicht um eine Rückbaupflicht, sondern um die (bejahte) Unmöglichkeit der Wiederbegründung der Forderung eines Dritten.

46 Etwa BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/07, NJW 2009, 63, 65 (Rdnr. 22).

47 BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/07, NJW 2009, 63, 65 (Rdnr. 26).

48 BGH, Urteil vom 03.11.2015, II ZR 13/14, NJW 2015, 3786, 3787 f. (Rdnr. 23–25). Subsumiert wurde unter die Tatbestandsmerkmale der Veräußerung aus § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB (verneint) und dasjenige der Verschlechterung aus § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB (bejaht).

49 Vgl. die Darstellung in den Nachweisen aus Fn. 39.

50 Zu der für § 275 Abs. 2 BGB maßgeblichen Abwägung zwischen Schuldneraufwand und Gläubigerinteresse vgl. BeckOK-BGB/Lorenz, § 275 Rdnr. 57; MünchKomm-BGB/Ernst, § 275 Rdnr. 82; BeckOGK-BGB/Riehm, § 275 Rdnr. 221; Grüneberg/Grüneberg, § 275 Rdnr. 27 f.

51 Dazu bereits oben (Fn. 17).

Im Rahmen des vertraglichen Rückforderungsrechts besteht ebenfalls das Bedürfnis, die Ersatzpflicht für umgestaltende Investitionen des Rückgewährschuldners zu regeln. Typischerweise wird eine dem § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB nachgebildete Formulierung gewählt, nach der werterhöhende Aufwendungen zu ersetzen sind.⁵² Diese Klausel wird in der Regel so auszulegen sein, dass alle werterhöhenden Aufwendungen, also auch solche, die zu einer Umgestaltung führen, und nur werterhöhende Aufwendungen, also nicht auch notwendige Verwendungen im Sinne des § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB, zu ersetzen sind. Um Unklarheiten bei der Auslegung im Zusammenhang mit dem engen Verwendungsbegriff der Rechtsprechung⁵³ oder einem vertraglichen Verweis auf das Rücktrittsrecht an anderer Stelle, der auch § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB erfassen könnte, zu vermeiden, kann dies durch eine entsprechende Formulierung klargestellt werden („ausschließlich werterhöhende Aufwendungen, einschließlich solcher, die zu einer Umgestaltung führen“). Ob es tatsächlich gerechtfertigt ist, notwendige Verwendungen entgegen dem gesetzlichen Leitbild der Rückabwicklung nicht zu ersetzen, etwa weil von diesem Leitbild auch insofern abgewichen wird, als der Rückgewährschuldner keine Nutzungen ersetzen muss, ist eine andere Frage.⁵⁴

Generell zeigen die ökonomischen Nachteile der mit Aufwendungsersatz einhergehenden Naturalrückabwicklung einer umgestalteten Sache, dass bei Überlassung eines unbebauten Grundstücks zum Zwecke der Bebauung durch den Erwerber mit Rückforderungsrechten zurückhaltend umgegangen werden sollte.⁵⁵ Unter den behandelten Gesichtspunkten unproblematisch erscheinen Rückforderungsrechte letztendlich nur dann, wenn sich der Veräußerer neben dem Rückforderungsrecht ein Nießbrauchsrecht vorbehält, in dessen Rahmen er abweichend von § 1041 Satz 2 BGB auch außergewöhnliche

Aufwendungen zu tragen hat⁵⁶: Hier realisierte der Rückgewährgläubiger die Umgestaltung, also derjenige, dem sie bei Rückforderung zugutekommt, sodass sich weder mit Blick auf die umgestaltete Sache noch mit Blick auf einen Aufwendungsersatzanspruch die dargestellten Probleme ergeben. Dementsprechend setzt der Ausschlussstatbestand des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB schon seinem Wortlaut nach die Umgestaltung durch den Rückgewährschuldner voraus.⁵⁷

56 Zur Möglichkeit der Abweichung von § 1041 Satz 2 BGB zu lasten des Nießbrauchsberechtigten vgl. etwa BayObLG, Urteil vom 10.01.1985, BReg. 2 Z 117/84, BayObLGZ 1985, 6, 11; BeckOGK-BGB/*Servatius*, Stand: 01.05.2023, § 1041 Rdnr. 35; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1041 Rdnr. 9; DNotI-Report 15 (2023), 116, 116.

57 Eine Abbedingung des § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB wäre in diesem Fall also gar nicht nötig.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

8. Keine Genehmigungsbedürftigkeit für Erwerb von Bruchteilseigentum an Grundstück durch Minderjährigen

OLG München, Beschluss vom 12.06.2023, 34 Wx 120/23 e
BGB § 1643 Abs. 1, § 1854 Nr. 4, § 1822 Nr. 10 a. F.
EGBGB Art. 229 § 54
GBO § 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Das Grundbuchamt ist zu einer umfassenden eigenständigen Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit einer verfahrensgegenständlichen Vereinbarung berechtigt und verpflichtet und dabei nicht durch das Negativzeugnis des Familiengerichts gebunden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Zugrunde zu legen ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung. Dass eine verfahrensgegenständliche Vereinbarung noch im Jahr 2022, mithin vor Ablösung des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. durch § 1854 Nr. 4 BGB n. F. geschlossen wurde, steht der Genehmigungsfreiheit nicht entgegen. Der einschlägigen Übergangsvorschrift des Art. 229 § 54 EGBGB ist keine Regelung zu entnehmen, die die Fortgeltung des BGB in seiner alten Fassung auf vor dem 01.01.2023 entstandene Rechtsverhältnisse anordnen würde. Selbst bei Annahme einer Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB a. F. würde es sich auch keineswegs um einen mit der Beurkundung im Jahr 2022 bereits abgeschlossenen Vorgang handeln, auf den aus diesem Grunde das alte Recht anzuwenden wäre. (Leitsatz der Schriftleitung)

52 Vgl. etwa Heinemann/*Suttmann*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2021, S. 1006 (Kap. 6 Rdnr. 100).

53 Zu den Unsicherheiten bei Auslegung des Aufwendungs begriffs im Rahmen des § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB bereits oben (Fn. 33).

54 Zur Berücksichtigung des gesetzlichen Leitbilds bei der Vertragsgestaltung Heinemann/*Krafta/Seeger*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, S. 4 (Kap. 1 Rdnr. 10–12). Die Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen Leitbilds des dispositiven Rechts kommt etwa auch in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zum Ausdruck. Allg. zum Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts Beyer et al./*Bender*, Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, 2020, S. 33, 38–44; *ders.*, European Review of Contract Law 16 (2020), 366, 385 f.

55 Allg. krit. gegenüber Rückforderungsrechten mit Blick auf ihren Einsatz als „Machtinstrument“ und die durch sie entstehende Komplexität auch Seeger in FS Heidinger, 2023, S. 491, 491. Ferner Heinemann/*Krafta/Seeger*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, S. 4 (Kap. 1 Rdnr. 11) (mit Blick auf § 137 BGB).

- 3. Nach § 1854 Nr. 4 BGB unterfällt der Genehmigungspflicht nur noch ein Rechtsgeschäft, das auf Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet ist. Hiervon nicht erfasst ist folglich ein Rechtsgeschäft, bei dem sich eine Haftung für Verbindlichkeiten lediglich als dessen gesetzliche Nebenfolge darstellt; allenfalls dies kommt jedoch beim hier vorliegenden bloßen Erwerb von Bruchteilseigentum an einem Grundstück in Betracht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beteiligten zu 2 bis 4 begehren ihre Eintragung im Grundbuch als Bruchteilseigentümer von Grundbesitz.

2 Im Grundbuch ist der Beteiligte zu 1 als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 24.11.2022 überließ er dieses unentgeltlich seinen Enkelinnen, den Beteiligten zu 2 bis 4, zu Miteigentum. In derselben Urkunde beantragten die Beteiligten zu 2 bis 4 ihre Eintragung im Grundbuch. Die minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 wurden von ihrer Mutter vertreten.

3 Trotz Nachreichung eines entsprechenden Negativzeugnisses des Familiengerichts erklärte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 12.12.2022 neben anderen Beanstandungen unter Ziffer 7, hinsichtlich der Eigentumsübertragung an die minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 könne dem Antrag nur bei Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB entsprochen werden, da Erwerb zu Bruchteilen haftungstechnisch die Übernahme von fremden Verbindlichkeiten beinhalte.

4 Mit Schreiben vom 08.05.2023 legte der Urkundsnotar Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ein. § 1854 Nr. 4 BGB – vormals § 1822 Nr. 10 BGB – werde bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen für nicht anwendbar erklärt, da, anders als bei der Wohnungseigentümergeinschaft, keine gesamtschuldnerische Haftung für die von anderen Bruchteilsberechtigten zu tragenden Lasten bestehe, so MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 66.

5 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 23.05.2023 der Beschwerde nicht abgeholfen. Im vorliegenden Fall komme ausschließlich § 1822 Nr. 10 BGB a. F. zur Anwendung, da der Schenkungsvertrag bereits 2022 abgeschlossen worden sei und es mangels Übergangsvorschriften nicht auf den Antragseingang oder den Bearbeitungszeitpunkt beim Grundbuchamt, sondern auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts und somit auf das Beurkundungsdatum ankomme. Der Erwerb von Bruchteilseigentum an einem Grundstück beinhalte haftungstechnisch die Übernahme fremder Verbindlichkeiten, da auch die gesamtschuldnerische Haftung als Nebenfolge unter § 1822 Nr. 10 BGB a. F. falle; nach § 1854 Nr. 4 BGB n. F. wäre die Sachlage anders zu bewerten. Zur Begründung werde u. a. auf eine Entscheidung des KG vom 20.09.2022 verwiesen.

6 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

7 1. Beschwerdegegenstand ist lediglich Ziffer 7 der Zwischenverfügung. Denn die Begründung des Rechtsmit-

tels beschränkt sich auf Ausführungen zur dort behandelten Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 10 BGB a. F.

8 2. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Als Rechtsmittelführer sind, da vom im Rahmen der Ermächtigung nach § 15 Abs. 2 GBO tätigen Notar hierzu keine weiteren Erklärungen abgegeben wurden, die an der Errichtung der Urkunde Beteiligten anzusehen; denn diese haben entweder in der zum Vollzug eingereichten Urkunde Anträge gestellt oder hätten solche stellen können (BayObLGZ 1953, 183, 185; *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 20; Hügel/Reetz, GBO, 4. Aufl. 2020, § 15 Rdnr. 63).

9 3. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, da das vom Grundbuchamt in Ziffer 7 der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis nicht besteht.

10 Zwar geht das Grundbuchamt zutreffend davon aus, dass es zu einer umfassenden eigenständigen Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit der verfahrensgegenständlichen Vereinbarung berechtigt und verpflichtet (Senat, FGPrax 2019, 256, 257) und dabei nicht durch das Negativzeugnis des Familiengerichts gebunden ist (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 71). Schon dass der Erwerb von Bruchteilseigentum an einem Grundstück haftungstechnisch die Übernahme fremder Verbindlichkeiten i. S. v. § 1822 Nr. 10 BGB a. F. beinhalte, erscheint allerdings zweifelhaft (vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 66). Letztlich kann diese Frage jedoch offenbleiben. Denn das Beschwerdegericht hat seiner Prüfung die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zugrunde zu legen (Hügel/Kramer, GBO, § 77 Rdnr. 33). Danach bedarf die Überlassungsvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit hier jedoch nicht der familiengerichtlichen Genehmigung. Unabhängig davon, ob eine solche gemäß § 1643 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1822 Nr. 10 BGB a. F. erforderlich gewesen wäre, wurde jedenfalls die letztgenannte Vorschrift zum 01.01.2023 durch § 1854 Nr. 4 BGB n. F. ersetzt. Nach dieser Bestimmung unterfällt der Genehmigungspflicht nur noch ein Rechtsgeschäft, das auf Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet ist. Hiervon nicht erfasst ist folglich ein Rechtsgeschäft, bei dem sich – wie das Grundbuchamt insofern zutreffend ausführt – eine Haftung für Verbindlichkeiten lediglich als dessen gesetzliche Nebenfolge darstellt (BeckOK-BGB/Kadelbach, Stand: 01.05.2023, § 1854 Rdnr. 7; Grüneberg/Götz, 82. Aufl. 2023, § 1854 Rdnr. 5); allenfalls dies kommt jedoch beim hier vorliegenden bloßen Erwerb von Bruchteilseigentum an einem Grundstück in Betracht. Dass die verfahrensgegenständliche Vereinbarung noch im Jahr 2022, mithin vor Ablösung des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. durch § 1854 Nr. 4 BGB n. F. geschlossen wurde, steht der Genehmigungsfreiheit nicht entgegen. Während etwa Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB die Fortgeltung des BGB in seiner a. F. für vor dem 01.01.2002 entstandene Schuldverhältnisse anordnete, fehlt eine entsprechende Regelung in der vorliegend einschlägigen Übergangsvorschrift des Art. 229 § 54 EGBGB. Bei Annahme einer Genehmi-

gungsbedürftigkeit unter der Geltung des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. würde es sich auch keineswegs um einen mit der Beurkundung im Jahr 2022 bereits abgeschlossenen Vorgang handeln, auf den aus diesem Grunde das alte Recht anzuwenden wäre. Denn dann wäre die Vereinbarung gemäß § 1643 Abs. 2 i. V. m. § 1829 Abs. 1 BGB a. F. schwebend unwirksam gewesen und der Vorgang hätte erst mit der Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung seinen Abschluss gefunden, wozu es aber vor Eintritt der neuen Rechtslage nicht mehr kam. Richtet sich die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nunmehr also nach § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1854 Nr. 4 BGB n. F., so bedarf es der vom Grundbuchamt geforderten familiengerichtlichen Genehmigung richtigerweise nicht.

(...)

9. Bewertungsmaßstäbe im Zugewinnausgleich

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.04.2022, 3 WF 142/21

BGB § 1374 Abs. 2, § 1376 Abs. 2

FamFG § 113 Abs. 1

ZPO § 114 Abs. 1 Satz 1, § 127 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- Zu den rechtlichen Maßstäben für die zugewinnrechtliche Einordnung von Belastungen durch ein Wohnrecht oder einen Nießbrauch, die den ausgleichspflichtigen Empfänger einer Immobilie gegenüber dem Zuwendenden treffen (Anschluss an BGH, Beschluss vom 06.05.2015, XII ZB 306/14 (= BeckRS 2015, 10853)).**
- Ein Leibrentenversprechen des ausgleichspflichtigen Zuwendungsempfängers ist bei der Ermittlung des Anfangsvermögens wie des Endvermögens, soweit die Verpflichtung zu diesem Zeitpunkt noch besteht, zu berücksichtigen. Dasselbe gilt bei einer Pflegeverpflichtung, also bei dem dem Zuwendenden gewährten Leibgeding (Altenteil), durch die der Erwerber sich verpflichtet, dem Zuwendenden Pflegedienstleistungen zu gewähren.**
- Zur Bewertung eines Unternehmens oder Geschäftsbetriebs bei der zugewinnrechtlichen Ermittlung des Vermögens zum Bewertungsstichtag (Anschluss an BGH, Urteil vom 05.12.2018, XII ZR 116/17 (= BeckRS 2018, 35511)).**
- Zur möglichen Anwendung des Substanzwertverfahrens statt der Ertragswertmethode bei der Bewertung von kleinen Handwerks- oder Gewerbebetrieben.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I) Der Antragsteller begehrt Verfahrenskostenhilfe für seinen Antrag, mit dem er die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Zahlung von Zugewinn aus der am 20.08.1999 ge-

schlossenen und aufgrund des Scheidungsbeschlusses des AG – Familiengericht – Moers vom 18.03.2019 geschiedenen Ehe begehrt. Der Scheidungsantrag ist am 21.11.2014 gestellt worden.

2 Die Antragsgegnerin war zum Zeitpunkt der Eheschließung und der Zustellung des Scheidungsantrages Eigentümerin der Immobilie A 1 (...), welche mit einem Wohnrecht zugunsten der Mutter der Antragsgegnerin belastet ist, das im Rahmen der notariellen Vereinbarung, auf deren Grundlage die Antragsgegnerin die Immobilie erworben hatte, mit einem Wert von 1.200 € bewertet worden war. Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin Eigentümerin der Immobilie K straße 5 (...) mit privater und gewerblicher Nutzung, welche sie durch notarielle Vereinbarung vom 20.11.2008 von ihren Eltern erworben hat, wobei zu deren Gunsten ein Wohnrecht, eine Pflegeverpflichtung, eine dauernde Last und eine Rückübertragungsverpflichtung geregelt worden ist. In besagter Immobilie betreibt die Antragsgegnerin eine Gaststätte. Zum Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrages verfügte die Antragsgegnerin über Sparguthaben und Guthaben aus Versicherungen i. H. v. 6.542,46 €. Demgegenüber bestanden – unstreitig – Verbindlichkeiten i. H. v. 197.092,61 €.

3 Der Antragsteller behauptet, dass im Hinblick auf die Immobilie A 1 (...) unter Berücksichtigung bestehender Belastungen nach Indexierung von einem für die Ermittlung des Anfangsvermögens relevanten Wert von 30.000 € auszugehen sei. Dem Anfangsvermögen der Antragsgegnerin sei wegen der im Jahre 2008 von den Eltern erworbenen Immobilie K straße 5 (...) kein Wert hinzuzurechnen, da dieser Immobilie mit Blick auf übernommene Verbindlichkeiten und Belastungen zugunsten der Eltern kein positiver Wert beigemessen werden könne. Beide Immobilien hätten indessen bis zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrages unter Berücksichtigung der jeweilig dann noch bestehenden Verbindlichkeiten und Belastungen zugunsten der Eltern Wertzuwächse erfahren, sodass die Immobilie A 1 (...) mit 103.000 € und die Immobilie K straße 5 (...) mit 149.000 € beim Endvermögen einzustellen seien. Hinzu käme ein Wert der Gaststätte von 165.000 €, sodass das Endvermögen der Antragsgegnerin 417.000 € betrage, deren Zugewinn sich mithin auf 387.000 € belaufe und somit ein Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. 193.500 € bestehe.

4 Die Antragsgegnerin hat als Wert der Immobilie A 1(...) zum Zeitpunkt der Eheschließung einen Betrag von 290.000 € veranschlagt. Während der Ehezeit sei im Hinblick auf diese Immobilie ein Wertzuwachs nicht eingetreten. Wegen der Immobilie K straße 5 (...) sei dem Anfangsvermögen ein Wert von 163.500 € hinzuzurechnen. Der Gaststätte können entgegen der Auffassung des Antragsgegners kein relevanter Wert beigemessen werden, da zum maßgeblichen Zeitpunkt 2014 der Betrieb unwirtschaftlich gewesen sei, in den Jahren 2012 - 2014 keine Gewinne erwirtschaftet und in den Jahren 2012 - 2014 keine Investitionen getätigt worden seien.

5 Das AG hat mit dem angefochtenen Beschluss den Verfahrenskostenhilfeantrag des Antragstellers mit der Begründung abgewiesen, die beabsichtigte Rechtsverfolgung



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

habe keine hinreichende Erfolgsaussicht. Es hat die Auffassung vertreten, dass bei der Ermittlung der Werte der Immobilien die Belastungen aufgrund der zugunsten der Eltern der Antragsgegnerin bestehenden Verpflichtungen keine Berücksichtigung finden dürften. Vor diesem Hintergrund ergebe sich nach der Berechnung des AG, wegen deren Einzelheiten auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung verwiesen wird, kein Zugewinn der Antragsgegnerin.

6 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers, mit der dieser sich im Wesentlichen gegen den Nichtansatz der Belastungen der Immobilien durch die die Antragsgegnerin gegenüber ihren Eltern treffenden Verpflichtungen wendet, die nach seiner Ansicht fehlerhafte Bewertung der Gaststätte rügt und schließlich noch anführt, dass in Bezug auf mehrere, vom AG berücksichtigte Darlehensverbindlichkeiten illoyale Vermögensverschiebungen vorlägen.

7 Die Antragsgegnerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Das AG hat der sofortigen Beschwerde mit näherer Begründung nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

8 II) Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen die ablehnende Verfahrenskostenhilfeentscheidung ist gemäß § 113 Abs. 1 FamFG, § 127 Abs. 2-4 ZPO statthaft, form- und fristgerecht eingelegt worden und damit insgesamt zulässig; in der Sache ist sie vorläufig insoweit begründet, als die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Verfahren an das AG – Familiengericht – zurückzuweisen ist, damit dieses unter Beachtung der nachfolgenden rechtlichen Ausführungen zu den Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung erneut über den Antrag des Antragstellers auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe entscheiden kann.

9 Die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe setzt neben der Bedürftigkeit des Antragstellers voraus, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Erfolgsaussichten hat und darüber hinaus auch nicht mutwillig ist, vgl. § 113 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Das AG hat die Verweigerung der begehrten Verfahrenskostenhilfe mit fehlender Erfolgsaussicht der von der Antragstellerin beabsichtigten Rechtsverfolgung begründet. Dies hält im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht bereits dann, wenn das Gericht den Rechtsstandpunkt der Partei, die um Prozesskostenhilfe nachsucht, für vertretbar hält und von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.1993, VI ZR 235/92, NJW 1994, 1160). Entscheidend ist, ob das in der Sache selbst verfolgte materiellrechtliche Begehren Erfolg verspricht, sodass nicht allein auf den bloß vorläufigen Erfolg eines Rechtsmittels abgestellt werden darf (vgl. BGH, Beschluss vom 21.06.2017, XII ZB 231/17, BeckRS 2017, 119118; BeckOK-ZPO/*Reichling*, Stand: 01.12.2021, § 114 Rdnr. 28).

10 Im Hinblick auf den Zugewinnausgleichanspruch, für dessen Geltendmachung der Antragsteller Verfahrenskostenhilfe begehrt, können die nach diesen Maßstäben fest-

zustellenden erforderlichen Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung nicht mit den Erwägungen des AG im angefochtenen Beschluss verneint werden. Vielmehr sind Erfolgsaussichten im Wege der summarischen Verfahrenskostenhilfeprüfung im nachfolgend dargelegten Umfang zu bejahen.

11 1. Der Antragsteller rügt die amtsgerichtliche Entscheidung zunächst im Hinblick auf die dort vom AG vertretene Rechtsauffassung zu der wertmäßigen Berücksichtigung der Verbindlichkeiten/Belastungen zugunsten der Eltern bzw. der Mutter der Antragstellerin, die auf den beiden verfahrensgegenständlichen sowohl dem Anfangs- wie dem Endvermögen der Antragsgegnerin zuzuordnenden Immobilien A 1 (...) und K Straße 5 (...) liegen.

12 Ausweislich der Ziffer II des notariellen Grundstückübertragungsvertrages vom 09.05.1997, kraft dessen ihr die besagte Immobilie A 1 (...) übertragen wurde, verpflichtete sich die Antragsgegnerin ihren Eltern als Veräußerern „auf deren Verlangen“ ein lebenslangliches Wohnungsrecht unter Ausschluss der Nutzungsrechte des Eigentümers einzuräumen und zwar konkret an dem (näher räumlich eingeordneten) Gästezimmer (...). Im notariellen Übertragungsvertrag vom 20.11.2008, durch den der Antragsgegnerin von ihrer Mutter die Immobilie K Straße 59 (...) zum Eigentum übertragen wurde, sind Regelungen zu einem den Eltern vorbehaltenen Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht im Hinblick auf sämtliche Wohnräume im 1. und 2. Obergeschoss (zur Alleinbenutzung) und weiterer näher aufgeführter gemeinschaftlich genutzter Einrichtungen und Anlage (zur Mitbenutzung) – (...), zu einer Verpflichtung zu Wart und Pflege (...) und schließlich zu einer dauernden Last in Höhe von monatlich den Eltern zu zahlenden 450 € (...) enthalten.

13 a) Unter Verweis auf den Beschluss des BGH vom 06.05.2015, XII ZB 306/14, BGHZ 205, 241 ff. = NJW 2015, 2334, 2335 hat das AG (...) gemeint, die von der Antragsgegnerin übernommenen Verpflichtungen seien bei der Bewertung des Werts der Immobilien im Anfangs- und Endvermögen nicht zu berücksichtigen. In dieser verallgemeinernden Form kann die Frage, inwieweit die einzelnen Belastungen auf den im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden Immobilien aufgrund der zugunsten der Mutter bzw. ursprünglich der Eltern bestehenden Verpflichtungen bei den Vermögensbilanzen zu den maßgeblichen Bewertungszeitpunkten Berücksichtigung zu finden haben, nicht beantwortet werden.

14 Folgende rechtliche Maßstäbe für die zugewinnrechtliche Einordnung von Belastungen, die den Ausgleichspflichtigen und Empfänger einer ihm zugewandten Immobilie gegenüber dem Zuwendenden treffen, sind im konkreten Fall zugrunde zu legen:

15 aa) Auszugehen ist von dem Umstand, dass der Wert eines einem Ehegatten übertragenen Grundstücks und damit auch das Endvermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten dadurch steigt, dass die Wohnrecht- oder Nießbrauchbelastung infolge der abnehmenden Lebenserwartung des Berechtigten absinkt. Diese Wertsteigerungen unterliegen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung generell nicht

dem Zugewinnausgleich, was damit begründet wird, dass diese Wertsteigerung im Grundsatz noch auf der Zuwendung beruhen, zumal das entsprechende Vertragsobjekt mit der sicheren Aussicht erworben wurde, dass diese Rechte spätestens mit dem Tod des Berechtigten erlöschen; es sei deshalb nicht gerechtfertigt, den anderen Ehegatten an den sich so ergebenden Vermögenszuwächsen über den Zugewinnausgleich zu beteiligen; auch sei in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Erwerber hierfür keine Gegenleistung erbringe, die sein sonstiges nicht privilegiertes Vermögen und damit seinen Zugewinn mindern (vgl. BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, Stand: Februar 2022, § 1374 Rdnr. 24; Schulz, FF 2018, 99 unter Verweis auf die grundlegende BGH-Rechtsprechung aus dem Jahr 1990 in den Urteilen vom 14.03.1990, XII ZR 62/89, FamRZ 1990, 603 ff.; vom 30.05.1990, XII ZR 75/89, FamRZ 1990, 1217 ff. und vom 27.06.1990, XII ZR 95/89, FamRZ 1990, 1083 ff.). In Konsequenz dieses rechtlichen Ansatzes hat der BGH in seiner bis 2006 geltenden Rechtsprechung den Vermögenszuwachs, der im Endvermögen durch den Wertanstieg des Grundstücks eintritt, als privilegierten Erwerb gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen zugerechnet und zwar rechnerisch in der Art, dass die Belastung durch ein Wohnrecht oder einen Nießbrauch im Anfangs- und Endvermögen ganz unberücksichtigt zu bleiben hatte. Nachdem er in seiner Entscheidung vom 22.11.2006, XII ZR 8/05, FamRZ 2007, 978 (zwischenzeitlich) diesen Standpunkt aufgegeben und entschieden hatte, dass die Grundstücksbelastung im Anfangs- und Endvermögen nicht mehr unberücksichtigt bleiben könne, sondern jeweils der aktuelle Wert ermittelt werden müsse und zusätzlich noch der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Wertes des Wohnrechts ermittelt und bewertet werden müsse, um den „gleitenden Erwerbsvorgang zu erfassen und vom Ausgleich ausnehmen zu können“, hat der BGH mit der vom AG herangezogenen Entscheidung vom 22.06.2015 eine Kehrtwendung vollzogen und sich von der Rechtsfigur des „zusätzlich gleitenden Vermögenserwerb“ wieder verabschiedet (vgl. Schulz, a. a. O.). Er ist nunmehr (wieder) zu dem Ergebnis gelangt, dass eine zutreffende Erfassung des fortlaufenden Wertzuwachses eines Grundstücks auch dann gewährleistet ist, wenn die Grundstücksbelastung mit einem Nießbrauch bei der Ermittlung des Zugewinns des Zuwendungsempfängers außer Betracht bleibt, also weder im Anfangs- noch im Endvermögen bilanziert wird (vgl. Erman/Budzikiewicz, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1374 Rdnr. 17; krit. Kogel, Zugewinnausgleich, 6. Aufl. 2019, Rdnr. 1061 ff.).

16 Indessen hat der BGH in dem Beschluss vom 06.05.2015 von diesem als Regelfall geltenden Ansatz des Verzichts des Einstellens des Werts des Nießbrauchs zum Ausgangs- und Endzeitpunkt in die Vermögensbilanz einen Ausnahmefall postuliert (Rdnr. 25):

„Anders ist allerdings der Fall zu beurteilen, wenn sich im maßgeblichen Zeitraum der Wert des Nießbrauchs nicht wegen des Absinkens der Lebenserwartung des Nießbrauchsberechtigten vermindert hat, sondern aufgrund anderer Umstände, etwa der Wertentwicklung des Grundstücks während der Ehezeit, gestiegen ist. In diesem Fall muss der jeweilige Wert des Nießbrauchs

sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen des Zuwendungsempfängers berücksichtigt werden, weil anderenfalls dessen Zugewinn zu hoch ausfiele. Der höhere Wert des Nießbrauchs ergibt sich in solchen Fällen aus der erheblichen Steigerung des Grundstückswerts und ist nicht Folge der Schenkung. Die Steigerung des Nießbrauchswerts begrenzt dann lediglich die in den Zugewinnausgleich einzubeziehende erhebliche Wertsteigerung des Grundstücks.“

(vgl. hierzu Scheller/Sprink, a. a. O. Rdnr. 27; Kogel, a. a. O. Rdnr. 1066). Vor dem Hintergrund des gerade in jüngster Vergangenheit in großen Teilen Deutschlands insbesondere in einigen besonders beliebten Großstädten und deren Umfeld zu beobachtenden erheblichen Anstiegs der Grundstücks- und damit einhergehend der Immobilienpreise allgemein wird in der Literatur vielfach der vom BGH angeführte „Ausnahmefall“ als „Regelfall“ qualifiziert (vgl. Schulz, FF 2018, 99, 101; Scheller/Sprink, a. a. O. Rdnr. 27). In Ansehung dieser wirtschaftlichen Realität wird regelmäßig zunächst zu prüfen sein, ob der Wert des Nießbrauchs oder Wohnrechts (trotz des sinkenden Lebensalters des Berechtigten) gestiegen ist, was oftmals ohne sachverständige Untersuchung nicht festgestellt werden kann (vgl. BeckOK/Preiser, a. a. O. Rdnr. 364; Scheller/Sprink, a. a. O. Rdnr. 27).

17 bb) Abweichend von der Belastung durch ein vorbehaltenes Wohn- oder Nutzungsrecht bzw. Nießbrauchrecht ist nach allgemeiner Auffassung ein Leibrentenversprechen des ausgleichspflichtigen Zuwendungsempfängers bei der Ermittlung des Anfangsvermögens ebenso wie bei der Ermittlung des Endvermögens, soweit die Verpflichtung zu diesem Zeitpunkt noch besteht, zu berücksichtigen (vgl. Erman/Budzikiewicz, BGB, § 1374 Rdnr. 17a; Scheller/Sprink, a. a. O. § 1374 Rdnr. 28; Kogel, Zugewinnausgleich, Rdnr. 1023). Dasselbe gilt auch bei einer Pflegeverpflichtung, also bei dem dem Zuwendenden gewährten Leibgeding (Altenteil), durch die der Erwerber sich verpflichtet, dem Zuwendenden Pflegedienstleistungen zu gewähren. Auch solche Verpflichtungen sind mit ihrem jeweiligen Wert mindernd zu berücksichtigen (vgl. Erman/Budzikiewicz, BGB, § 1374 Rdnr. 17a). Dies bedeutet, dass die Verpflichtung, für den Altenteilberechtigten lebenslang Kost, Wartung und Pflege zu leisten, als wertmindernde Belastung vom Wert des erworbenen Grundstücks sowohl im Anfangsvermögen als auch, wenn es noch fortbesteht, im Endvermögen abzusetzen ist.

18 Zwar nehmen auch diese Belastungen wegen der sinkenden Lebenserwartung des Berechtigten laufend ab, so dass das Endvermögen insoweit stets höher als das Anfangsvermögen ist. Indessen soll der Ehepartner an diesem Wertzuwachs über den Zugewinnausgleich mit der Ervärgung partizipieren, dass die zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen finanziellen Aufwendungen aus den ehezeitlichen Einkünften finanziert worden sind und das Endvermögen des verpflichteten Ehegatten und damit auch seinen Zugewinn schmälern (vgl. Schulz/Hauß, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 7. Aufl. 2022, Rdnr. 566).

19 b) In Anwendung dieser rechtlichen Grundsätze folgt für die Bewertung der beiden in Rede stehenden Immobilien der Antragsgegnerin zum Anfangs- und zum Endzeitpunkt unter der für das Verfahrenskostenhilfeverfahren gebotenen summarischen Prüfung eine in wesentlichen Teilen vom AG abweichende Beurteilung:

20 aa) In Bezug auf die Immobilie A 1 (...) verbleibt es letztlich bei dem Ansatz des AG, demzufolge die die Antragsgegnerin treffende Belastung durch das im Rahmen des Übertragungsvertrages vom 09.07.1997 der übertragenden Mutter der Antragsgegnerin vorbehaltene Wohnungsrecht unberücksichtigt bleibt. Das Vorbringen des Antragstellers bietet (bei summarischer Prüfung) keine hinreichenden tatsächlichen Anknüpfungspunkte für einen nach der oben erörterten aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung möglichen Ausnahmefall, der dann eingreift, wenn festzustellen ist, dass das Nutzungsrecht aufgrund sonstiger Umstände, insbesondere auf der Grundlage einer besonderen oder erheblichen Wertsteigerung der Immobilie trotz der Verminderung des Werts durch das Absinken der Lebenserwartung des Nutzungsberechtigten effektiv bis zum Endzeitpunkt gestiegen ist. Nach Darstellung des Antragsgegners ist der Wert der fraglichen Immobilie (Grundstückswert und Gebäudewert) von 190.000 € zum Anfangszeitpunkt bei Eheschließung am 20.08.1999 auf 213.000 € zum Endzeitpunkt gestiegen, was eine Wertsteigerung von rund 12 % entspricht. Demgegenüber hat sich – ausgehend von den Wertangaben des Antragstellers – der Wert der Belastung durch das Nutzungsrecht der Mutter der Antragstellerin von 18.000 € auf 10.000 € verringert, sich also um rund 44 % reduziert. Angesichts dieser Zahlen ist nicht davon auszugehen, dass der Verringerung der Belastung durch das Wohnrecht im Verlaufe der Ehezeit bis zum Endzeitpunkt aufgrund des Absinkens des Lebensalters der Mutter der Antragstellerin eine im maßgeblichen Zeitraum darüber hinausgehende Wertsteigerung des Wohnrechts infolge einer erheblichen Steigerung des Werts der (belasteten) Immobilie gegenüber steht.

21 bb) In Hinblick auf die Immobilie K Straße 5 (...), welche der Antragsgegnerin von ihrer Mutter durch notariellen Übertragungsvertrag vom 20.11.2008 verbunden mit Belastungen in Form eines Wohnrechts, einer Pflegeverpflichtung und einer dauernden Last zugewandt erhalten hatte, sind diese Belastungen bei der Bewertung der Immobilie im Rahmen der Bilanzierung zum Anfangsvermögen als privilegierter Vermögensposten nach § 1374 Abs. 2 BGB in differenzierter Weise zu berücksichtigen.

22 (1) Soweit es das den Eltern der Antragsgegnerin eingeräumte Wohnrecht betrifft, ist eine Abweichung von dem nach höchstrichterlicher Rechtsprechung anzunehmenden Regelfall der Nichtberücksichtigung der Belastung durch das Wohnrecht sowohl im Anfangszeitpunkt wie auch im Endzeitpunkt nicht veranlasst. Auch hier bestehen auf der Grundlage des Sachvortrags des Antragstellers unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragsgegnerin keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Wert dieser Belastung trotz Absinken der Lebenserwartung der Mutter der Antragsgegnerin (der Vater ist zwischenzeitlich

verstorben) gestiegen ist. Aus den zutreffenden Erwägungen des AG in der angefochtenen Entscheidung kann allenfalls eine Wertsteigerung der Immobilie von 183.000 € bei Eigentumserwerb 2008 um 20.000 € auf 203.000 € zum Endzeitpunkt angenommen. Diese geringfügige Wertsteigerung der Immobilie als solcher schließt bei summarischer Wertung aus, dass das Nutzungsrecht zum Endzeitpunkt trotz der durch das Absinken der Lebenserwartung der Nutzungsberechtigten bedingten Wertminderung insgesamt dennoch werthaltiger geworden ist.

23 (2) Was die Pflegeverpflichtung und die dauernde Last betrifft, so sind diese nach den oben wiedergegebenen Grundsätzen wertmindernd sowohl im Anfangsvermögen als auch im Endvermögen zu berücksichtigen.

24 (a) Den Wert der dauernden Last in Form einer monatlichen Zahlung von 450 € hat der Antragsteller auf der Grundlage einer nicht bestrittenen Dauer der Last zum Zeitpunkt des Eigentumserwerb bei einer anzunehmenden Lebensdauer der berechtigten Eltern von 23 Jahren mit $23 \times (12 \times 450 \text{ €}) = 5.400 \text{ €} = 124.200 \text{ €}$ angesetzt. Um diesen Wert als Abzugsposten ist somit o. g. Immobilienwert zum Anfangszeitpunkt zu reduzieren.

25 Für den Endzeitpunkt ist auf der Grundlage des Vorbringens des Antragstellers von einer Lebenserwartung von noch 17 Jahren auszugehen, was zu einer Grundstücksbelastung in Höhe von dann noch $17 \times 5.400 \text{ €} = 91.800 \text{ €}$ führt.

26 Diese Bewertung der Belastung der Immobilie durch die der Mutter der Antragsgegnerin nach dem Übereignungsvertrag zustehenden Leibrente /dauernde Last in Höhe von monatlichen 450 € erfolgt (im Rahmen der summarischen Prüfung innerhalb des Verfahrenskostenhilfeverfahrens) sowohl für den Anfangs- wie für den Endzeitpunkt lediglich unter Heranziehung der Angaben des Antragstellers und damit ohne Berücksichtigung einer möglichen Kapitalisierung (zu der Berechnung des insoweit zu ermittelnden Kapitalisierungsfaktors vgl. eingehend, *Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Rdnr. 581-596)

27 (b) Für die Bewertung der Belastung durch die im Übereignungsvertrag seitens der Antragsgegnerin gegenüber ihren Eltern eingegangenen Verpflichtung zur Pflege, welche bei der Wertermittlung der Immobilie zum Anfangs- und zum Endzeitpunkt wertmindernd zu berücksichtigen ist, sind bei (im jetzigen Verfahrensstadium) gebotener summarischer Betrachtung erneut die Angaben des Antragstellers, denen die Antragsgegnerin nicht substantiell entgegengetreten ist, Ausgangspunkt der Prüfung der Erfolgsaussichten. Der Antragsteller hat in diesem Zusammenhang auf die Bezifferung des Werts der Wart- und Pflegeleistung durch die Beteiligten des notariellen Übereignungsvertrages vom 20.11.2008 auf dessen S. 13 mit monatlich 400 € zurückgegriffen. Aus den bereits oben angeführten Angaben des Antragstellers zu der zum Anfangszeitpunkt bzw. zum Zeitpunkt des Erwerb hinsichtlich der Pflegeberechtigten anzusetzenden durchschnittlichen Lebensdauer von 23 Jahren und 17 Jahren zum Endzeitpunkt gelangt der Antragsteller zu

einer Belastung von $23 \times (12 \times 400 \text{ €}) = 4.800 \text{ €} = 110.400 \text{ €}$ zum Anfangszeitpunkt und von $17 \times 4.800 \text{ €} = 81.600 \text{ €}$.

28 Diese Werte sind vorläufig für das Verfahrenskostenhilfungsverfahren wegen des insoweit angezeigten summarischen Prüfungsmaßstabes anzuwenden. Ob sich diese Werte für die Bewertung der Sach- und Pflegeleistungen in Geld im Hauptverfahren als überhöht erweisen, da neben der gesetzlich nicht näher geregelten geldmäßigen Einordnung von Pflegeleistungen auch das individuelle Maß der Pflegewahrscheinlichkeit bestimmt werden muss, wird ggf. unter sachverständiger Unterstützung zu klären sein (vgl. *Schulz/Hauß*, a. a. O. Rdnr. 567 ff. auch zu der hier bestehenden Notwendigkeit der Kapitalisierung der entsprechenden Werte).

29 c) Im Rahmen der vorläufigen/summarischen rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts bzw. des anspruchsbegründenden Vorbringens des Antragstellers erscheint eine Festlegung in Bezug auf die Frage nach der wertmäßigen Auswirkung der unter E. Rückübertragungspflicht im notariellen Übertragungsvertrag vom 20.11.2008 enthaltenen Bestimmungen nicht angezeigt. An dieser Stelle (...) sind eine Vielzahl von Rückübertragungstatbeständen genannt, bei dessen Eingreifen der Veräußerer, also die Eltern der Antragsgegnerin berechtigt sind, von der Antragsgegnerin als Erwerberin die Rückübertragung des übertragenen Grundbesitzes zu verlangen. Als Rückübertragungstatbestände sind hervorzuheben die Veräußerung oder dingliche Belastung der Immobilie, die Nutzungsüberlassung an Dritte jeweils ohne Zustimmung der Veräußerer, die Insolvenz, das Vorversterben der Antragsgegnerin und die Stellung des Antrags, die Ehe der Antragsgegnerin zu scheiden und die Geltendmachung von an der Immobilie objektbezogener Ansprüche (wie Zugewinnansprüche). Welcher Wert einer solchen Rückforderungsberechtigung des Zuwendenden beizumessen ist, der wiederum den Wert der zugewandten Immobilie zu den jeweiligen Stichtagen verringert, wird in der Literatur differenziert beurteilt (vgl. ausführlich mit weiteren Nachweisen BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, § 1376 Rdnr. 56 ff.).

30 d) Bei der Bewertung des Wertes der Immobilie K-Straße zum Zeitpunkt des privilegierten Erwerbes ist wertmindernd noch die weitere Belastung durch die ausweislich S. 3 des notariellen Übereignungsvertrags übernommenen, auf der Immobilie noch lastenden Verbindlichkeiten in Höhe von seinerzeit von ca. 50.000 € wertmindernd zu berücksichtigen.

31 2. Die Beschwerde des Antragstellers wendet sich des Weiteren gegen die Auffassung des AG, die von der Antragsgegnerin in der Immobilie K-Straße 5 (...) betriebene Gaststätte sei wegen fehlenden hinreichend konkreten Vorbringens insbesondere zum Zustand des Betriebs bei Zustellung des Scheidungsantrages bei der Ermittlung des Endvermögens nicht zu berücksichtigen.

32 In der Nichtabhilfeentscheidung hat das AG die Nichtberücksichtigung der Gaststätte bei der Ermittlung des Endvermögens der Antragsgegnerin noch ergänzend mit der Erwägung begründet, es fehle zum einen insbesondere an dem Beweis zugänglichem Vorbringen zu den Sachwer-

ten. Unter Berücksichtigung der vorliegenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen fehle es auch an konkretem Vorbringen zum immateriellen Firmenwert.

33 Zwar begegnet es rechtlichen Bedenken, dass das AG anscheinend einer Ermittlung des Wertes der Gaststätte zum Endzeitpunkt lediglich den Sachwert der Gaststätte zugrunde legen wollte und angesichts des insoweit nach seiner Auffassung unzureichenden, da nicht genügend substantiierten Vorbringens des Antragstellers zu dem konkreten Zustand der zur Gaststätte zählenden Inventargegenstände und der Räumlichkeiten als solche den Sachvortrag des Antragstellers als unzulänglich und damit unbeachtlich gehalten hat. Im Ergebnis ist dennoch zum jetzigen Verfahrens- und Aktenstand auch mit Blick auf den vorläufigen Charakter der rechtlichen Prüfung im Rahmen des Verfahrenskostenhilfesuchs die auf den Gaststättenbetrieb bezogene Sachdarstellung des Antragstellers zur Begründung eines Zugewinnausgleichsanspruchs als unzureichend zu bewerten, so dass – wie es das AG getan hat – die Gaststätte aktuell in die zugewinnrechtliche Vermögensbilanz nicht einzustellen ist.

34 a) Für die Behandlung eines Unternehmens oder Geschäftsbetriebs bei der Ermittlung des Vermögens zum Anfangs- wie zum Endzeitpunkt ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

35 Ausgangspunkt ist die in § 1376 Abs. 2 BGB zu verortende Erkenntnis, dass für die Berechnung des Endvermögens der Wert zugrunde zu legen ist, den das vorhandene Endvermögen zum Stichtag hat. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist Ziel der Wertermittlung, die Vermögensgegenstände mit ihrem „vollen, wirklichen“ Wert am Bewertungsstichtag anzusetzen. Da Grundsätze darüber, nach welcher Methode dies zu geschehen hat, dem Gesetz nicht entnommen werden können, ist die sachverhaltsspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden und deren sachgerechte Anwendung Aufgabe des – regelmäßig – sachverständig beratenen Tatrichters (vgl. BGH, Urteil vom 05.12.2018, XII ZR 116/17, NZ Fam 2019, 170, 172 Rdnr. 19 m. Anm. *Kuckenburg*). In der Entscheidung vom 05.12.2018 hat der BGH zum Ausdruck gebracht, dass von den verschiedenen Bewertungsmethoden im Regelfall die Ertragswertmethode geeignet ist, um zur Bemessungsgrundlage für den Wert einer Unternehmensbeteiligung zu gelangen (Rdnr. 20), ohne dass es jedoch revisionsrechtlich zu beanstanden ist, wenn der Wert der Unternehmensbeteiligung wegen der Besonderheiten des jeweiligen Falls durch das sachverständig beratene Tatsachengericht mit entsprechender Begründung nicht nach der Ertragswertmethode, sondern nach der Substanzbewertung oder mit dem Liquidationswert bemessen wird (zu den verschiedenen Bewertungsmethoden auch *Kogel*, Zugewinnausgleich, Rdnr. 1218 ff.).

36 Die Ertragswertmethode basiert darauf, dass die Summe aller zukünftigen Erträge des fortgeführten Unternehmens ermittelt wird (Zukunftserfolgswert) und zwar durch eine Rückschau auf die Erträge des Unternehmens in den letzten Jahren. Auf dieser Grundlage wird eine Prognose zur Ertragslage der nächsten Jahre erstellt. Damit wird das

Unternehmen in seiner Gesamtheit bewertet. Der Ertragswert eines Unternehmens ist nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen allein aus seiner Eigenschaft abzuleiten, nachhaltig auslegbare Überschüsse zu produzieren; diese werden kapitalisiert und auf den Bewertungsstichtag bezogen (vgl. BGH, a. a. O. Rdnr. 21).

37 Vor dem Hintergrund des eindeutigen Bekenntnisses des BGH zur Ertragswertmethode in Abgrenzung zur Substanzwertmethode, die den Nachbau des Unternehmens über zu bewertende Aktiva und Passiva unter going-concern Gesichtspunkten annimmt, aber systematisch nicht in der Lage ist, den ideellen Wert eines Unternehmens abzubilden, da alle weichen Faktoren wie Firmenwert, Kundenrelation, Managementfaktoren, Vorteile bei inneren Abläufen etc. von ihr nicht einbezogen werden, bedarf die Anwendung der Substanzwertmethode einer besonderen Rechtfertigung, die regelmäßig ebenfalls nicht ohne sachverständige Hilfestellung erfolgen kann.

38 Auch wenn bei kleinen Handwerks- oder Gewerbebetrieben die Annahme nicht fernliegend ist, dass das Unternehmen mit dem derzeitigen Inhaber „steht und fällt“, sodass der Ertragswert prognostisch nur eine geringe Aussagekraft hat, da er in einer solchen Konstellation nicht unbedingt Aussichten auf einen zukünftigen Ertrag unabhängig davon bietet, wer die Firma leitet, bedarf es nach entsprechend sachverständiger Unterstützung konkreter Feststellungen dazu, dass und aus welchen Gründen eine solche inhaberbezogene starke Gewichtung im Einzelfall angezeigt ist (vgl. BeckOGK-BGB/Preisner, § 1376 Rdnr. 390; Fleischer/Hüttemann/Born, Unternehmensbewertung im Familienrecht, 2. Aufl. 2019, Rdnr. 26.33 ff.).

39 Mit Blick auf die deshalb eher nachrangige Anwendung des Substanzwertverfahrens und das regelmäßig bestehende Erfordernis der Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe sowohl zur sachverhaltsspezifischen Auswahl der im speziellen Fall geeigneten Bewertungsmethode als auch zu deren sachgerechten Anwendung erscheint eine Verneinung der Erfolgsaussichten des Zugewinnbegehrens im Hinblick auf den Vermögenswert „Gaststättenbetrieb“ unter Verweis auf unzureichenden Vortrag zu den Sachwerten des Betriebes rechtlich bedenklich.

40 b) Dennoch kann nach Wertung des Senats auch bei summarischem Prüfungsansatz nicht der vom Antragsteller teilweise unter Verweis auf die vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnungen, die hieraus ersehbaren Ertragssituation und die Besonderheiten der für die Ermittlung eines ideellen Wertes maßgeblichen Kriterien der vom Antragsteller angesetzte Wert von 240.000 € (...) für das Endvermögen in die Vermögensbilanz eingestellt werden.

41 Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Antragsgegnerin unstreitig den Vermögensgegenstand Gaststättenbetrieb in der Immobilie K-Straße 5 (...), den der Antragsteller im Endvermögen der Antragsgegnerin berücksichtigt wissen will, durch eine nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierte Zuwendung im Rahmen des notariellen Übereignungsvertrags vom 20.11.2008 „übereignet“ erhalten hat. Ausweislich (...) des notariellen Vertrages (...) wurde der Antragsgegnerin als

Erwerberin die auf dem fraglichen Grundbesitz betriebene Gaststätte mit allem Inventar, soweit es sich im Eigentum des Veräußerers und/oder seines Ehegatten befindet, ebenso wie alle offenen Forderungen und Verbindlichkeiten mitübertragen. Damit ist im Ansatz davon auszugehen, dass der Wert des Vermögensgegenstandes „Gaststätte“ über dem § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangswert der Antragsgegnerin zuzurechnen ist. Zwar ist im Ansatz der Ehegatte, der sich auf eine Privilegierung nach § 1374 Abs. 2 BGB beruft, darlegungs- und beweisbelastet für das Eingreifen des Privilegierungstatbestands in Bezug auf den in Rede stehenden Vermögensgegenstand. Steht indessen fest, dass ein Vermögensgegenstand über eine Privilegierung in das Anfangsvermögen eine Ehegatten einzubeziehen ist, obliegt es demjenigen Ehegatten, der sich auf einen positiven Saldo unter Berücksichtigung des Wertes dieses Vermögensgegenstands im Endvermögen des anderen Ehegatten und damit auf einen Zugewinn des anderen Ehegatten beruft, zumindest konkret zum Wert des privilegiert erworbenen Vermögensgegenstands zum Zeitpunkt des Erwerbes vorzutragen und damit eine sich auf diesen Gegenstand bezogene Vermögensmehrung, die in die Zugewinnbilanz einzustellen ist, darzulegen. Diesbezügliches Vorbringen des Antragstellers zum Wert des der Antragsgegnerin durch den Übertragungsvertrag vom 20.11.2008 übertragenen Gaststättenbetriebs ist indessen nicht ersichtlich. Ohne hinreichend konkretes Vorbringen des Antragstellers zum Wert des Gaststättenbetriebs bei (privilegierter) Übernahme durch die Antragsgegnerin ist eine Bestimmung einer auf diesen Vermögensgegenstand bezogenen Wertsteigerung zum Endzeitpunkt nicht möglich.

42 3. In Ansehung der obigen rechtlichen Erwägungen und unter Ansatz der weiteren von der Beschwerde nicht beanstandeten und auch rechtlich nicht angreifbaren Ausführungen des AG in der angefochtenen Entscheidung stellt sich der Zugewinn der Antragsgegnerin und damit der hälftige Zugewinnausgleichsanspruch des Antragstellers (der unstreitig keinen eigenen Zugewinn erlangt hat) bei summarischer Prüfung wie folgt dar:

3.1. Endvermögen der Antragsgegnerin:

3.1.1 Aktiva

1) Immobilie A	213.000 €
2) Immobilie K Straße	287.000 €
./ Wert der dauernden Last	./ 91.800 €
./ Wert der Pflegeverpflichtung	./ 81.600 €
Saldo:	113.600 €
3) sonstige Vermögenswerte	7.241,95 €
Gesamt:	333.841,95
3.1.2 Passiva:	197.092,61 €

43 Soweit sich der Antragsteller in der Beschwerdeschrift, dort (...) in Bezug auf die von der Antragsgegnerin bei der Auskunft zu ihrem Endvermögen angeführten Belastungen

aus dem Darlehen der P Lebensversicherung und des D M auf illoyale Vermögensverfügungen im Sinne des § 1375 Abs. 2 BGB berufen hat, ist dieses Vorbringen im Ergebnis unbeachtlich, da der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsteller dem substantiierten und in Hinblick auf den Vorwurf der illoyalen Vermögensverfügung erheblichen Sachvortrag der Antragsgegnerin aus dem Schriftsatz vom 30.09.2021, dort (...) nicht entgegengetreten ist.

3.1.3 Saldo Endvermögen	136.749,34 €
-------------------------	--------------

3.2 Anfangsvermögen

3.2.1. Aktiva

Immobilie A	190.000 €
-------------	-----------

3.2.2. Passiva

Kredite	143.160 €
3.2.3 Saldo	46.840 €
3.2.4 Indexierung *99,5/79,1 Basis 2015	58.920,10 €

3.2.5 Zurechnung zum Anfangsvermögen gemäß § 1374 Abs. 2 BGB

Immobilie K straße Datum der Zurechnung 20.11.2008 Wert Immobilie	267.000 €
./ . dauernde Last	./ . 124.200 €
./ . Pflegeverpflichtung	./ . 110.400 €
./ . Verbindlichkeiten Saldo	./ . 50.000 €
Indexierung *99,5/91,8 Basis 2015	- 17.600 €
	- 19.076,25 €

44 Gemäß § 1374 Abs. 2, 3 BGB sind Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der Zuwendung eines Gegenstands eingegangen wurden, von dem Hinzuerwerb abzuziehen. Dies gilt gemäß Abs. 3 auch dann, wenn und soweit die Verbindlichkeiten den Wert der Zuwendung übersteigen. Ein negativer Hinzuerwerb ist mit einem positiven Anfangsvermögen zu verrechnen (vgl. BeckOGK-BGB/*Preisner*, § 1374 Rdnr. 109).

45 Hierzu folgt eine Minderung des oben ermittelten Anfangsvermögens von 58.920,10 € um 19.076,26 € auf 39.843,85 €.

46 3.3 Hiernach berechnet sich der Zugewinn der Antragsgegnerin aus der Differenz des Endvermögens von 136.749,34 € zum Anfangsvermögen von 39.843,85 €, was zu einem Betrag von 96.905,49 € führt. Da nach bisheriger Aktenlage der Antragsteller keinen Zugewinn erlangt hat, kann er die Hälfte des von der Antragsgegnerin während der Ehezeit erwirtschafteten Zugewinns und damit 48.452,75 € beanspruchen.

(...)

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Lauf der Verjährungsfrist im Pflichtteilsrecht

OLG München, Beschluss vom 30.03.2023, 33 U 7507/22 e, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München
BGB §§ 2325, 2329, 195, 199

LEITSÄTZE:

- Hat eine Verjährungsfrist zu laufen begonnen, wird ihr Lauf nicht dadurch gehemmt, dass der Pflichtteilsberechtigte die letztwillige Verfügung entgegen seiner ursprünglich zutreffenden Beurteilung später (unzutreffend) für unwirksam hält (Anschluss an BGH, Urteil vom 14.11.1973, IV ZR 13/72, nicht veröffentlicht).**
- Kommen dem Pflichtteilsberechtigten nachträglich Zweifel an seiner Enterbung und beantragt er selbst einen Erbschein, beeinflusst dies den Lauf der Verjährungsfrist hinsichtlich der Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht.**

AUS DEN GRÜNDEN:

- Die Parteien streiten über erbrechtliche Ansprüche.
- Die Klägerin begehrt mit ihrer Stufenklage Auskunft und Versicherung an Eides statt sowie anschließende Zahlung des Pflichtteils nach dem Tod ihres Vaters, dem (...) 2018 verstorbenen Erblasser (...).
- Die Beklagte ist die Tochter der Klägerin und die Enkelin des Erblassers. Der Erblasser hat in einem Testament vom (...)04.2017 zunächst die Klägerin zur Alleinerbin bestimmt. Mit weiterem Testament vom (...)10.2017 hat der Erblasser die Beklagte zur Alleinerbin bestimmt.
- Mit Schriftsatz ihres früheren Rechtsanwalts vom (...)06.2018 nahm die Klägerin die Beklagte auf Auskunft und anschließende Zahlung im Hinblick auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche in Anspruch.
- In dem Schreiben heißt es auszugsweise:
„Infolge der damit verbundenen Enterbung unserer Mandantin stehen dieser Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen Sie zu.“
- Die Beklagte hat der Klägerin am (...)07.2018 und (...)08.2018 ein Verzeichnis über den Bestand des Nachlasses übermittelt. Am (...)06.2018 überwies die Beklagte der Klägerin nach vorangegangener Zahlung von 36.702,01 € einen weiteren Betrag von 17.217,62 € auf die geltend gemachten Ansprüche. Die Klägerin akzeptierte die Zahlungen ohne Vorbehalt.
- Mit Schriftsatz vom (...)06.2019 beantragte die Klägerin beim AG Dachau – Nachlassgericht – die Erteilung eines sie als Alleinerbin des Erblassers ausweisenden Erbscheins. Im folgenden Verfahren bestand zwischen den Parteien Streit über die Frage, ob der Erblasser bei Errichtung des



Testaments vom (...).10.2017 testierfähig war. Nach Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens wurde der Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin auf der Grundlage des Testaments vom (...).04.2017 mit Beschluss des Nachlassgerichts vom 02.03.2022 zurückgewiesen.

8 Mit Schreiben vom 23.03.2022 forderte die Klägerin von der Beklagten erneut Auskunft über den Bestand des Nachlasses unter Fristsetzung zum 06.04.2022.

9 Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

10 Das LG hat die Klage abgewiesen. Es sah die Ansprüche, soweit sie nicht infolge Erfüllung erloschen waren, als verjährt an, sodass die Klage sogleich insgesamt abzuweisen gewesen sei.

11 Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihre erstinstanzlichen Ansprüche weiterverfolgt. Sie ist der Ansicht, wegen der zweifelhaften Testierfähigkeit des Erblassers habe Unsicherheit bestanden, ob die Klägerin Erbin geworden sei oder ihr nur Pflichtteilsansprüche zustünden. Demzufolge seien diese Ansprüche nicht verjährt.

12 II. Der Senat beabsichtigt nach derzeitiger Rechtsauffassung, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen, da er einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung im Ergebnis offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats durch Urteil nicht erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

13 Die angefochtene Entscheidung des Erstgerichts ist richtig. Das Ersturteil beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 513 Abs. 1, § 546 ZPO). Vielmehr rechtfertigen die Tatsachen, die der Senat im Rahmen des durch § 529 ZPO festgelegten Prüfungsumfangs der Beurteilung des Streitstoffes zugrunde zu legen hat, keine andere Entscheidung. Die Ausführungen der Klagepartei in der Berufungsbegründung vom 27.02.2023 vermögen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen, da sie das Ersturteil nicht erschüttern. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts Bezug und macht sich diese zu eigen.

14 Zu ergänzen ist Folgendes:

15 1. Die sorgfältig und ausführlich begründete Entscheidung des LG erweist sich als zutreffend. Das LG hat alle entscheidungserheblichen Aspekte erkannt und seiner Entscheidung zutreffend zugrunde gelegt.

16 a) Soweit die Berufung darauf abstellt, es habe angesichts der vermeintlichen Testierunfähigkeit des Erblassers Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments gegeben, sodass seitens der Klägerin keine sichere Kenntnis von der beeinträchtigenden Verfügung vorgelegen habe, was nach der Rechtsprechung des BGH dazu führen könne, dass die Verjährung nicht zu laufen beginnt, verkennt sie, dass dies nicht gilt, wenn die Verjährung bereits zu laufen begonnen hatte.

17 b) Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Für das Pflichtteilsrecht ist anerkannt, dass ein Tatsachen- oder Rechtsirrtum, etwa über die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, der erforderlichen Kenntnis für den Beginn der Verjährungsfrist entgegenstehen kann (BGH, Urteil vom 19.02.1968, III ZR 196/65, BeckRS 1968, 31172225; Urteil vom 25.01.1995, IV ZR 134/94, DNotZ 1996, 47; KG, Urteil vom 31.05.2006, 25 U 50/05, NJOZ 2007, 1356; Senat, Urteil vom 22.11.2021, 33 U 2768/21, ZEV 2022, 533).

18 Allerdings hört eine einmal zu laufen begonnene Verjährungsfrist nicht zu laufen auf, wenn der Pflichtteilsberechtigte die letztwillige Verfügung entgegen seiner ursprünglich zutreffenden Beurteilung später (unzutreffend) für unwirksam hält (BGH, Urteil vom 14.11.1973, IV ZR 13/72, nicht veröffentlicht).

19 2. Diese Grundsätze hat das LG zutreffend erkannt und seiner Entscheidung zugrunde gelegt und die Klage daraufhin zu Recht abgewiesen.

20 a) Die Klägerin hat nach den von der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des Erstgerichts mit Schriftsatz vom xx.06.2018 gegenüber der Beklagten Pflichtteilsansprüche geltend gemacht („Infolge der damit verbundenen Enterbung unserer Mandantin stehen dieser Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen Sie zu.“) und damit zu erkennen geben, dass sie sich in Kenntnis der sie beeinträchtigenden Verfügung als pflichtteilsberechtigt ansieht. Damit begann die dreijährige Verjährungsfrist zu laufen, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB, denn die Klägerin hatte zu diesem Zeitpunkt positive Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB von ihrer Enterbung und der daraus resultierenden Pflichtteilsberechtigung (§ 2303 Abs. 1 BGB).

21 Verjährungsbeginn war mithin der 31.12.2018, die Verjährung endete zum 31.12.2021.

22 b) Diese im Jahre 2018 einmal zu laufen begonnene Verjährungsfrist konnte nachträglich, als der Klägerin Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments des Erblassers wegen einer vermeintlichen Testierunfähigkeit kamen, nicht mehr zu laufen aufhören. Deswegen kann dahinstehen, ob die Klägerin berechnete Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers haben durfte oder nicht. Etwas anderes folgt auch nicht aus der von der Klägerin zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 26.01.2018, I-7 U 75/17). Auch diese Entscheidung beschäftigt sich lediglich mit der Frage, ob die ursprüngliche Kenntnis (im entschiedenen Fall vom Anfall eines Vermächtnisses) fehlen kann, wenn Zweifel über die Wirksamkeit des Testaments bestehen. Dass eine einmal begonnene Verjährungsfrist bei nachträglichen Zweifeln an dessen Wirksamkeit zu laufen aufhört, lässt sich auch dieser Entscheidung nicht entnehmen.

23 c) Nachdem sonstige Hemmungsgründe nach Ablauf des Jahres 2018 weder vorgetragen noch ersichtlich sind, erweist sich die Klageabweisung durch das LG als zutreffend. Etwaige Forderungen der Klägerin sind, soweit sie

nicht durch Erfüllung erloschen sind (§ 362 Abs. 1 BGB), jedenfalls verjährt.

(...)

11. Lebzeitiges Eigeninteresse bei Nießbrauchsgewährung zugunsten der Lebensgefährtin

OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.11.2022, 14 U 274/21

BGB § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 1 Satz 2, § 2287 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein von einem Erblasser zu Lebzeiten unentgeltlich gewährter Nießbrauch an einem Hausgrundstück zugunsten seiner Lebensgefährtin stellt sich nicht als beeinträchtigend im Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB analog dar, wenn der Erblasser im erheblichen Eigeninteresse gehandelt hat, da er sich hierdurch (auch) der Unterstützung seiner Lebensgefährtin in alten und kranken Tagen versichern wollte, und der Nießbrauch sich nicht nur als bloße Versorgungsleistung zugunsten seiner Lebensgefährtin darstellt (Abgrenzung zu OLG Celle, Beschluss vom 15.06.2006, 6 U 99/06, juris Rdnr. 3).
2. Die Erwartung einer gegenseitigen Unterstützung in alten, kranken und gebrechlichen Tagen beschränkt sich nicht nur auf Pflegeleistungen, sondern umfasst auch im Rahmen einer Lebensgemeinschaft übliche, alltägliche Unterstützungsleistungen außerhalb des pflegerischen Bereichs.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Streitgegenständlich ist ein Anspruch auf Rückabwicklung einer lebzeitigen Schenkung des Erblassers.

B (im Folgenden: Erblasser), geboren am 27.12.1932, ist am 03.02.2020 verstorben.

2 Der Erblasser war viermal verheiratet, und zwar

- von 1956 bis 1961 mit der Ehefrau U,
- von 1962 bis 1972 mit der Ehefrau R,
- von 1973 bis 1988 mit der Ehefrau C,
- von 1989 bis 2003 mit der Ehefrau M, die am 04.02.2003 verstorben ist.

3 Die Klägerin Ziffer 2 stammt aus der ersten Ehe mit Frau U.

4 Die Klägerin Ziffer 1 ist die voreheliche Tochter der vierten Ehefrau M. Der Erblasser war also der Stiefvater der Klägerin Ziffer 1.

5 Die Beklagte, geboren am 27.04.1939, war die Lebensgefährtin des Erblassers, die etwa ab dem Jahr 2006 mit dem Erblasser bis zu dessen Tod zusammenwohnte.

6 Mit gemeinschaftlichem Testament vom 10.01.2002 hatten sich der Erblasser und seine vierte Ehefrau gegenseitig

als Erben eingesetzt. Die beiden Klägerinnen sollten Erben des überlebenden Ehegatten werden (...).

7 Das Wohnhaus X in M, eingetragen im Grundbuch von (...), stand im Eigentum der vierten Ehefrau des Erblassers (...).

8 Im Jahr 2006 drohte die Zwangsversteigerung der Immobilie. Die Beklagte übernahm seinerzeit die offenen Verbindlichkeiten des Erblassers, um die Versteigerung zu vermeiden. Der Zwangsversteigerungsvermerk ist am 28.06.2006 gelöscht worden (...).

9 Mit notariellem Vertrag vom 27.06.2007 räumte der Erblasser der Beklagten an dem oben genannten Grundstück eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Form eines lebenslangen Mitbenutzungsrechts sowie einen bedingten Nießbrauch ein. Wörtlich enthielt dieser Vertrag unter anderem die folgenden Bestimmungen:

„I. Vorbemerkung

Beide Beteiligten sind verwitwet. Sie haben sich vor einiger Zeit kennengelernt und sind eine dauerhafte Haus- und Lebensgemeinschaft eingegangen. Damit verbinden sie auch die Erwartung einer gegenseitigen Unterstützung in alten, kranken und gebrechlichen Tagen. Der gemeinsame Hausstand befindet sich im Anwesen von Herrn B. Frau K hat ihren eigenen Hausstand endgültig aufgegeben. Im Hinblick auf diese Gegebenheiten wird die nachstehende Vereinbarung getroffen.

II. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Herr B ist im Grundbuch von M Nr. 8 (...) als alleiniger Eigentümer des Flurstücks 6 (...), X, Gebäude und Freifläche mit 805 m² eingetragen.

Er räumt hiermit Frau K auf deren Lebenszeit das Recht ein, das Grundstück nebst aller Gebäude gleichberechtigt zusammen mit ihm selbst zu benutzen.

Die laufenden Betriebskosten und Unterhaltungskosten für das Grundstück und die Gebäude tragen die Beteiligten künftig zu gleichen Teilen.

Das Mitbenutzungsrecht endet mit dem Tod von Herrn B und mit dem Tode von Frau K. Es endet ferner, wenn die bestehende Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht. Zwischen den Beteiligten besteht Einigkeit darüber, dass vom Nichtbestehen einer Lebensgemeinschaft dann auszugehen ist, wenn ein Partner dem anderen gegenüber durch eine schriftliche Erklärung die Lebensgemeinschaft für beendet erklärt.

Herr B bewilligt und beide Beteiligten beantragen, das Mitbenutzungsrecht mit dem vorstehend vereinbarten Inhalt als beschränkte Dienstbarkeit an rangbereiter Stelle im Grundbuch einzutragen und dabei zu vermerken, dass zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt.

III. Bedingter Nießbrauch

Für den Fall, dass Herr B vor Frau K stirbt und die Lebensgemeinschaft zu diesem Zeitpunkt besteht, wovon auszugehen ist, wenn die Beendigung nicht von



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

dritter Seite nachgewiesen ist, wird Frau K auf ihre Lebenszeit ein Nießbrauch an dem in Abschnitt II bezeichneten Grundbesitz eingeräumt. [...] Herr B bewilligt und beide Beteiligten beantragen, den bedingten Nießbrauch im Range nach der Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen und dabei ebenfalls zu vermerken, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt.

(...)“

10 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den vorgelegten notariellen Vertrag Bezug genommen (...). Die entsprechenden Rechte der Beklagten wurden am 18.07.2007 im Grundbuch eingetragen.

11 In der Immobilie befinden sich zwei vermietete Einliegerwohnungen, wobei monatliche Mieteinnahmen i. H. v. 770 € (warm) erzielt werden.

12 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Feststellungen des LG in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

13 Das LG Freiburg im Breisgau hat die auf Zustimmung zur Löschung der im Grundbuch zugunsten der Beklagten eingetragenen Rechte gerichtete Klage abgewiesen.

14 Hiergegen richten sich die Berufungen der Klägerinnen.

15 Sie tragen vor, rechtsirrig habe das LG eine die Klägerinnen als Schlusserbinnen beeinträchtigende Schenkung des Erblassers im Sinne von § 2287 Abs. 1 BGB verneint. Der Erblasser habe mit Beeinträchtigungsabsicht gehandelt. Die Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers sei evident, wenn man sich hier die Gesamtumstände vor Augen führe.

16 Der Erblasser habe dafür gesorgt, dass zum Nachteil der Erbinnen

- der Beklagten ein lebenslänglicher Nießbrauch an seinem Einfamilienhaus einschließlich von zwei vermieteten Wohnungen eingeräumt worden sei,

- zugunsten der Beklagten im Grundbuch eine Grundschuld über 156.000 € eingetragen worden sei, wobei das zugrunde liegende Darlehen der Finanzierung der heute im Alleineigentum der Beklagten stehenden Immobilie in Spanien gedient habe, durch ein weiteres – wenn auch fragwürdiges und nicht abgeliefertes, jedenfalls in Spanien anerkanntes – Testament sei der Miteigentumsanteil an der Immobilie in Spanien der Beklagten übertragen worden,

- die Klägerinnen als Erbinnen noch ein von Erblasser aufgenommenes Darlehen über ca. 15.000 € abzahlen müssten, das allein dem Ausbau und der Renovierung dieser nunmehr im alleinigen Eigentum der Beklagten stehenden Immobilie gedient habe.

17 Die Einräumung des Nießbrauchs an dem Hausgrundstück in M, dem wesentlichen Nachlassgegenstand, sei ausschließlich im Interesse der Beklagten erfolgt. Diese habe an der Erarbeitung des Vermögens des Erblassers, das dieser selbst weitestgehend von seiner Ehefrau geerbt ha-

be, indes keinen Anteil gehabt. Durch den Nießbrauch sei die vererbte Immobilie langfristig wirtschaftlich entwertet worden. Insoweit seien die Interessen der bedachten Erben, also der Klägerinnen, mit in die Abwägung aufzunehmen. Diese Interessen verdrängten die Interessen der Beklagten.

(...)

23 II. Die Berufungen der Klägerinnen sind zulässig, aber unbegründet.

24 Hinsichtlich einer auch bezüglich der Klägerin Ziffer 1 eingetretenen Bindungswirkung nach § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit verbundene analoge Anwendbarkeit des § 2287 Abs. 1 BGB nimmt der Senat vollumfänglich Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des LG (...), gegen die zweitinstanzlich nichts erinnert wird.

25 Eine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers kann nicht festgestellt werden. Ein Rückabwicklungsanspruch nach § 2287 Abs. 1 BGB analog in Verbindung mit den §§ 818 ff. BGB besteht daher nicht.

26 Zur Begründung nimmt der Senat auch insoweit Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des LG (...).

27 Zu ergänzen ist lediglich Folgendes:

28 1. Nach feststehender Rechtsprechung ist § 2287 BGB analog auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments anzuwenden, das nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten unwiderprüflich geworden ist (st. Rspr. vgl. nur BGH, Urteil vom 26.11.1975, IV ZR 138/74, BGHZ 66, 8-17 Rdnr. 15). Erforderlich für die Anwendung des § 2287 BGB ist, dass der Erblasser das ihm verbliebene Recht zu lebzeitigen Verfügungen missbraucht hat. Ein solcher Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der von ihm vorgenommenen Schenkung hatte. Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist danach anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint. Ein derartiges Interesse kommt etwa dann in Betracht, wenn es dem Erblasser im Alter um seine Versorgung und ggf. auch Pflege geht oder wenn der Erblasser in der Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung handelt, er etwa mit dem Geschenk einer Person, die ihm in besonderem Maße geholfen hat, seinen Dank abstaten will. Beweispflichtig für die Schenkung ohne rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse ist der Vertrags- bzw. Schlusserbe (BGH, Urteil vom 28.09.2016, IV ZR 513/15, juris Rdnr. 13; Urteil vom 26.11.1975, IV ZR 138/74, BGHZ 66, 8-17 Rdnr. 15).

29 Das Bedürfnis eines alleinstehenden Erblassers nach einer seinen persönlichen Vorstellungen entsprechenden Versorgung und Pflege im Alter ist auch dann ein anzuerkennendes lebzeitiges Eigeninteresse, wenn der Erblasser es dadurch zu verwirklichen sucht, dass er eine ihm nahe stehende Person durch Schenkungen an sich bindet (BGH, Urteil vom 17.06.1992, IV ZR 88/91, juris Rdnr. 14). Es kann auch vorliegen, wenn der Beschenkte ohne rechtliche Bindung Leistungen – etwa zur Betreuung im weiteren Sinne –

übernimmt, tatsächlich erbringt und auch in der Zukunft vornehmen will (BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZR 72/11, juris).

30 Ob und wie ein Anspruch wegen einer missbräuchlichen Schenkung besteht, hängt nach allgemeiner Meinung von einer Gesamtwürdigung aller Umstände ab, etwa dem Wert der Schenkung und dem Vermögen des Erblassers. Eine relativ geringfügige Schenkung wird nicht als missbräuchlich erscheinen (vgl. nur Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2019, § 2287 Rdnr. 17; jurisPK-BGB/Geiger, Stand: 10.11.2021, § 2287 Rdnr. 60; jew. mit zahlreichen Nachweisen).

31 2. Gemessen hieran ist von einem lebzeitigen Eigeninteresse des Erblassers an der vorgenommenen Schenkung auszugehen. Die Klägerinnen können das Gegenteil nicht beweisen.

32 Maßgeblich abzustellen ist bei der Frage des lebzeitigen Eigeninteresses auf den Zeitpunkt der Zuwendung, hier also auf den notariellen Vertragsschluss am 27.06.2007.

33 a) Ausweislich der Vorbemerkung erfolgte die Zuwendung im Zuge der Begründung eines gemeinschaftlichen Hausstandes des Erblassers und der Beklagten in dem streitgegenständlichen Anwesen. Sie war mit der Erwartung „einer gegenseitigen Unterstützung in alten, kranken und gebrechlichen Tagen“ verbunden und an das Fortbestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geknüpft.

34 Dass es dem Erblasser nicht nur um die finanzielle Absicherung seiner Lebensgefährtin gegangen ist, ergibt sich auch aus den glaubhaften Angaben der Beklagten.

35 Bei ihrer Anhörung in erster Instanz hat sie hierzu angegeben, die gegenseitige Unterstützung sei neben der beabsichtigten Absicherung ein weiterer Gesichtspunkt gewesen. Es sei so gedacht gewesen, dass derjenige, der nicht pflegebedürftig sein solle, den anderen Teil unterstützen solle. Was konkret da anfallen würde, hätten sie naturgemäß damals nicht gewusst. Zweitinstanzlich hat sie ausgeführt, der Nießbrauch sei die Idee ihres Lebensgefährten gewesen, da er gewollt habe, dass sie „nicht auf der Straße stehe“. Er habe Sicherheit im Alter gewollt, da er auch schon älter gewesen sei. Sie habe sich stets um den Haushalt gekümmert und ihren Lebensgefährten später, als es ihm gesundheitlich schlechter gegangen sei, etwa zu Ärzten und zur Physiotherapie gefahren.

36 Diese Darstellung lässt sich in Einklang mit den Angaben der Klägerin Ziffer 2 bringen. Sie hat angegeben, sie und ihr Vater hätten ein gutes familiäres Verhältnis gehabt, die Familie sei immer wichtig gewesen. Durch die Beziehung zur Beklagten sei das gute Verhältnis dann etwas eingeschlafen. Das sei bei ihrem Vater aber immer so gewesen. Es sei immer schön gewesen, wenn er sich von einer Frau getrennt habe und dann „voll in die Familie zurückgekommen sei“. Umgekehrt hätten sie sich dann auch gefreut, wenn er wieder eine neue Partnerin gehabt habe und verliebt gewesen sei.

37 Aus den Angaben der Klägerin Ziffer 2 ergibt sich, dass der Erblasser immer dann, wenn er in einer Beziehung ge-

wesen sei, den Kontakt zu seiner Familie stark reduziert und sich auf seine jeweilige Partnerin konzentriert habe. Damit korrespondieren die Angaben der Beklagten, wonach sie sich um ihren Lebensgefährten gekümmert habe. Dies entsprach damit offensichtlich dem Willen des Erblassers, der sich immer dann, wenn er in einer Beziehung lebte, auf seine jeweilige Partnerin verlassen und dies auch so gewollt hat. Damit lässt es sich ohne Weiteres vereinbaren, dass es ihm durch die Einräumung des Nießbrauchsrechts gerade auch darum gegangen war, seine eigene Versorgung zu sichern, solange die Lebensgemeinschaft mit der Beklagten Bestand hat.

38 Damit stellt sich der vereinbarte Nießbrauch nicht nur als bloße Versorgungsleistung zugunsten der Beklagten dar (vgl. zu einer solchen Konstellation OLG Celle, Beschluss vom 15.06.2006, 6 U 99/06, juris Rdnr. 3), vielmehr handelte der Erblasser auch im erheblichen Eigeninteresse, da er sich hierdurch (auch) der Unterstützung seiner Lebensgefährtin in alten und kranken Tagen versicherte.

39 Wie bereits dargelegt, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn es dem Erblasser wie hier im Alter um seine Versorgung und ggf. auch Pflege geht. Es ist dabei ohne Belang, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Zuwendung bereits Unterstützungsbedarf hatte oder nicht. Der Hinweis der Klägerinnen auf das relativ hohe Lebensalter der Beklagten und die damit möglicherweise einhergehende fehlende Fähigkeit zur Erbringung von Pflegeleistungen geht fehl. Selbst wenn die Beklagte nicht zu einer alleinigen Pflege des Erblassers in der Lage gewesen wäre, werden im Rahmen einer Lebensgemeinschaft vielfältige weitere Unterstützungsleistungen auch außerhalb des pflegerischen Bereiches erbracht, was keiner vertieften Erörterung bedarf.

40 b) Soweit die Klägerinnen darauf abstellen, die Beklagte sei keine Pflegeverpflichtung eingegangen, ist dies zutreffend. Die Klägerinnen übersehen aber, dass sich die Frage einer unentgeltlichen Zuwendung schon nicht stellen würde, wenn sich die Beklagte zu bestimmten Leistungen bereits rechtlich verpflichtet hätte. Denn dies wäre als entgeltliche Gegenleistung anzusehen.

41 c) Weiter ist zu sehen, dass der Erblasser der Beklagten nur den Nießbrauch zugewandt hat, das Grundstück selbst also nach dem Tod der Beklagten an die Klägerinnen als Schlusserben fällt. Die Entziehung aus dem (gebundenen) Erblasservermögen ist also zeitlich begrenzt. Damit mag der Wert der Erbschaft zu Lebzeiten der Beklagten maßgeblich verringert sein, dies aber nur vorübergehend. Daher erscheint der Wert der Zuwendung auch nicht unverhältnismäßig. Der Wille des Erblassers, seiner Lebensgefährtin den Nießbrauch an der gesamten Immobilie und nicht nur an dem von ihr bewohnten Teil einzuräumen, ist zu respektieren. Die Frage, ob auch eine andere Regelung hätte getroffen werden können, stellt sich nicht.

42 d) Die Verknüpfung der Zuwendung an das Fortbestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit entsprechender Kündigungsmöglichkeit des Erblassers im Fall des Scheiterns ist logische Folge der vertraglichen Regelung



und benachteiligt die Klägerinnen nicht über Gebühr. Es liegt auf der Hand, dass im Fall des Scheiterns der Lebensgemeinschaft die Erwartung des Erblassers an einer gegenseitigen Unterstützung ebenso entfallen wäre. Nach dem Tod des Erblassers während des Fortbestehens der Lebensgemeinschaft stellt sich die Situation grundsätzlich anders dar, denn seine diesbezügliche Erwartung ist offensichtlich erfüllt worden. Eine Kündigungsmöglichkeit für die Erben in dem nun eingetretenen Fall würde die beabsichtigte Regelung geradezu konterkarieren.

43 e) Soweit die Klägerinnen auf die Immobilie in Spanien abheben, vermögen sie hiermit nicht durchzudringen. Es handelt sich hierbei um Geschehnisse, die sich zeitlich nach dem Abschluss der streitgegenständlichen Vereinbarung zugetragen haben, weswegen hieraus keine zwingenden Rückschlüsse auf die Motivation des Erblassers zum maßgeblichen Zeitpunkt der Schenkung gezogen werden können. Sollte die Beklagte – wie klägerseits behauptet – zu Unrecht den Miteigentumsanteil des Erblassers an der Immobilie in Spanien dem Nachlass entzogen haben, kann dies keine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers zum maßgeblichen Zeitpunkt beweisen. Selbst wenn der Erblasser einen Kredit i. H. v. 15.000 € zur Renovierung der Immobilie in Spanien aufgenommen hätte, ließe dies keinen entsprechenden indiziellen Rückschluss zu.

(...)

12. Stillschweigende Enterbung durch Pflichtteilsanrechnungsklausel in Übertragungsvertrag

OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.08.2022, 3 W 55/22

BGB §§ 133, 1938, 2231, 2315, 2325, 2329

RPfIG § 16 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 RPFfIG

LEITSÄTZE:

- 1. In der unentgeltlichen Zuwendung eines Vermögenswertes in einem notariellen Überlassungsvertrag, die „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“ erfolgt, kann zugleich eine Enterbung mit bloßer Pflichtteilsberechtigung liegen. Entscheidend ist der im Auslegungsweg zu ermittelnde Erblasserwille, ob mit der Zuwendung zugleich auch eine Enterbung des Empfängers gewünscht war und im Übergabevertrag festgelegt werden sollte. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Zwangsläufig ist eine solche Auslegung nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Erblasserin verstarb am 30.01.2021. Zum Zeitpunkt ihres Todes war sie verwitwet. Aus der einzigen Ehe mit A (...) Z (...) gingen vier gemeinschaftliche Kinder hervor, die Beteiligten zu 1 bis 3, sowie der Sohn K(...) Z(...), der am 08.03.2021 nachverstorben ist. Im vorliegenden Ver-

fahren beantragt der Beteiligte zu 1 einen Erbschein, der die vier Kinder der Erblasserin zu je ¼ als gesetzliche Erben ausweist.

2 Die Erblasserin übertrug mit notariellem Überlassungsvertrag vom 17.06.1993 das in ihrem Eigentum stehende, im Grundbuch von (...), Blatt 21 eingetragene Grundstück in einer Größe von insgesamt 3450 m², eingetragene Nutzungsart Hof- und Gebäudefläche sowie Gartenland, gelegen in der (...) in (...) unentgeltlich auf den Beteiligten zu 1.

3 In Ziffer IX. der Urkunde heißt es:

„Die Überlassung erfolgt im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf den Pflichtteil des Erwerbers am künftigen Nachlass des Veräußerers.“

Die Erschienenen zu 3. bis 6. [Anmerkung: richtig 3. bis 5., die weiteren Kinder der Erblasserin] verzichten für sich und ihre Nachkommen hiermit gegenständlich beschränkt auf die vorstehende Überlassung auf ihr Pflichtteilsrecht am künftigen Nachlass der Erschienenen zu 1. Die Erschienenene zu 1. nimmt den Verzicht jeweils entgegen und an.“

4 Die Rechtspflegerin des Nachlassgerichts hat die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, mit Beschluss vom 02.12.2021 für festgestellt erachtet und hierbei ausgeführt, es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten, da eine Verfügung von Todes wegen nicht vorhanden sei.

5 Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 2. mit seiner Beschwerde, mit der er einwendet, Ziffer IX. des Überlassungsvertrages stelle eine Verfügung von Todes wegen dar, mit der der Antragsteller von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen worden sei.

6 Die Rechtspflegerin hat daraufhin die Sache unter Hinweis darauf, dass es sich bei der Regelung in Ziffer IX. des Überlassungsvertrages um eine Verfügung von Todes wegen handeln könnte, der Nachlassrichterin vorgelegt. Nachdem diese mit Verfügung vom 05.04.2022 unter Hinweis auf § 16 Abs. 3 RPFfIG und dem Hinweis, dass es sich nicht um eine letztwillige Verfügung handeln dürfe, die Sache der Rechtspflegerin zur weiteren Bearbeitung wieder vorgelegt hat, hat diese mit Beschluss vom 06.04.2022 der Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

7 II. Die nach §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

8 1. Der angefochtene Beschluss leidet nicht bereits an einem zu seiner Unwirksamkeit führenden Verfahrensfehler. Die Rechtspflegerin war, obwohl der Senat davon ausgeht, dass eine letztwillige Verfügung vorliegt (dazu unter Ziffer 2.) berechtigt, den Feststellungsbeschluss zu treffen. Zwar ist gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPFfIG die Erteilung von Erbscheinen – soweit eine Verfügung von Todes wegen vorliegt – dem Richter vorbehalten. Auch in diesem Fall kann der Richter die Erteilung des Erbscheins dem Rechtspfleger übertragen, wenn deutsches Erbrecht anzuwenden ist und der Erb-

schein aufgrund gesetzlicher Erbfolge zu erteilen ist (§ 16 Abs. 3 Satz 1 RPfIG). Die Nachlassrichterin hat die Sache nach Vorlage durch die Rechtspflegerin dieser durch Verfügung vom 05.04.2022 ausdrücklich zugeschrieben und damit von ihrer Befugnis nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 RPfIG Gebrauch gemacht. Daran war die Rechtspflegerin nach § 16 Abs. 3 Satz 2 RPfIG gebunden (vgl. Senatsbeschluss vom 14.05.2013, 3 W 20/13; OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.2011, I-15 Wx 332/10, juris).

9 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

10 Der beantragte Erbschein kann so nicht erteilt werden, da der Beteiligte zu 1. nicht (Mit-)Erbe der Erblasserin geworden ist.

11 Er wurde durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen (§ 1938 BGB).

12 Ziffer IX. 9 Abs. 1 des Überlassungsvertrages ist dahin gehend auszulegen (§ 133 BGB), dass der Beteiligte zu 1. nichts mehr aus dem Nachlass erhalten sollte, also nach § 1938 BGB enterbt werden sollte.

13 a) Der notarielle Überlassungsvertrag genügt den Anforderungen, die an ein ordentliches Testament nach § 2231 Nr. 1 BGB zu stellen sind. Dass der Überlassungsvertrag nicht auch als Testament bezeichnet worden ist, steht dem nicht entgegen.

14 Auch nach der Rechtsprechung des BGH kann in der unentgeltlichen Zuwendung eines Vermögenswertes in einem notariellen Überlassungsvertrag, die „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“ erfolgt, zugleich eine Enterbung mit bloßer Pflichtteilsberechtigung liegen (BGH, Urteil vom 27.01.2010, IV ZR 91/09). Entscheidend ist der im Auslegungsweg zu ermittelnde Erblasserwille, ob mit der Zuwendung zugleich auch eine Enterbung des Empfängers gewünscht war und im Übergabevertrag festgelegt werden sollte (BGH, a. a. O.).

15 b) Der Wille der Erblasserin, in dem notariellen Überlassungsvertrag zugleich eine Verfügung von Todes wegen zu treffen, ergibt sich hier aus dem Inhalt der Ziffer IX. Abs. 1 des Überlassungsvertrages. In dieser kommt der Wille der Erblasserin, ihren Sohn R (...) von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, eindeutig zum Ausdruck.

16 aa) Die Erblasserin hat die Enterbung in der Urkunde zwar nicht wörtlich angeordnet.

17 Die Enterbung muss aber nicht eindeutig in dem Testament erklärt werden. Eine stillschweigende Enterbung ist möglich, wenn der Ausschließungswille eindeutig zum Ausdruck kommt (OLG Hamm, ZEV 2012, 314; OLG München, ZEV 2001, 153, 154). In dem Fall ist dann durch Auslegung des Testaments zu ermitteln, welchen Willen der Erblasser hatte (Burandt/Rojahn/*Große-Boymann*, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 1938 BGB Rdnr. 3). Wie bei jedem sonstigen Inhalt einer letztwilligen Verfügung muss jedoch auch insoweit die Bedeutung der Erklärung mit der notwendigen Sicherheit feststehen (vgl. Staudinger/*Otte*, Neub. 2017, § 1938 Rdnr. 7; Erman/*Lieder*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1938 Rdnr. 1).

18 bb) Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1993, 150 Rdnr. 10 f.) ist bei der Auslegung eines jeden Testaments der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, § 133 BGB. Dabei darf sich der Richter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können. Dabei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass der Sprachgebrauch nicht immer so exakt ist oder sein kann, dass der Erklärende mit seinen Worten genau das unmissverständlich wiedergibt, was er zum Ausdruck bringen wollte. Gerade deshalb ordnet § 133 BGB an, den Wortsinn der benutzten Ausdrücke unter Heranziehung aller Umstände zu hinterfragen. Nur dann kann die Auslegung der Erklärung durch den Richter gerade die Bedeutung auffinden und ihr die rechtliche Wirkung zukommen lassen, die der Erklärende seiner Willenserklärung wirklich beilegen wollte (KG, Beschluss vom 04.09.2015, 6 W 100/15).

19 cc) Dies zugrunde gelegt, ergibt die Auslegung hier, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 1. enterbt hat (§ 1938 BGB).

20 In Ziffer IX. des Überlassungsvertrages kommt der Ausschließungswille unzweideutig zum Ausdruck und damit sind die Voraussetzungen für eine „stillschweigende Enterbung“ gegeben (BayObLG, Beschluss vom 02.03.1992, BReg. 1 Z 46/91, BeckRS 1992, 5835).

21 Die Erblasserin bestimmt in Ziffer IX. Abs. 1 des Überlassungsvertrages nicht nur, dass die Zuwendung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgt, sondern zusätzlich die Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil erfolgen soll. Aus dieser Formulierung der Klausel, die sich nicht auf eine Anrechnung der Zuwendung auf den Erbeil beschränkt, sondern ausdrücklich eine Anrechnung (auch) auf den Pflichtteil anordnet, lässt sich der Wille entnehmen, dass dem Beteiligten allenfalls der Pflichtteil verbleiben sollte. Geht ein Erblasser, wie vorliegend der Fall, aber davon aus, dass ein gesetzlicher Erbe nur den Pflichtteil erhalten soll, kann darin eine Enterbung gemäß § 1938 BGB gesehen werden (jurisPK-BGB/M. *Schmidt*, Stand: 03.04.2020, § 1938 Rdnr. 6; Staudinger/*Otte*, § 1938 Rdnr. 7). Die Beschränkung auf den Pflichtteil setzt nämlich voraus, dass der Beteiligte nicht gesetzlicher Erbe geworden ist. Zwangsläufig ist diese Auslegung zwar nicht. Hier sprechen aber noch weitere Umstände für eine Enterbung des Beteiligten zu 1. Die Verfügung enthält Anordnungen, die nur den Pflichtteilsberechtigten betreffen, nämlich die Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil nach § 2315 Abs. 1 BGB. Auch daraus ergibt sich der Wille der Erblasserin, dass der Beteiligte zu 1, soweit rechtlich möglich, als Erbe ausgeschlossen werden sollte. Darüber hinaus streitet für den Willen der Erblasserin, den Beteiligten zu 1 von der Erbfolge auszuschließen, auch Ziffer IX. Abs. 2 des Überlassungsvertrages, in dem die anderen Kinder der Erblasserin für sich und ihre Nachkommen (zulässigerweise, vgl.



hierzu Grüneberg/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 15) gegenständlich beschränkt auf ihr Pflichtteilsrecht am zukünftigen Nachlass der Erblasserin verzichtet haben und die Erblasserin diesen Verzicht angenommen hat. Dies bedeutet, dass für die weiteren Kinder der Erblasserin etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche im Hinblick auf die (schenkweise) Übertragung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 1 nach §§ 2325, 2329 BGB ausgeschlossen sind. Auch dies spricht dafür, dass der Beteiligte 1 zwar keinen Pflichtteilsergänzungsansprüchen seiner Geschwister ausgesetzt sein sollte und ihm das Hausgrundstück verbleiben sollte, er aber nicht darüber hinaus auch noch als gesetzlicher Erbe am Nachlass der Erblasserin partizipieren sollte.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim am Rhein

1. Die Anrechnung auf den Pflichtteil ist keine Enterbung des Beschenkten!

Der in dem Beschluss vertretene Auslegung kann nicht gefolgt werden.¹ Es handelt sich bei der Anrechnung einer lebzeitigen Zuwendung auf den Pflichtteil gemäß § 2315 Abs. 1 BGB um eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung, also um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden,² und nicht um eine letztwillige Verfügung.³ Bevor also der Senat zur Auslegung einer Verfügung von Todes wegen kommen kann, hätte er zuerst neben der ordnungsgemäßen Testamentsform, die sicher vorgelegen hat, einen Testierwillen feststellen müssen. Bei nicht den Gepflogenheiten für Testamente entsprechenden Schriftstücken sind an den Nachweis des Testierwillens strenge Anforderungen zu stellen. Es muss außer Zweifel stehen, dass der Erblasser die von ihm erstellte Urkunde als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen oder zumindest das Bewusstsein hatte, sie könnte als solche angesehen werden.⁴ Die Frage wird in der Rechtsprechung gelegentlich bei handschriftlich errichteten Vollmachten diskutiert, aber im Ergebnis regelmäßig verneint.⁵ Hier liegt aber ein von einem Notar beurkundetes lebzeitiges Rechtsgeschäft vor. Von einem Testament war offensichtlich in der gesamten Urkunde nirgends die Rede. Er müsste also etwas komplett anderes beurkundet haben, als die Beteiligten gewollt haben. Eine derart krasse *falsa demonstratio* bei notariell beurkundeten Rechtsgeschäften ist mehr als ungewöhnlich. Der Notar

1 So auch *Litzenburger*, ZEV 2023, 32; *Lotte*, DNotZ 2023, 305.

2 Oder zumindest ein Teil davon.

3 Grüneberg/*Weidlich*, 82. Aufl. 2023, § 2315 Rdnr. 4.

4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.07.2014, I-3 Wx 95/13, FamRZ 2015, 700; OLG München, Beschluss vom 25.09.2008, 31 Wx 42/08, NJW-RR 2009, 16; BayObLG, Beschluss vom 15.09.2000, 1 Z BR 75/00, NJW-RR 2001, 297; *Lotte*, DNotZ 2023, 301.

5 Zum Beispiel OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.06.2015, 20 W 155/15, ErbR 2015, 618; dazu Grüneberg/*Weidlich*, § 2247 Rdnr. 5.

müsste dabei den Testierwillen total übersehen haben. Das ist kaum denkbar.

2. Keine Parallele zu BGH, Urteil vom 27.01.2010⁶

Das OLG Brandenburg stützt sich dabei zu Unrecht auf das Urteil des BGH vom 27.01.2010, IV ZR 91/09.⁷ Dort ging es um die Auslegung der Klausel „in vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“, und zwar allein darum, ob diese Formulierung als Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB, als Ausgleichung nach § 2050 Abs. 3 BGB oder als Kombination beider Anordnungen zu verstehen sei. Einige Textpassagen können aber in der Tat leicht falsch verstanden werden, weil der BGH für die Auslegung u. a. darauf abstellt, ob der Erblasser auch eine Enterbung des Empfängers gewünscht hatte, was für eine Anrechnung sprechen würde.⁸ Neben dem Übergabevertrag lag im damals entschiedenen Fall aber noch ein mit eigenständiger Urkunde errichtetes Testament vor, sodass der BGH überhaupt nicht erörtert hatte, ob und wie weit der Übergabevertrag selbst als Verfügung von Todes wegen auszulegen war.⁹ In der Tat ist der Begriff der vorweggenommenen Erbfolge auslegungsbedürftig, aber es stellt sich nicht die Frage der rechtlichen Einordnung als lebzeitiges Rechtsgeschäft oder als Verfügung von Todes wegen; der Senat zog das Testament nur als Auslegungshilfe mit heran.

3. Gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht der anderen Kinder kein Indiz für Testierwillen

Auch die gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht der anderen Kinder stellen kein Indiz für einen Testierwillen dar. Nach heute allgemeiner Auffassung handelt es sich bei einem Pflichtteilsverzicht um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und nicht etwa um eine Verfügung von Todes wegen.¹⁰ Der Zuwendungsempfänger sollte damit im vorliegenden Fall lediglich vor Pflichtteilsergänzungsansprüchen seiner Geschwister geschützt werden. Dieser Schutz ist sinnvoll, gleich ob der Beschenkte Erbe wird oder nicht. Im Übrigen deutet der ausdrücklich nur auf den übergebenen Grundbesitz beschränkte Verzicht darauf hin, jedenfalls keine umfassende Nachlassregelung zu wollen, spricht also ebenfalls gerade gegen eine vollständige Enterbung des Erwerbers.¹¹

4. Motive des Gerichts?

Es fragt sich daher, wie das Gericht auf diese sehr gewagte Auslegung des Übergabevertrages kam. Das lässt sich nur vermuten. Möglicherweise stellte die übertragene Immobilie den Großteil des Vermögens des Erblassers dar,

6 ZEV 2010, 190 m. Anm. *Keim* = MittBayNot 2011, 153.

7 MittBayNot 2011, 153.

8 BGH, Urteil vom 27.01.2010, IV ZR 91/09, ZEV 2010, 190, 191 Rdnr. 20 sowie im 2. Leitsatz.

9 ZEV 2010, 190, 191 Rdnr. 15.

10 Grüneberg/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 5.

11 *Litzenburger*, ZEV 2023, 32.

sodass eine weitere Nachlassbeteiligung des Zuwendungsempfängers als ungerecht empfunden wurde. Vielleicht brachten die übrigen Geschwister auch glaubhaft vor, der Erblasser habe gedacht, mit der Übergabe sei der Erwerber automatisch endgültig abgefunden und habe daher irrtümlich versäumt, ein enterbendes Testament zu errichten. Das OLG hat daher sicher absolut hehre Ziele verfolgt. Zu einem gerechten Ergebnis hätte man in diesem Fall aber auch durch eine naheliegende Auslegung des in der Übergabeurkunde enthaltenen Begriffs der „vorweggenommenen Erbfolge“¹² gelangen können. Denn nach der oben zitierten BGH-Entscheidung vom 27.01. 2010 liegt darin regelmäßig eine Ausgleichsordnung unter den Abkömmlingen nach § 2050 Abs. 3 BGB.¹³ Diese hätte zur Folge, dass neben der Anrechnung auf den Pflichtteil im Rahmen der Erbauseinandersetzung unter den Geschwistern die Übergabe auszugleichen wäre, was im Extremfall dazu führen kann, dass der Beschenkte, obwohl er Erbe bleibt, aus dem Restnachlass nichts mehr erhält, vgl. § 2056 Satz 2 BGB. Das lässt aber die Erbfolge selbst unberührt, sodass das Erbscheinsverfahren nicht der geeignete Ort ist, um der Gerechtigkeit auf diese Weise zum Durchbruch zu verhelfen.

5. Konsequenzen für die Formulierung von Übergabeverträgen?

Klar ist, dass allein die Verwendung des Begriffes der „vorweggenommenen Erbfolge“ nicht ausreicht, um eine Anrechnung auf den Pflichtteil oder eine Ausgleichung gegenüber weiteren Abkömmlingen in eindeutiger Weise anzuordnen. Es muss vielmehr eindeutig festgelegt werden, ob eine Anrechnung auf den Pflichtteil und/oder eine Ausgleichung unter Abkömmlingen erfolgen soll.¹⁴ Auch könnte man unter Umständen die Beteiligten darauf hinweisen, dass die Anrechnung auf den Pflichtteil – wie übrigens auch der Pflichtteilsverzicht – nur Wirkungen erzeugt, wenn der Übergeber zusätzlich eine enterbende Verfügung von Todes wegen errichtet. Ansonsten meine ich, dass in Anbetracht der klaren gesetzlichen Regelung Formulierungen wie „Diese Übertragung ist keine enterbende Verfügung von Todes wegen“ auch nach diesem Beschluss nicht angebracht sind und erst recht keine Pflicht des Notars dazu besteht.¹⁵ Schließlich verlangt man von einem Viehhändler auch nicht, er müsse den Kunden darüber aufklären, dass es sich bei dem verkauften Pferd nicht um eine Kuh handelt.

12 Vom OLG Brandenburg hier (Rdnr. 21) fälschlicherweise (aber m. E. durchaus verzeihlich) als „Anrechnung auf den Erbeil“ bezeichnet.

13 ZEV 2010, 190.

14 *Keim*, ZEV 2010, 192, 193; dazu umfassend *Fröhler*, BWNNotZ 2010, 94.

15 Ebenso *Litzenburger*, ZEV 2023, 33; denkbar wäre nach *Litzenburger*, ZEV 2023, 33 und *Lotte*, DNotZ 2023, 305, 307 künftig, um weitere Missverständnisse zu vermeiden, eine Anrechnung auf einen „etwaigen“ Pflichtteil vorzusehen – warum nicht?

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

13. Gerichtliche Bestimmung eines Versammlungsleiters für einzelne Tagesordnungspunkte

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.06.2023, I-3 Wx 83/23, mitgeteilt von Prof. Dr. Jürgen Kühnen, Richter am OLG Düsseldorf

AktG § 122 Abs. 3 Satz 1 und 2

LEITSÄTZE:

1. Das Gericht kann die antragstellenden Aktionäre, deren Verlangen auf Einberufung einer Hauptversammlung nicht entsprochen worden ist, ermächtigen, die Hauptversammlung einzuberufen oder den Gegenstand der Versammlung bekanntzumachen. In einem solchen Fall kann das Gericht zugleich den Vorsitzenden der Versammlung bestimmen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die isolierte Bestimmung eines Versammlungsleiters ist über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zuzulassen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. In gleicher Weise ist eine isolierte Bestimmung des Versammlungsleiters zuzulassen, wenn zwar dem Verlangen der Aktionäre auf Einberufung einer Hauptversammlung oder auf Aufnahme bestimmter Tagesordnungspunkte freiwillig entsprochen wird, sich aber aus anderen Umständen konkrete und stichhaltige Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung der Hauptversammlung ergeben. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

I.

(...)

11 II. Die zulässige Beschwerde hat Erfolg.

12 A. Der Rechtsbehelf der Beteiligten zu 1 ist zulässig. Dem Rechtsschutzbedürfnis an der gerichtlichen Bestellung eines Versammlungsleiters steht nicht entgegen, dass die Beteiligte zu 1 aktuell nur noch einen Geschäftsanteil von 0,04 % an der Beteiligten zu 2 hält und wegen des erheblichen Anteils an Aktien im Streubesitz rechnerisch auch dann überstimmt werden kann, wenn das Stimmverbot der Hauptaktionärin beachtet wird. Die Beachtung des Stimmverbots bliebe für das Abstimmungsergebnis von vornherein nur dann bedeutungslos, wenn eine hinreichende Anzahl der Streubesitz-Aktionäre an der Hauptversammlung und insbesondere an der Abstimmung zu den Tagesordnungspunkten 7 bis 9 teilnehmen. Das ist indes völlig unklar. Dass die Antragstellerin – wie die Beteiligte zu 2 in ihrer Antragserwiderung (...) vorträgt – in der Hauptversammlung vom 21.10.2021 mit einem Antrag ohne Beteiligung der Hauptaktionärin alleine mit den Stimmen der Streubesitz-Aktionäre abgewiesen worden ist, bedeutet nicht, dass an

der Hauptversammlung vom 22.06.2023 Streubesitz-Aktionäre in vergleichbarer Anzahl teilnehmen werden und diese bei den Tagesordnungspunkten 7 bis 9 erneut dem Standpunkt der Beteiligten zu 1. Widersprechen werden.

13 B. Die Beschwerde ist auch begründet.

14 Auf den Antrag der Beteiligten zu 1 ist für die anstehende Hauptversammlung der Beteiligten zu 2 Rechtsanwalt (...) als neutraler Versammlungsleiter zu bestimmen. Zur Wahrung der Rechte der Beteiligten zu 1 ist diesem allerdings nur die Versammlungsleitung zu den Tagesordnungspunkten 7 bis 9 zu übertragen.

15 1. Gemäß § 122 Abs. 3 Satz 1 AktG kann das Gericht die antragstellenden Aktionäre, deren Verlangen auf Einberufung einer Hauptversammlung nicht entsprochen worden ist, ermächtigen, die Hauptversammlung einzuberufen oder den Gegenstand der Versammlung bekanntzumachen. Nach § 122 Abs. 3 Satz 2 AktG kann das Gericht in einem solchen Fall zugleich den Vorsitzenden der Versammlung bestimmen. Die isolierte – d. h. von einer Ermächtigung nach § 122 Abs. 3 Satz 1 AktG losgelöste – Bestimmung des Versammlungsleiters durch das Gericht sieht das Gesetz nach seinem Wortlaut nicht vor. Gleichwohl besteht weitgehende Einigkeit, dass die Vorschrift des § 122 Abs. 3 Satz 2 AktG über ihren Wortlaut hinaus anzuwenden ist. Zum einen kann die Bestimmung des Versammlungsleiters entgegen dem Wortlaut der Norm („zugleich“) zeitlich auch noch nach der Ermächtigung bestimmt werden (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 16.12.2011, 11 W 89/11 m. w. N.; Wachter/Heckschen/Löffler/Reull/Stelmaszczyk, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, Rdnr. 1082). Darüber hinaus wird zu Recht eine entsprechende Anwendung des § 122 Abs. 3 Satz 2 AktG befürwortet, wenn die Aktiengesellschaft einem Begehren auf Einberufung einer Hauptversammlung nur unter Druck nachkommt, etwa erst nachdem ein Antrag nach § 122 Abs. 3 Satz 1 AktG eingereicht oder angekündigt worden ist (OLG Hamburg, Beschluss vom 16.12.2011, 11 W 89/11; Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 122 Rdnr. 18; Marsch-Barner/Schäfer/Marsch-Barner/von der Linden, Handbuch börsennotierte Ag, 5. Aufl. 2022, Rdnr. 35.28; MünchKomm-AktG/Kubis, 5. Aufl. 2022, § 122 Rdnr. 173; Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 122 Rdnr. 30). Begründet wird diese Analogie mit der Erwägung, dass in einem solchen Fall Zweifel an der Kooperationsbereitschaft der Gesellschaft nicht auszuschließen seien (Grigoleit/Herrler, AktG, § 122 Rdnr. 18). In gleicher Weise ist eine isolierte Bestimmung des Versammlungsleiters zuzulassen, wenn zwar dem Verlangen der Aktionäre auf Einberufung einer Hauptversammlung oder – wie hier – auf Aufnahme bestimmter Tagesordnungspunkte freiwillig entsprochen wird, sich aber aus anderen Umständen konkrete und stichhaltige Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung der Hauptversammlung ergeben. Für die Wahrung der Rechte der betroffenen Aktionäre in der Hauptversammlung ist es nämlich unerheblich, ob das Misstrauen in eine vorschriftmäßige und unparteiische Durchführung der Versammlung daraus resultiert, dass ihre Belange erst unter dem Druck eines angedrohten oder eingeleiteten Ermächtigungsverfahrens nach § 122 Abs. 3

Satz 1 AktG zur Geltung gebracht werden oder ob sich die ernsthaften Bedenken gegen eine unvoreingenommene und korrekte Durchführung der Hauptversammlung aus anderen belastbaren Indizien ergeben. In dem einen wie in dem anderen Fall kann es zur Gewährleistung einer vorschriftsmäßigen Hauptversammlung notwendig sein, gerichtlich einen neutralen Versammlungsleiter zu bestimmen. Der Senat teilt aus diesem Grund die Ansicht, dass ein Versammlungsleiter in entsprechender Anwendung des § 122 Abs. 3 Satz 2 AktG auch ohne den Erlass einer Ermächtigungsanordnung nach § 122 Abs. 3 Satz 1 AktG dann bestimmt werden kann, wenn belastbare Anhaltspunkte die dringende Annahme nahelegen, dass der satzungsmäßig berufene Versammlungsleiter die Hauptverhandlung nicht dem Gesetz entsprechend, unvoreingenommen und unparteiisch leiten wird (OLG Hamburg, Beschluss vom 16.12.2011, 11 W 89/11; BeckOGK-AktG/Rieckers, § 122 Rdnr. 72; Koch, AktG, § 122 Rdnr. 30; Theusinger/Schilha, NZG 2016, 56, 58).

(...)

14. Wirtschaftliche Neugründung einer Gesellschaft

KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 48/22

GmbHG § 8 Abs. 2, § 54 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Von einer wirtschaftlichen Neugründung ist auszugehen, wenn die Kapitalgesellschaft eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann**
- 2. Ein wirtschaftliche Neugründung ist gegenüber dem Registergericht offenzulegen und der Geschäftsführer hat mit der Anmeldung der weiteren Eintragungsgegenstände entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2, 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – in seiner freien Verfügung befindet.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die seit dem 24.02.2022 im Handelsregister des AG Charlottenburg, Abteilung B, eingetragene Beteiligte, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die die Eintragung ihrer am 30.03.2022 angemeldeten Änderungen der Firma sowie des Unternehmensgegenstands begehrt.

2 Die ursprünglich seit dem 10.07.2003 gemäß ihrem vor-maligen Sitz in K im Handelsregister des AG Rostock, Abteilung B, eingetragene Beteiligte, verlegte Anfang des

Jahres 2022 ihren Sitz nach Berlin. In der Gesellschafterversammlung vom 19.01.2022, in der die Sitzverlegung beschlossen wurde, wurde zugleich die Bestellung des Herrn AD zum Geschäftsführer sowie die Entpflichtung der bis zu diesem Zeitpunkt geschäftsführenden Gesellschafter, der Herren HF und AS, beschlossen. Eine in den Registerordner aufgenommene Gesellschafterliste vom 25.02.2022 weist Herrn AD zudem als Alleingesellschafter der Beteiligten aus.

3 Mit notariell beglaubigter elektronischer Erklärung vom 30.03.2022 meldete der zwischenzeitlich als Geschäftsführer eingetragene Herr AD die Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstandes zur Eintragung an. Beigefügt war der notariell beurkundete Gesellschafterbeschluss von diesem Tag, demzufolge die Firma der Gesellschaft nicht mehr „F GmbH“, sondern „D GmbH“ lauten sollte und der Gegenstand des Unternehmens statt „die Konstruktion, die Produktion und die Montage von Wintergarten und Wintergartenanlagen; der Vertrieb von Zubehör für Wintergärten; alle mit dieser Produktion im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten“ die „sonstige Verwaltung und Führung von Unternehmen und Betrieben“ sein sollte.

4 Mit Schreiben vom 19.04.2022 wies das Registergericht darauf hin, dass die Summe der erkennbaren Umstände, insbesondere Firmen- und Gegenstandsänderung, darauf schließen ließe, dass ein Fall einer wirtschaftlichen Neugründung in der Form der Mantelverwendung gegeben sei. Die wirtschaftliche Neugründung sei offenzulegen und die Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG abzugeben. Einzureichen sei daher eine auf das Ende des letzten Wirtschaftsjahres aufgestellte und durch die Geschäftsführung unterzeichnete Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung.

5 Mit Schreiben vom 30.05.2022 setzte das AG der Beteiligten zu 1 eine Frist zur Einreichung von zwei Wochen, die fruchtlos verstrich, und wies die Anmeldung mit Beschluss vom 27.06.2022 zurück, der am 29.06.2022 zugestellt wurde. Der hiergegen durch den die Anmeldung einreichenden Notar eingelegten Beschwerde vom 30.06.2022, der eine auf den Dezember 2021 bezogene Summen- und Saldenliste der Gesellschaft beigefügt war, half das AG mit Beschluss vom 08.08.2022 nicht ab. Der vom Registergericht zuvor erteilte Hinweis im Schreiben vom 18.07.2022, erforderlich sei eine auf das Ende des letzten Wirtschaftsjahres aufgestellte und durch die Geschäftsführung unterzeichnete Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung nicht vorgelegt worden sei, blieb unberücksichtigt.

6 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

7 1. Die Beschwerde vom 30.06.2022, für die der einreichende Notar nicht der in der Verfügung vom 15.08.2022 mitgeteilten Auslegung des Senats entgegengetreten ist, er habe sie im Namen der Gesellschaft eingelegt, ist zulässig. Sie ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft sowie form- und fristgerecht erhoben (§ 64 Abs. 2, § 63 Abs. 1 FamFG). Der Beschluss vom 27.06.2022 wurde am 29.06.2022 zugestellt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist am 30.06.2022 eingegangen.

8 Die Beteiligte ist auch unmittelbar in ihren eigenen Rechten im Sinne des § 59 Abs. 1, 2 FamFG beeinträchtigt, da die Zurückweisung der Anmeldung ihre Firma und ihren Unternehmensgegenstand betrifft. Auch der Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG ist erreicht. Maßgebend ist insoweit die wirtschaftliche Bedeutung, die bei Kapitalgesellschaften in der Regel mit einem über den nach § 61 Abs. 1 FamFG hinausgehenden Wert zu bemessen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 17.01.2022, 22 W 79/21, n. v.).

9 2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Zurückweisung der Anmeldung vom 30.03.2022 durch Beschluss vom 27.06.2022 in der Form des Nichtabhilfebeschlusses vom 08.08.2022 ist nicht zu beanstanden. Da der Geschäftsführer der Beteiligten keine Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG vorgelegt hat und die wirtschaftliche Neugründung nicht anlässlich der Anmeldung offengelegt hat (*Gustavus/Melchior/Böhringer*, Handelsregisteranmeldungen, VII. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), 101 Wirtschaftliche Neugründung einer GmbH, S. 248), war die Eintragung entsprechend § 9c Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 2, 3 GmbHG abzulehnen.

10 Mit der Anmeldung der Veränderung der Firma und des Gesellschaftsgegenstands war der Geschäftsführer der Beteiligten verpflichtet, entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2, 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – in seiner freien Verfügung befindet (BGH, Beschluss vom 07.07.2003, II ZB 4/02, juris Rdnr. 7, 6; *Gustavus/Melchior/Böhringer*, Handelsregisteranmeldungen, VII. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), 101 Wirtschaftliche Neugründung einer GmbH, S. 248, (a.)). Dies hat der Geschäftsführer der Beteiligten entgegen der Auflage des Registergerichts nicht getan. Die von ihm mit der Beschwerde eingereichte Summen- und Saldenliste bestätigt nicht, dass die Beteiligte noch ein Unternehmen führte. Im Gegenteil ergibt sich daraus, dass dies im Dezember 2021 nicht der Fall war (b.).

11 a. Grundsätzlich hat das Registergericht die Eintragungsfähigkeit einer Anmeldung allein auf Grundlage der vorzulegenden Unterlagen zu prüfen. Erst wenn sich Anhaltspunkte ergeben, die eine weitere Prüfung erfordern, darf es insoweit ermitteln (§ 26 FamFG) und auch weitere Nachweise erfordern (Senat, Beschluss vom 27.04.2022, 22 W 19/22, n. v.). So liegt der Fall hier.

12 Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 07.07.2003, II ZB 4/02, juris Rdnr. 7; Beschluss vom 18.01.2010, II ZR 61/09, juris Rdnr. 6; vgl. auch Senat, Beschluss vom 27.04.2022, 22 W 19/22, n. v.) sind die Regeln der sog. „wirtschaftlichen Neugründung“ anwendbar, wenn die Gesellschaft eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann. Auf diese Weise soll im Sinne eines wirksamen Gläubigerschutzes die Umgehung von Gründungsvorschriften vermieden werden. Dies hätte sonst zur Folge,



dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht gewährleistet ist. Indizien hierfür können sein, dass die Firma oder der Unternehmensgegenstand geändert, der Sitz verlegt, die Geschäftsführung ausgetauscht und bzw. oder die Geschäftsanteile veräußert werden, wobei diese Umstände mit einer wirtschaftlichen Neugründung einer Mantelgesellschaft einhergehen können, aber nicht müssen (BGH, Beschluss vom 07.07.2003, II ZB 4/02, juris Rdnr. 17; *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 350, 350).

13 So liegt der Fall hier. Die Beteiligte hat nicht dargelegt, dass es sich bei den seit Anfang des Jahres 2022 in die Wege geleiteten Veränderungen nicht lediglich um eine wirtschaftliche Neuausrichtung handelte. Im Gegenteil lassen sämtliche durch die Beteiligte nicht entkräfteten Indizien den Schluss zu, dass ein Fall der wirtschaftlichen Neugründung in der Form der Mantelverwendung vorlag. Nicht nur wurden die Geschäftsanteile der Beteiligten veräußert und die Geschäftsführung ausgetauscht, sondern es wurde auch der Sitz der Beteiligten verlegt. Dabei legt der ursprüngliche Unternehmensgegenstand ein primär handwerkliches und ortsbezogenes Unternehmen nahe. Bereits dies lässt die Übernahme beispielsweise eines Kundenstamms nach Berlin zum neuen Sitz der Gesellschaft eher fernliegend erscheinen. Vor allem der nunmehr angemeldete Unternehmensgegenstand, der sich auch in der angemeldeten Firma der Beteiligten widerspiegelt, lässt den Schluss zu, dass hier der alte GmbH-Mantel der Beteiligten unternehmenslos geworden war und nunmehr mit einem Unternehmen ausgestattet werden sollte. Denn die Änderung des Unternehmensgegenstandes führt zu einer vollständigen Änderung der Unternehmensausrichtung, die eine Übernahme von Personal- und Sachausstattung nahezu ausschließt (vgl. für den umgekehrten Fall einer bisher im Bereich Unternehmensberatung tätigen Gesellschaft, die nach Änderung im Bereich Garten- und Landschaftsbau tätig werden soll: Senat, Beschluss vom 27.04.2022, 22 W 19/22, n. v.).

14 b. Anderes ergibt sich auch nicht aus der mit der Beschwerde eingereichten Liste der „Summen und Salden (pro Monat) Dezember 2021“. Danach sind für den Monat Dezember keine Eintragungen vorhanden, die eine relevante unternehmerische Tätigkeit der Beteiligten nahelegen würden. Bereits der Umfang der Eintragung spricht im Gegenteil für eine „inhaltslose Hülle“.

(...)

15. Zeitgleiche Errichtung einer Einheitsgesellschaft und der Komplementär-UG

OLG Celle, Beschluss vom 10.10.2022, 9 W 81/22

GmbHG § 5a

HGB § 161

LEITSATZ:

Eine Unternehmungsgesellschaft kann nicht von einer Kommanditgesellschaft als Alleingesellschafterin gegründet werden, die ihrerseits erst zeitgleich mit der Unternehmungsgesellschaft als einziger Komplementärin gegründet wird.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notarieller Anmeldung vom 16.08.2022 (...) meldeten deren designierte Geschäftsführer die am selben Tag mit einem Stammkapital von 2.000 € als Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) vermeintlich gegründete Beschwerdeführerin zur Eintragung in das Handelsregister an.

2 Ausweislich des der Anmeldung beigefügten Gründungsprotokolls nebst Satzung (...) soll die – ebenfalls erst am 16.08.2022 vermeintlich gegründete – S UG & Co. KG (im Folgenden: S KG) alleinige Gesellschafterin der betroffenen (Vor-)Gesellschaft sein. Die alleinige Komplementärin der S KG wiederum soll die betroffene (Vor-)Gesellschaft sein, so dass insgesamt eine Einheitsgesellschaft zur Entstehung gebracht werden soll.

3 Im Gründungsprotokoll der betroffenen (Vor-)Gesellschaft (...) heißt es dementsprechend auszugsweise wörtlich:

„Vor mir, dem unterzeichneten Notar (...), erschienen heute: 1) Die S UG und Co. KG (...), die heute gegründet wird und die zum Handelsregister A (...) angemeldet wird,

– nachfolgend Gesellschafterin genannt – vertreten durch ihre Komplementärin: 2) die W UG (haftungsbeschränkt) (...), die heute gegründet wird und die zum Handelsregister B (...) angemeldet wird,

– nachfolgend Komplementärin der Gesellschafterin genannt – vertreten durch ihre Geschäftsführer (...).

Auf Ansuchen der Erschienenen beurkunde ich ihren Erklärungen gemäß, was folgt:

I. Errichtung der Gesellschaft

Die Gründerin errichtet hiermit eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 2 GmbHG mit dem Namen W UG (haftungsbeschränkt) (...). (...)

4 Das Registergericht hat die Anmeldung unter Aufhebung einer am 22.08.2022 zunächst ergangenen Zwischenverfügung (...) mit Beschluss vom 02.09.2022 (...) zurückgewiesen. Die Gesellschaft sei nicht wirksam gegründet worden, weil die gründende Alleingesellschafterin ohne wirksam gegründete persönlich haftende Gesellschafterin noch nicht existiere. Es liege daher ein nicht behebbares Eintragungshindernis vor.

5 Dagegen wendet sich die betroffene (Vor-)Gesellschaft mit ihrer form- und fristgerecht erhobenen Beschwerde vom 15.09.2022 (...). Sie meint, die Gleichzeitigkeit ihrer eigenen Gründung und der Gründung der sie gründenden KG sei unschädlich; die Auffassung des Registergerichts erweise sich als reine Förmelerei. Zudem habe eine unterstellte Unwirksamkeit ihrer eigenen Gründung (also der Gründung der betroffenen (Vor-)Gesellschaft selbst) zur Folge, dass dann ihre Gründerin, die S KG, zunächst in der Rechtsform einer OHG entstanden sei. Zumindest diese sei dann als Gründerin der betroffenen (Vor-)Gesellschaft anzusehen, sodass diese wirksam gegründet worden und in das Handelsregister einzutragen sei.

6 Das Registergericht hat dem Rechtsmittel mit Beschluss vom 20.09.2022 (...) nicht abgeholfen.

7 II. Die zulässige Beschwerde erweist sich in der Sache als unbegründet.

8 1.) Das Registergericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Gründung der betroffenen (Vor-)Gesellschaft mangels Existenz der Gründerin unwirksam war.

9 Die Gründerin der betroffenen (Vor-)Gesellschaft, die S KG, existierte zu dem Zeitpunkt, zu dem sie die betroffene (Vor-)Gesellschaft vermeintlich gegründet hat, noch nicht, weil es ihr an einer existenten Komplementärin fehlte. Diese Komplementärin sollte gerade erst die betroffene (Vor-)Gesellschaft werden.

10 In dieser Betrachtungsweise liegt entgegen der Auffassung der betroffenen (Vor-)Gesellschaft keine bloße Förmelerei. Sie ist vielmehr Ausdruck zwingender Logik. Die betroffene (Vor-)Gesellschaft kann nicht vor ihrer eigenen Gründung als Komplementärin und Vertreterin ihrer eigenen Gründerin auftreten; eine mangels Komplementärin noch nicht existente KG aber kann ihrerseits keine andere Gesellschaft gründen. Dementsprechend ist in der Literatur auch anerkannt, dass die (im Streitfall erstrebte) Entstehung einer Einheitsgesellschaft auf zwei Wegen erfolgen kann (vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Hermanns*, 7. Aufl. 2019, § 20 Rdnr. 158; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/*Gebele/Scholz*, 14. Aufl. 2022, VIII. D.12 Anm. 2; *Werner*, DStR 2006, 706, 709):

11 Zum einen kann eine bestehende KG im Wege der Neugründung oder des Anteilserwerbs alle Geschäftsanteile an einer GmbH erwerben, worauf hin sodann im zweiten Schritt der Komplementär der KG ausgewechselt und die GmbH, deren sämtliche Anteile von der KG gehalten werden, an dessen Stelle tritt.

12 Zum anderen können die (späteren) Kommanditisten der KG zunächst eine GmbH und sodann im zweiten Schritt mit dieser als Komplementärin und sich selbst als Kommanditisten eine neue KG begründen, woraufhin im dritten Schritt sodann die GmbH-Geschäftsanteile von den natürlichen Personen an die KG übertragen werden.

13 Der im Streitfall gewählte Weg einer quasi gleichzeitigen Gründung von KG und Komplementärin wird – den oben dargestellten Gesetzen der Logik entsprechend und soweit ersichtlich – nirgends vertreten; die betroffene (Vor-)Gesell-

schaft zeigt Entsprechendes auch nicht auf. Soweit die betroffene (Vor-)Gesellschaft mit ihrer Beschwerde geltend macht, bei anderen Registergerichten werde der hier beschrittene Weg anerkannt, vermag der Senat mangels Benennung konkreter Vergleichsfälle dies schon nicht zu überprüfen. Zum anderen bindet es ihn aber auch ohnehin nicht.

14 2.) Mit ihrer Auffassung, ihre Gründung sei zumindest deshalb wirksam erfolgt, weil zwischen den übrigen Gesellschaftern der S KG jedenfalls eine OHG begründet worden sei, die ihrerseits dann sie – die betroffene (Vor-)Gesellschaft – habe gründen können, vermag die betroffene (Vor-)Gesellschaft nicht durchzudringen.

15 Zum einen sind die übrigen potenziellen Gesellschafter der S KG, wie sich aus der entsprechenden, dem Senat aus dem diese Gesellschaft betreffenden Beschwerdeverfahren zu 9 W 82/22 bekannten Anmeldung ergibt, ausdrücklich übereingekommen, eine Kommanditgesellschaft zu gründen. Der Wille, an deren Stelle ggf. auch eine OHG zu gründen, kann – abgesehen von dem explizit anderen Wortlaut und Inhalt der Anmeldung – schon deshalb nicht angenommen werden, weil dies für die dort Beteiligten mit einem anderen Haftungsregime verbunden wäre.

16 Zum anderen ist vorliegend ausdrücklich die S KG als Gründerin der betroffenen (Vor-)Gesellschaft bezeichnet und in der Anmeldung als Alleingesellschafterin angegeben worden. Für die Annahme, stattdessen sei eine – nicht näher bezeichnete – OHG Gründerin und Gesellschafterin, bleibt daher schlicht kein Raum.

17 3.) Nichts der betroffenen (Vor-)Gesellschaft Günstiges folgt schließlich daraus, dass eine V GmbH grundsätzlich Komplementärin in einer KG sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 09.03.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. § 177a Rdnr. 38). Denn im Streitfall geht es nicht um die Frage, ob die betroffene (Vor-)Gesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister bereits die Stellung einer Komplementärin in einer KG übernehmen kann. Vielmehr ist hier die vorgelagerte Frage zu beantworten (und aus den vorgenannten Gründen zu verneinen), ob die als Komplementärin in Aussicht genommene UG überhaupt wirksam gegründet worden ist.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Christoph Aumann, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Viechtach**

Einheitsgesellschaften, das sind Kommanditgesellschaften in der Form der GmbH & Co. KG, bei denen sämtliche Anteile an der Komplementär-GmbH¹ in der Hand der Kommanditgesellschaft gehalten werden,² sorgen immer

1 Die besprochene Entscheidung erging zur UG (haftungsbeschränkt), ist aber auf die GmbH übertragbar, *Udwari*, GWR 2023, 70.

2 Zur Rechtsform der Einheits-KGaa MünchKomm-AktG/*Perlitt*, 6. Aufl. 2023, § 278 Rdnr. 388.

wieder für rechtliche Spannung. Problemfelder sind etwa die Gestaltung der Gesellschaftsverträge, vor allem im Hinblick auf die Vertretung in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH,³ was gerade bei Fremdgeschäftsführung vorausschauender Betrachtung bedarf,⁴ eine möglicherweise analoge Anwendung von § 33 Abs. 1 GmbHG,⁵ aber auch die Beendigung der Einheitsgesellschaft.⁶ Die Gründung einer Einheitsgesellschaft dagegen wird soweit ersichtlich nicht als besonders problematisch wahrgenommen. Hier gibt es zwei anerkannte Wege:

Beim sog. Übertragungsmodell⁷ gründen die Inhaber (und späteren Kommanditisten) zunächst selbst eine GmbH. Sodann wird mit dieser als Komplementärin eine Kommanditgesellschaft gegründet. Für die Gründung und Anmeldung der Kommanditgesellschaft durch die GmbH ist es dabei nicht erforderlich, dass die GmbH bereits im Handelsregister eingetragen sein muss.⁸ Es empfiehlt sich aber zur Vermeidung von Vertretungsproblemen, dass die Gründer in der GmbH-Gründungsurkunde die Geschäftsführer ermächtigen, bereits im Gründungsstadium die Kommanditgesellschaft mitzugründen und die Stellung als Komplementär zu übernehmen.⁹ In einem weiteren Schritt werden die Anteile an der GmbH auf die Kommanditgesellschaft übertragen. Hier ist zu unterscheiden: Falls die Kommanditgesellschaft nur kleingewerbliche oder vermögensverwaltende Zwecke verfolgt, entsteht sie erst mit Eintragung im Handelsregister, § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 Satz 1 HGB. Ist dies der Fall, muss mit der Anteilsübertragung ohnehin abgewartet werden.¹⁰ Ist dies nicht der Fall, ist ein Abwarten der Eintragung von GmbH und Kommanditgesellschaft gleichwohl auch dann vorzugswürdig. So ist wegen § 33 Abs. 1 GmbHG nur die Übertragung voll eingezahlter GmbH-Anteile empfehlenswert¹¹ und man vermeidet Probleme bei der Gestaltung der Gesellschafterliste bei Übertragung der Anteile auf die noch nicht eingetragene Kommanditgesellschaft. In beiden Varianten kann das Abwarten jedoch auch dadurch erreicht werden, dass die Anteilsabtretung bei der GmbH erst aufschiebend bedingt auf die Eintragung im Handelsregister vorgenom-

men wird.¹² Mit dem Übertragungsmodell steht demnach eine Möglichkeit der Gründung der Einheitsgesellschaft in einem Termin zur Verfügung.

Das Beteiligungsmodell sieht demgegenüber vor, dass die Gründer zunächst eine Kommanditgesellschaft mit einer natürlichen Person als Komplementär errichten. Diese Kommanditgesellschaft gründet sodann selbst eine GmbH, die sodann wiederum in die Kommanditgesellschaft als ab diesem Zeitpunkt alleinige Komplementärin aufgenommen wird.¹³ Das Beteiligungsmodell ist bei Neugründungen deutlich weniger verbreitet. Sein bedeutendster Nachteil besteht hier – anders als im Falle der Umwandlung einer bestehenden GmbH & Co. KG – in der vorübergehenden persönlichen Haftung mindestens eines Gründers,¹⁴ die vor allem wegen der Nachhaftung aus §§ 160, 161 Abs. 2 HGB nicht zu unterschätzen ist. Weiter muss auch hier bedacht werden, dass die Kommanditgesellschaft, falls sie nur kleingewerbliche oder vermögensverwaltende Zwecke verfolgt, erst mit Eintragung im Handelsregister entsteht, § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 Satz 1 HGB.

Dieses Beteiligungsmodell ist Ausgangspunkt der besprochenen Entscheidung. Ihr liegt der gestalterische Versuch zugrunde, einen der vorgenannten Schritte zu überspringen und so den Nachteil der vorübergehenden persönlichen Haftung eines Gründers zu vermeiden.¹⁵ Konkret sollte dies dadurch erreicht werden, dass die GmbH im Gründungsprotokoll schon alleine von der ebenfalls erst zu gründenden GmbH & Co. KG gegründet wird, deren Komplementärin jedoch die GmbH ist. Ein Wunschtraum der Gründer ohne Grundlage im Gesetz ist es wohl ferner gewesen, gegenüber dem rechtssicheren Übertragungsmodell die Kosten für die Anteilsübertragung bei der GmbH einzusparen.¹⁶

Dem Gericht ging dieser Versuch völlig zu Recht zu weit. Es legt den Finger in die Wunde der Gestaltung, wenn es anmerkt, dass eine GmbH nicht von einer Gesellschaft gegründet werden kann, die die GmbH selbst erst mitgründen muss.

Auch die Frage, ob anstatt der von der GmbH mitzugründenden Kommanditgesellschaft nicht wenigstens eine OHG oder GbR zwischen den verbleibenden Mitgesellschaftern entstanden ist, die sodann wiederum die GmbH wirksam hätte gründen können,¹⁷ verneint das Gericht. Als Begründung zieht es beide Anmeldungen sowohl der GmbH, als auch der Kommanditgesellschaft heran. Hier hätten die Gründer in beiden Fällen ausdrücklich von einer Kommanditgesellschaft gesprochen, sodass für die Annahme einer OHG kein Raum sei. Auch das ist

3 MünchKomm-GmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022, § 48 Rdnr. 319 ff.; anders wohl *Hopt/Roth*, HGB, 42. Aufl. 2023, Anh. § 177a Rdnr. 8.
 4 Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band II/*Gummert*, 6. Aufl. 2023, § 51 Rdnr. 11 ff.; Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften/*Watermeyer*, 5. Aufl. 2020, § 14 Rdnr. 46; Beck'sches Notarhandbuch/*Hermanns*, 7. Aufl. 2019, § 20 Rdnr. 162 ff. (mit Formulierungsbeispielen).
 5 Weswegen Volleinzahlung der GmbH-Anteile zu empfehlen ist, Beck'sches Notarhandbuch/*Hermanns*, § 20 Rdnr. 159.
 6 DNotI-Report 2020, 177.
 7 Muster etwa bei *Reichert/Schlitt/Brotfeldt*, Die GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 61.
 8 Zuletzt *Gebhard/Greth*, NZG 2023, 156, 157.
 9 *V. Bonin*, RNotZ 2017, 1, 4.
 10 *Freiherr v. Proff*, DStR 2017, 2590, 2591.
 11 Siehe Fn. 5.

12 *Wachter*, EWIR 2023, 11.

13 *Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch*, Handbuch Personengesellschaften, Band II, Stand: April 2023, Rdnr. 3951.

14 *Wertenbruch*, GmbHR 2021, 1181.

15 *Udwari*, GWR 2023, 70.

16 *Wertenbruch*, ZPG 2023, 141, 143.

17 *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2008, § 8 Rdnr. 69.

konsequent. Wenn man wie gesehen davon ausgehen darf, dass das beschriebene Vorgehen der Vermeidung einer vorübergehenden persönlichen Haftung der Gründer dienen soll, liegt die nachträgliche Annahme eines Willens zur Gründung einer OHG oder GbR fern. Als weiteres Argument gegen die Annahme einer OHG mag auch § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG dienen: In dem Gesellschaftsvertrag der GmbH ist die Kommanditgesellschaft als Gesellschafterin bezeichnet und nicht eine andere Gesellschaftsform. Und schließlich führt auch eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu keinem anderen Ergebnis. Diese kann zwar bei einem entsprechenden – wenn auch mit Willensmängeln behafteten – Gründungswillen der Gesellschafter zum Schutz des Rechtsverkehrs vor allem in Haftungsfragen und zur Vermeidung bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung über Mängel bei der Gründung hinweghelfen.¹⁸ Sie setzt aber als auslösendes Moment ein Invollzugsetzen der Gesellschaft voraus.¹⁹ Denn Zweck der nicht gesetzlich verankerten Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist der Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs oder auch einzelner Gesellschafter auf den Bestand einer als solcher in Vollzug gesetzten Gesellschaft, nicht jedoch der Schutz der Gesellschaft selbst vor lästigen Gründungsvoraussetzungen. Es ist nicht erkennbar, dass die GmbH in irgendeiner Weise schon im Rechtsverkehr in Erscheinung getreten ist, das Registergericht beanstandete bereits bei deren erster Rechtshandlung, nämlich der Anmeldung der Kommanditgesellschaft, deren mangelnde Existenz. Das gilt auch für die Kommanditgesellschaft, weil auch bei ihr ein Invollzugsetzen erst mit ihrer Anmeldung zum Handelsregister durch die Gesellschafter und damit zeitlich nach Errichtung der GmbH zu sehen ist, da ein entsprechender Wille der Gesellschafter, eine nicht haftungsbeschränkte Personengesellschaft in Vollzug zu setzen, wie gesehen nicht anzunehmen ist. Und selbst wenn man meinte, die Gründung der GmbH durch die (wenn überhaupt, dann fehlerhafte) Kommanditgesellschaft sei bereits ein Auftreten der Kommanditgesellschaft nach außen, wäre dies wiederum zu spät, da das Bestehen der Gründerin der GmbH Voraussetzung für die Gründung ist und es nicht reicht, dass sie in deren Folge entsteht. Summa summarum bleibt es also dabei, wo keine Henne, da auch kein Ei. Der erkennende Senat fasst sich hier zu Recht kurz.

Das versuchte „abgekürzte Gründungsmodell“ kann nach alledem nicht funktionieren. Der weiter steigenden Attraktivität der Einheitsgesellschaft tut das indes wahrscheinlich vorerst keinen Abbruch.²⁰ So wird der neue § 170 Abs. 2 HGB in der Fassung des MoPeG bei der Vertretungsproblematik in der Gesellschafterversammlung der GmbH zumindest teilweise Abhilfe schaffen.²¹ Und weiterhin dürfte die Einheitsgesellschaft auch aufgrund der Op-

tionsmöglichkeit zur Körperschaftsteuer durch das KöMoG von manchen wohl voreilig als Weg in eine steuerliche Quasikapitalgesellschaft ohne Formerfordernisse bei Anteilsübertragung und Änderung des Gesellschaftsvertrags gesehen werden. Bei der Frage, ob einer Mandatschaft die Errichtung der Einheitsgesellschaft zu raten ist, ist aber immer auch der insgesamt erhöhte Komplexitätsgrad, der sich gerade bei Fragen der Beendigung oder bei Wechseln in der Geschäftsführung zeigt, miteinzubeziehen. Nicht für jeden lohnt sich die abstrakte Möglichkeit einer späteren Kostenersparnis, wenn am Ende zur Beherrschung des Konstrukts wiederum kostenpflichtige Beratung in Anspruch genommen werden muss.²²

²² Beck'sches Notarhandbuch/Hermanns, § 20 Rdnr. 157.

16. Getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme von Geschäftsanteilsübertragungen

LG Regensburg, Beschluss vom 25.08.2023, 61 T 69/22

BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1

BNotO § 15 Abs. 2

GmbHG § 40 Abs. 1 und 2

LEITSÄTZE:

- Im Falle der Beteiligung mehrerer Notare an einer Veränderung ist nur der die Annahme beurkundende Notar der zuständige Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Ein Notar ist nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nur dann zur unverzüglichen Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, wenn Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wirksam geworden sind. Der Notar muss dabei nach seinem pflichtgemäßen Ermessen von der Wirksamkeit der jeweiligen Veränderung überzeugt sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Veränderungen, an welchen der Notar mitgewirkt hat, darf er die Liste erst einreichen, wenn seine Zweifel beseitigt sind. Der Notar muss damit nach seinem pflichtgemäßen Ermessen davon überzeugt sein, dass die Anteilsabtretung wirksam vorgenommen wurde und die sonstigen Bedingungen, wie Kaufpreiszahlung, eingetreten sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Seniorenresidenz (...) ist im Handelsregister (...) mit 25.000 € Stammkapital eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb einer Seniorenresidenz sowie die An- und Vermietung von Gewerbe- und Wohnimmobilien.

2 Am 29.11.2019 wurde ein Herr (...) Inhaber der Geschäftsanteile.

¹⁸ Dazu grundsätzlich Staudinger/Lieder, Neub. 2023, Eckpfiler des Zivilrechts Rdnr. R 149 ff.

¹⁹ Staudinger/Habermeier, Neub. 2003, § 705 BGB, Rdnr. 66.

²⁰ Wachter, EWIR 2023, 11.

²¹ Wertenbruch, GmbHR 2021, 1181.

3 Dieser teilte mit Urkunde des Beschwerdegegners vom 10.02.2020 den Geschäftsanteil in Teilgeschäftsanteile i. H. v. 20.500 € und zu 4.500 € auf. Diese bot er mit dieser Urkunde einem Herrn (...) i. H. v. 20.500 € sowie der Beschwerdeführerin i. H. v. 4.500 € zum Erwerb an mit einer Angebotsbindung bis 10.08.2022.

4 Die Beschwerdeführerin nahm dieses Angebot mit Urkunde des Notars (...) vom (...) an. Eine Annahme des Angebotes durch (...) ist nicht erfolgt.

5 Die Beschwerdeführerin zahlte den vereinbarten Kaufpreis i. H. v. 4.500 € am 19.01.2021 an den Verkäufer.

6 Dieser wiederum hat zwischen Ende Januar 2021 und Anfang Mai 2021 verschiedene Angebots- und Annahmerekunden durch den Beschwerdegegner an insgesamt 18 verschiedene Erwerber die meisten der 4.500 € für die Beschwerdeführerin angedachten Geschäftsanteile veräußert.

7 Der Beschwerdegegner erstellte am 20.04.2020 sowie 18./21.05.2021 neue Gesellschafterlisten und reichte diese beim Handelsregister ein.

8 Am 07.02.2022 forderte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner unter Darlegung des Sachverhaltes auf, die unrichtige Gesellschafterliste zu berichtigen. Dieser lehnte dies am 16.02.2022 ab.

9 Die Beschwerdeführerin behauptet, die aktuelle Gesellschafterliste der Seniorenresidenz (...) sei unrichtig, als die Beschwerdeführerin in dieser Liste nicht als Inhaberin der erworbenen Geschäftsanteile eingetragen sei. Dieser Erwerb kam zustande mit der Beurkundung der Annahme des ursprünglichen Angebotes. Die nachfolgenden Erwerber hätten diese Anteile nicht gutgläubig erwerben können.

10 Der Beschwerdegegner bringt im Wesentlichen vor, die Angebote hätten nur gemeinsam angenommen werden können. Eines der Angebote sei nicht angenommen worden. Mit der Annahme der Beschwerdeführerin vom 31.07.2020 sei damit kein Kaufvertrag zustande gekommen.

11 Im Übrigen sei der Beschwerdegegner nicht zuständig gewesen, eine neue Gesellschafterliste einzureichen.

12 Die LNotK Bayern wurde gehört. Auf die Stellungnahme (...) wird verwiesen.

13 II.

Die Beschwerde ist zulässig, § 15 Abs. 2 BNotO.

14 In der Sache bleibt sie jedoch ohne Erfolg.

15 a) Der Beschwerdegegner ist nicht der für die Einreichung der Gesellschafterliste nach Veränderungen gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zuständige Notar.

16 Der Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verhält sich nicht konkret dazu, welcher Notar „an Veränderungen nach Abs. 1 Satz 1 mitgewirkt“ hat.

17 In der notarrechtlichen Literatur ist umstritten, wer bei der getrennten Beurkundung von Angebot und Annahme von Geschäftsanteilsübertragungen zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste berechtigt oder verpflichtet ist. Zum Teil wird vertreten, dass dies grundsätzlich der das Angebot beurkundende Notar ist, zumindest für den Fall, dass in der Angebotsurkunde eine aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit der Abtretung vereinbart ist, wie andererseits grundsätzlich der die Annahme beurkundende Notar (...). Vertreten wird auch, dass jedenfalls der letzte mitwirkende Notar verpflichtet ist, jedenfalls wenn kein anderer Vollzugsauftrag vereinbart ist, dass grundsätzlich auch beide Notare zuständig sind.

18 Die LNotK hat in der Stellungnahme (...) zum Ausdruck gebracht, dass sie der Ansicht zuneige, dass in der Konstellation der getrennten Beurkundung sowohl der allein das Angebot beurkundende Notar als auch der allein die Annahme beurkundende Notar im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG an Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt haben und damit grundsätzlich beide Notare die Pflicht zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste treffen kann.

19 Allerdings wird davon ausgegangen, dass zur Abgrenzung der Zuständigkeit der in den jeweiligen Dokumenten zum Ausdruck gekommene Vollzugsauftrag maßgeblich sein soll (*Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 14a).

20 Gerade dieser Vollzugsauftrag aber ist in den vorliegenden Urkunden ganz eindeutig dem Notar (...) übertragen worden.

21 In Ziffer III. 4. der Annahmeerklärung vom 31.07.2020 ist vom Notar (...) beurkundet: „dass nach Wirksamkeit der Abtretung eine neue Liste der Geschäftsanteile, in der die Abtretung berücksichtigt ist, beim Handelsregister vom Notar einzureichen ist.“ Gemeint ist damit ersichtlich der unterzeichnende Notar (...).

22 Daneben ist in dieser Ziffer ausdrücklich erklärt, dass: „nach Eingang dieser Bestätigung wird der hier beurkundende Notar die Liste beim Handelsregister einreichen“.

23 Dann wieder aber ist gerade seitens der Beschwerdeführerin dem Notar (...) ein Vollzugsauftrag erteilt worden und dieser damit auch ausschließlich für die Eintragung der Veränderungen im Handelsregister zuständig. Eine Zuständigkeit des Beschwerdegegners ist von daher nicht gegeben.

24 Dies ergibt sich auch aus dem Handeln des Notars (...). Dieser nämlich hat ausgeführt, dass er die Einreichung der neuen Gesellschafterliste längst veranlasst hätte, wenn er seitens des Veräußerers die notwendige Bestätigung der Zahlung rechtzeitig erhalten hätte, was ersichtlich nicht erfolgt ist. Auch dies weist ganz offensichtlich darauf hin, dass der Notar (...) der die Eintragung veranlassende zuständige Notar ist.

25 In ähnlicher Weise hat sich auch das OLG München geäußert (ZIP 2012, 2254).

26 Danach ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 40 Abs. 2 GmbHG, dass die Einreichung der Liste nur durch den Notar erfolgen dürfe, der die Annahme beurkundet hat. Dass bei Beteiligung mehrerer Notare an einer Veränderung nur einer von ihnen unter Ausschluss des anderen zur Unterzeichnung des anderen befugt sein soll, könne § 40 Abs. 2 GmbHG nicht entnommen werden. Es liege allerdings nahe, dass bei gesonderter Beurkundung von Angebot und Annahme regelmäßig der Notar die Liste unterzeichnet und einreicht, der die Annahme beurkundet hat.

27 Im Hinblick hierauf sowie unter Berücksichtigung der obigen Kommentierungen sowie der Stellungnahme der Bayerischen Notarkammer ist deshalb davon auszugehen, dass nur der die Annahme beurkundende Notar der zuständige Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG ist.

28 Dieser aber war nicht der Beschwerdegegner.

29 b) Darüber hinaus ist ein Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nur dann zur unverzüglichen Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, wenn Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wirksam geworden sind. Der Notar muss dabei nach seinem pflichtgemäßen Ermessen von der Wirksamkeit der jeweiligen Veränderung überzeugt sein (*Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 15). Bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Veränderungen, an welchen der Notar mitgewirkt hat, darf er die Liste erst einreichen, wenn seine Zweifel beseitigt sind. Der Notar muss damit nach seinem pflichtgemäßen Ermessen davon überzeugt sein, dass die Anteilsabtretung wirksam vorgenommen wurde und die sonstigen Bedingungen, wie Kaufpreiszahlung, eingetreten sind.

30 Die Pflicht zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist danach von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderungen bestehen. Der Notar darf in diesem Falle eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst dann einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt wurden (BGH, MittBayNot 2020, 71).

31 Diese Zweifel sind vom Beschwerdegegner in umfassender Weise dargelegt worden. Er hat ausgeführt, dass das ursprüngliche Angebot vom 10.02.2020 derart ausgestaltet sein sollte, dass dieses Angebot nur von den beiden Anbietern gleichzeitig hätte angenommen werden können.

32 In der Angebotsurkunde vom 10.02.2020 findet sich diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung, weshalb eine Auslegung dieser Urkunde notwendig ist.

33 In diese Auslegung aber muss einfließen, dass die vom Beschwerdegegner in der Folgezeit bestellten Urkunden ausdrücklich in der Art gestaltet waren, dass eine Annahme nur durch beide Angebotsempfänger

möglich war. Es ist deshalb davon auszugehen, dass im Hinblick auf diese Folgeurkunden Entsprechendes auch bereits in der Angebotsurkunde vom 10.02.2020 hätte sein sollen.

34 Insoweit sind deshalb Zweifel des Beschwerdegegners nachvollziehbar und auch berechtigt, weshalb ihm hinsichtlich der Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste und der Beurkundung keine Amtspflicht im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG traf.

(...)

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

17. Nachweis der Erbfolge mit beglaubigter Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses

KG, Beschluss vom 27.06.2023, 1 W 2/23, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BeurkG, §§ 1, 44

EuErbVO Art. 3, 63, 64, 67, 81

GBO §§ 29, 35

IntErbVO Art. 3, 63, 67, 69, 70

IntErbVO-DVO Art. 1

IntErbRVG § 34

LEITSATZ:

Der Nachweis der Erbfolge kann gegenüber dem Grundbuchamt mit der beglaubigten Abschrift eines Europäischen Nachlasszeugnisses geführt werden. Die formellen Voraussetzungen an eine solche beglaubigte Abschrift folgen aus dem Unionsrecht. Das nationale (Grundbuch-) Recht gebietet keine strengeren Anforderungen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die in Abt. I lfd. Nr. 1 je zur Hälfte eingetragenen Eigentümer, die Eltern der Beteiligten, sind am 11.08.2021 bzw. am 23.02.2022 verstorben. Das AG Wedding erteilte der Beteiligten am 14.10.2022 ein Europäisches Nachlasszeugnis, das ihre Mutter als Erbin ihres Vaters ausweist (...). Ein weiteres Europäisches Nachlasszeugnis des AG Wedding vom selben Tag weist die Beteiligte als Erbin ihrer Mutter aus (...).

2 Die Beteiligte hat unter Beifügung durch das Nachlassgericht gefertigter beglaubigter Abschriften der beiden Europäischen Nachlasszeugnisse bei dem Grundbuchamt die Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Mit Zwischenverfügung vom 22.11.2022 hat das Grundbuchamt unter Fristsetzung die Form der eingereichten Europäischen Nachlasszeugnisse beanstandet. Diese seien je „urkundlich zu verbinden“. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 19.12.2022, der das Grundbuchamt (...) nicht abgeholfen hat.

3 II. Die im Namen der Beteiligten erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshin-



dernis besteht nicht, sodass kein Anlass für den Erlass der angefochtenen Zwischenverfügung bestand, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO. Diese ist folglich aufzuheben.

4 Der Nachweis der Erbfolge kann gegenüber dem Grundbuchamt nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden, § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dabei ist dem Grundbuchamt der Erbschein entweder in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen (BGH, MDR 1982, 308). Der Ausfertigung eines Erbscheins entspricht die nach Art. 70 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO) dem Antragsteller auszustellende beglaubigte Abschrift der bei dem Nachlassgericht verbleibenden Urschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses (BR-Drucks. 644/14, S. 56).

5 Solche beglaubigten Abschriften hat die Beteiligte zum Nachweis der Erbfolge nach ihren Eltern vorgelegt.

6 Bei der beglaubigten Abschrift eines Europäischen Nachlasszeugnisses handelt es sich um eine sonstige Eintragungsvoraussetzung im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO (Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl., § 29 Rdnr. 510.2). Welche Förmlichkeiten bei der Ausstellung der Urkunde zu beachten sind, ist nicht in der Grundbuchordnung geregelt, sondern richtet sich nach den für die Erteilung des Zeugnisses maßgeblichen Vorschriften (OLG München, FGPrax 2019, 200, 201). Die sind vorliegend aber eingehalten worden.

7 Das für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses zuständige Nachlassgericht, Art. 64, 3 Abs. 2 EuErbVO, § 34 Abs. 4 Satz 2 IntErbRVG, hat das Formblatt V in Anhang 5 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 der Kommission vom 09.12.2014 zur Festlegung der Formblätter nach Maßgabe der EuErbVO (EuErbVO-DVO) zu verwenden, Art. 1 Abs. 5 EuErbVO-DVO, 67 Abs. 1 Satz 2, 81 Abs. 2 EuErbVO. Das ist vorliegend geschehen. Beide beglaubigten Abschriften der Europäischen Nachlasszeugnisse entsprechen dem Formblatt V, insbesondere sind die Beglaubigungsvermerke auf S. 7 unterschrieben und mit dem Siegel des Nachlassgerichts versehen worden.

8 Die Vollständigkeit der – nach dem Formblatt V immer aus einer Mehrzahl von Blättern bestehenden – beglaubigten Abschrift des europäischen Nachlasszeugnisses ergibt sich aus den auf S. 1 bezeichneten Anlagen, der fortlaufende Paginierung der einzelnen Seiten sowie der Angabe ihrer Gesamtzahl auf S. 7 (Meikel/Krause/Weber, GBO, § 35 Rdnr. 58.1). Darüber hinaus sind die einzelnen Blätter der Zeugnisse mittels Heftung miteinander verbunden worden. Damit kann die Rechtsnachfolge nach den verstorbenen Eigentümern des Grundstücks – formell – nachgewiesen werden, § 35 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO.

9 Der von dem Grundbuchamt geforderten „urkundlichen Verbindung“ der einzelnen Blätter bedarf es nicht.

10 aa) Für dieses – offenbar auf eine über die vorhandene Heftung hinausgehende physikalische Verbindung gerichtete, vgl. § 44 BeurkG – Verlangen besteht keine Rechtsgrundlage. Zutreffend weist die Beschwerde darauf hin, dass insbesondere die Regelungen des Beurkundungsgesetzes keine Anwendung finden. Die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes gelten für andere Urkundspersonen als Notare oder sonstige Stellen nur dann, wenn auch ein Notar die Urkunde hätte errichten könnte, § 1 Abs. 2 BeurkG (OLG München, a. a. O. 202; Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl., § 1 BeurkG Rdnr. 21). Das ist bei der Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nicht der Fall, § 34 Abs. 4 Satz 1 IntErbRVG.

11 bb) Dabei kann der Zweck des Europäischen Nachlasszeugnisses auch nicht außer Acht gelassen werden. Das Zeugnis dient in erster Linie der Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in welchem das Zeugnis erteilt wurde, Art. 63 Abs. 1 EuErbVO. Dann müssen sich die auf das Zeugnis anzuwendenden Formalien aber einheitlich nach dem Europäischen Recht richten (vgl. EuGH, FamRZ 2023, 881, 884). Dem widerspräche es, wenn bei der – auch zulässigen, Art. 69 Abs. 1 EuErbVO – Verwendung im Mitgliedstaat der Ausstellungsbehörde, strengere Anforderungen an die Form gestellt würden. Dies könnte unter Umständen auf Bedenken bei der Verwendung in den anderen Mitgliedstaaten stoßen.

12 cc) 12 Schließlich verlangt aber auch das nationale Recht außerhalb des BeurkG weder bei der Beglaubigung noch bei der Ausfertigung einer aus mehreren Blättern bestehenden Urkunde eine über die vorhandene Heftung hinausgehende Verbindung der einzelnen Blätter. So genügt es bei der Beglaubigung wie bei der Ausfertigung, dass sich die anzubringenden Vermerke, vgl. etwa § 169 Abs. 2 Satz 1, § 317 Abs. 4 ZPO, unzweideutig auf das gesamte Schriftstück erstrecken und mit diesem zu einer Einheit verbunden sind (BGH, NJW 2017, 3721, 3722). Dafür genügt regelmäßig ein auf der letzten Seite angebrachter Vermerk und eine physikalische Verbindung der einzelnen Blätter, die als dauernd gewollt erkennbar und nur durch Gewaltanwendung zu lösen ist (BGH, NJW 2004, 506, 507). Das ist bei einer Verbindung mittels Heftklammer der Fall (BGH, NJW 1974, 1383, 1384).

13 Dem entsprechen die hier vorgelegten beglaubigten Abschriften der Europäischen Nachlasszeugnisse. Sie sind – am Schluss des Formblatt V – mit dem Siegel des Nachlassgerichts versehen, von dessen Rechtspflegerin unterschrieben sowie geheftet.

18. Löschung einer GmbH im Handelsregister bei Sitzverlegung in die Türkei

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.07.2022, 3 W 12/22

AEUV Art. 49, 54

FamFG § 393

GmbHG § 4a

HGB § 31 Abs. 2

UmwG §§ 122d, 122e, 190 ff., 333 ff.

LEITSÄTZE:

- Die Eintragung im Handelsregister der Türkei genügt nicht, um die Wirksamkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels zu begründen. Die Regelungen des EU-Rechts und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH („VALE“ und „Polbud“) finden auf die Türkei keine Anwendung. Völkerrechtliche Regelungen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften im Verhältnis zur Türkei existieren nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Selbst unter Anwendung von EU-Recht und der Rechtsprechung des EuGH setzen grenzüberschreitende Umwandlungen die sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen voraus. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Das Verfahren betrifft die Zurückweisung einer Handelsregisteranmeldung.

2 Die betroffene Gesellschaft ist seit 2013 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen (...). (...) Mit Datum vom 20.05.2021 meldete der verfahrensbefugte Notar die Sitzverlegung der Gesellschaft in die Türkei gemäß Gesellschafterbeschluss vom selben Tag an. Auf den Hinweis des Registergerichts auf § 4a GmbHG, wonach der Satzungssitz einer GmbH zwingend im Inland liegen müsse, beantragte der Notar sodann unter dem 25.10.2021 die Löschung gemäß § 393 Abs. 1 FamFG analog. Zur Begründung führte er an, die Gesellschaft sei am 16.07.2021 im türkischen Handelsregister eingetragen worden, dies als Limited Sirketi. Der EuGH habe grenzüberschreitende Sitzverlegungen für rechtmäßig erachtet. Aufgrund des Assoziationsabkommens zwischen der Türkei und der damaligen EWR aus dem Jahr 1963 solle sowohl deutschen Gesellschaften in der Türkei als auch umgekehrt eine der EWR gleichgestellte Möglichkeit zugebilligt werden, den EU-Staaten gleichgestellte Regelung zu genießen. Da das FamFG die Löschung aufgrund Doppelseintragung nicht vorsehe, sei § 393 FamFG analog anzuwenden.

3 Die Rechtspflegerin des Handelsregisters wies mit dem angefochtenen Beschluss beide Anmeldungen zurück. Die Sitzverlegung nach Ankara sei wegen § 4a GmbHG unzulässig. Die Löschung sei ebenfalls nicht einzutragen, da die Gesellschaft nicht erloschen sei, sondern ein Formwechsel eingetreten sei. Dieser sei erst wirksam, wenn die Wirksamkeit nach den Rechtsordnungen sowohl des Weg- als auch des Zuzugsstaats gegeben sei.

4 Mit der durch den Notar eingelegten Beschwerde macht die Gesellschaft geltend, das AG habe unberücksichtigt gelassen, dass die konstitutive Registereintragung in der Türkei bereits erfolgt sei. Die Beschwerdeführerin bestehe also als türkische Limited Sirketi weiter. Da somit die Eintragung des Herausformwechsels ins Zuzugland erfolgt sei, bestehe der vormalige Sitz in Deutschland nicht mehr. Würde nun die grenzüberschreitende formwechselnde Sitzverlegung verweigert, hätte sich die Gesellschaft gleichsam verdoppelt, was nicht gewollt sei. Sofern sich das Gericht aufgrund fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen daran gehindert sehen sollte, die formwechselnde Sitzverlegung in die Türkei einzutragen, müsste zumindest die Beschwerdeführerin analog § 393 Abs. 1 FamFG im deutschen Handelsregister gelöscht werden.

5 II. Die gemäß § 382 Abs. 3, § 58 FamFG statthafte, nach §§ 63, 64 FamFG form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde, über die der Senat gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2a GerOrgG Rheinland-Pfalz entscheidet, bleibt in der Sache ohne Erfolg.

6 Zu Recht hat das Registergericht die Anmeldung der Sitzverlegung in die Türkei zurückgewiesen, weil nach § 4a GmbHG der Satzungssitz einer GmbH zwingend im Inland liegen muss.

7 Ebenso zu Recht hat es den nach Ansicht der Beschwerdeführerin bestehenden Herausformwechsel nicht anerkannt und die Eintragung der Löschung der GmbH abgelehnt.

8 Die Voraussetzungen für eine Löschung der GmbH im deutschen Handelsregister liegen nicht vor. Nach § 393 Abs. 1 FamFG ist das Erlöschen einer Firma gemäß § 31 Abs. 2 HGB von Amts wegen oder auf Antrag der berufsständischen Organe in das Handelsregister einzutragen. Erlöschen ist eine Firma, wenn sie ihren Geschäftsbetrieb endgültig einstellt (BeckOGK-HGB/Maierhofer, Stand: 15.09.2021, § 31 Rdnr. 36). Die Beschwerdeführerin macht hier aber keine Einstellung ihres Geschäftsbetriebs, sondern einen grenzüberschreitenden Formwechsel von einer deutschen GmbH in eine türkische Limited Sirketi geltend. Die Löschung kann demnach nicht nach § 393 Abs. 1 FamFG erfolgen.

9 Es besteht kein Anlass, § 393 Abs. 1 FamFG analog anzuwenden, da es schon an der für eine analoge Anwendung erforderlichen Regelungslücke mangelt. Für Umwandlungen gelten die Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes, im Falle eines Formwechsels die §§ 190 ff. UmwG.

10 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin genügt die – vom AG nicht übersehene – Eintragung im Handelsregister der Türkei nicht, um die Wirksamkeit des Formwechsels zu begründen. Hierbei beruft sich die Beschwerde auch ohne Erfolg auf die Regelungen des EU-Rechts, und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH („VALE“ und „Polbud“), da diese ohnehin auf die Türkei nicht anzuwenden sind. Das angeführte Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (64/733/EWG)



enthält gerade keine Regelung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.

11 Aber selbst unter Anwendung von EU-Recht und der Rechtsprechung des EuGH sind die Anforderungen eines grenzüberschreitenden Herausformwechsels nicht erfüllt. Vielmehr setzen grenzüberschreitende Umwandlungen die sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen voraus (EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10 „VALE“, juris). Soweit aus Gründen der Freizügigkeit ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland rechtlich anerkannt ist, weil die Art. 49 AEUV und 54 AEUV, die die Niederlassungsfreiheit regeln, einen Mitgliedstaat, der für inländische Gesellschaften die Möglichkeit der Umwandlung vorsieht, verpflichten, dieselbe Möglichkeit auch Gesellschaften zu geben, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen und sich in Gesellschaften nach dem Recht des erstgenannten Mitgliedstaats umwandeln möchten (EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-378/10, NJW 2012, 2715; vgl. auch schon Urteil vom 16.12.2008, C-210/06, NJW 2009, 569), sind dennoch die Anforderungen des deutschen UmwG zu erfüllen, die Umwandlung also im Ausgangspunkt nach den §§ 190 ff. UmwG zu beurteilen (Saarländisches OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020, 5 W 79/19, juris Rdnr. 19).

12 Ob allerdings ein „Herausformwechsel“ von einer deutschen GmbH in eine türkische Gesellschaftsform zulässig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden, ebenso wenig wie die Frage, ob die unmittelbar für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffenen drittschützenden Bestimmungen der §§ 122d, 122e UmwG analog zur Anwendung zu bringen sind (vgl. hierzu Saarländisches OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020, 5 W 79/19, juris Rdnr. 17). Denn jedenfalls mangelt es hier schon an einem Umwandlungsbeschluss der Beschwerdeführerin sowie sämtlichen weiteren Voraussetzungen einer nach deutschem Recht wirksamen Umwandlung.

(...)

Hinweis der Schriftleitung: Für grenzüberschreitende Formwechsel von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU bzw. des EWR gelten seit 01.03.2023 die durch das UmRUG neu eingeführten Vorschriften der §§ 333 ff. UmwG (zu intertemporalen Aspekten vgl. § 355 UmwG).

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

19. Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität bei notarieller Amtshaftung

BGH, Urteil vom 16.02.2023, III ZR 210/21 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 01.12.2021, 3 U 99/21)

BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1

BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1, § 24 Abs. 1

GBO § 15 Abs. 3

LEITSATZ:

Hängt die Kausalität für den Eintritt eines Schadens nicht nur von der notariellen Amtspflichtverletzung, sondern auch von weiteren Umständen ab, trägt der Geschädigte hierfür ebenfalls die Beweislast (Fortführung von BGH, Urteil vom 23.01.2020, III ZR 28/19, WM 2020, 1176).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen notarieller Amtspflichtverletzungen auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Klägerin betreibt Leasinggeschäfte. Die F GmbH aus Hannover (künftig: Leasingnehmerin), deren geschäftsführender Gesellschafter O H S war, richtete über die B F S GbR (künftig: Vermittlerin) eine Leasinganfrage an die Klägerin zur Finanzierung einer Digitaldruckmaschine. Die Klägerin teilte der Vermittlerin mit Schreiben vom 13.10.2017 mit, der Leasingvertrag sei unter folgender Auflage genehmigt:

„(...)

Eintragung einer Briefgrundschuld auf dem Wohnhaus eingetragen im GB (...), nach Vorl. Abt. III i. H. v. 281.210,53 € Abtretung von Rangübertragungsansprüchen der (...) Zweckerklärung“

3 Die Leasingnehmerin bestellte daraufhin mit Kaufvertrag vom 18.10.2017 von der G G H GmbH (künftig: Verkäuferin) die Druckmaschine zum Preis von 129.000 € netto. Sie unterzeichnete am selben Tag ein Vertragsformular der Klägerin, mit welchem sie ihr hinsichtlich der bestellten Maschine den Abschluss eines Leasingvertrags anbot. Zugleich unterschrieb O H S die geforderte Bürgschaftserklärung. Die Klägerin teilte der Verkäuferin mit Schreiben vom 23.10.2017 mit, dass sie unter folgenden Voraussetzungen in die Bestellung der Leasingnehmerin eintreten werde:

„(...)

– Leasingvertrag, (...), SEPA, Zweckerklärung müssen in Original vorliegen – Eintragung einer Briefgrundschuld auf dem Wohnhaus (...)“

4 Am 20.10.2017 hatte der Sohn O H S, der Zeuge M S, ein von der Klägerin verfasstes Dokument mit dem Titel „Grundschuld Zweckerklärung zur Sicherung der Geschäftsverbindung mit Abtretung der Rückgewähransprüche sowie Übernahme der persönlichen Haftung“ unterzeichnet. Dieses enthielt eine Zweckerklärung für eine Grundschuld über 100.000 €, mit welcher das Hausgrundstück des Zeugen in

B belastet werden sollte. Mit Übernahmeerklärung vom 01.11.2017 bestätigten die Leasingnehmerin und die Verkäuferin der Klägerin, dass die Leasingnehmerin die Druckmaschine erhalten hatte. Die Verkäuferin stellte der Klägerin mit Rechnung vom 02.11.2017 gemäß ihrem Bestelleintritt den Kaufpreis für die Maschine von 129.000 € netto in Rechnung. Die Klägerin teilte der Leasingnehmerin daraufhin mit Schreiben vom 08.11.2017 mit, dass sie den Leasingvertrag annehme. Am 09.11.2017 unterzeichnete sie den Leasingvertrag.

5 Der Beklagte beglaubigte am 10.11.2017 die Unterschrift des Zeugen M S auf der Zweckerklärung der Klägerin. Mit E-Mail sowie Schreiben vom selben Tag teilte er der Klägerin mit, er übersende als Anlage eine beglaubigte Kopie der „Grundschuldbestellungsurkunde vom 10.11.2017 – UR.-Nr. (...) /2017“. Das Original habe er dem AG Hannover zum Vollzug eingereicht. Tatsächlich waren der E-Mail und dem Schreiben lediglich eine Kopie der Zweckerklärung mit Unterschriftsbeglaubigung sowie das Eintragungssuchen an das AG Hannover beigelegt.

6 Am 13.11.2017 zahlte die Klägerin den Restkaufpreis von 130.483,50 € an die Verkäuferin aus. Das Grundbuchamt teilte dem Beklagten mit Verfügung vom 16.11.2017 mit, dass eine Eintragung der Grundschuld auf der Grundlage der vorgelegten Zweckerklärung nicht möglich sei, weil insbesondere ein entsprechender Antrag sowie eine Bewilligung der Eigentümer fehle. Der Beklagte entwarf deshalb eine Grundschuldbestellungsurkunde und bat den Zeugen M S mit E-Mail vom 28.11.2017, einen Termin zur Beurkundung zu vereinbaren. Dieser lehnte die Bestellung der Grundschuld jedoch ab.

7 Im April 2018 geriet die Leasingnehmerin mit der Zahlung der Leasingraten in Verzug. Die Klägerin kündigte daraufhin den Leasingvertrag und forderte Schadensersatz von 124.876,33 €. Da über das Vermögen der Leasingnehmerin das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Bürge O H S im Februar 2018 verstorben war, nahm die Klägerin den Zeugen M S aus dem in der Zweckerklärung enthaltenen Schuldanerkenntnis in Anspruch. Das LG Hannover wies ihre Klage ab. Die Berufung der Klägerin wurde vom OLG Celle zurückgewiesen. Die Klägerin verwertete die Druckmaschine, die zum Preis von 22.000 € netto an die Verkäuferin versteigert wurde.

8 Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe seine Amtspflichten verletzt. Sie habe im Vertrauen darauf, dass die vermeintlich zur Eintragung eingereichte Grundschuld zur Eintragung kommen würde, den Leasingvertrag mit der Leasingnehmerin geschlossen und die Zahlung an die Verkäuferin geleistet. Die Versäumnisse des Beklagten seien kausal für den eingetretenen Schaden. Wäre die Grundschuld tatsächlich eingetragen worden, hätte sie sich in Höhe von mindestens 100.000 € befriedigen können.

9 Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten auf die Berufung der Klägerin verurteilt, an diese 100.000 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Zurückweisung der Berufung der Klägerin.

10 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 I. Das OLG hat ausgeführt, der Klägerin stehe gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO i. V. m. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO zu. Der Beklagte habe, indem er unstreitig in Kenntnis des Umstands, dass der Zeuge M S ihn mit einer Grundschuldbestellung beauftragt habe, die Unterschrift des Zeugen unter der Zweckerklärung beglaubigt habe, ohne gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG, § 15 Abs. 3 GBO zu prüfen, ob das Schriftstück alle für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen enthalte, seine Amtspflichten verletzt. Diese hätten ihm auch gegenüber der Klägerin obliegen.

12 Die Klägerin habe den Subsidiaritätsgrundsatz des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO gewahrt. Ihr sei durch die Amtspflichtverletzung des Beklagten ein Schaden von 100.000 € entstanden. Nach dem hypothetischen Kausalverlauf wäre ohne die Pflichtverletzung des Beklagten zugunsten der Klägerin eine Grundschuld auf dem Grundstück des Zeugen S eingetragen worden, aus der sich die Klägerin hätte befriedigen können, da dieser nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien gerade zwecks Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück beim Beklagten erschienen sei. Der Beklagte habe eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs dergestalt, dass der Zeuge im Falle des Entwurfs einer Grundschuldbestellungsurkunde durch den Beklagten und der Belehrung über den Inhalt der Urkunde und die Folgen einer Grundschuldbestellung nicht mehr bereit gewesen sei, eine entsprechende Erklärung abzugeben, nicht bewiesen. Beweisbelastet für eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs sei der Beklagte. Immer wenn sich der Schädiger – wie hier – bei einer grundsätzlich feststehenden Kausalität auf einen abweichenden Kausalverlauf und damit auf eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs stütze, sei er für die dahingehenden Tatsachen beweisbelastet.

13 Den ihm obliegenden Beweis habe der Beklagte nicht erbracht. Zwar habe der Zeuge S ausgesagt, er glaube nicht, dass er eine Grundschuldbestellung unterschrieben hätte, wenn der Beklagte noch am 10.11.2017 eine solche vorbereitet hätte, insbesondere nicht, wenn er darüber aufgeklärt worden wäre, dass der Gläubiger einer Grundschuld das Grundstück versteigern könne. Die Ausführungen des Zeugen seien für den Senat jedoch nicht überzeugend. Die Aussage lasse auch unter Berücksichtigung aller weiteren Umstände keine Überzeugungsbildung nach § 287 ZPO dahingehend zu, dass der Zeuge am 10. oder später nicht bereit gewesen sei, eine Grundschuldbestellung vornehmen zu lassen.

14 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität notarieller Amtspflichtverletzungen verkannt.

15 1. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen lässt sich ein Kausalzusammenhang zwischen der vom



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Berufungsgericht angenommenen Amtspflichtverletzung des Beklagten und dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden nicht bejahen.

16 a) Das Berufungsgericht sieht die Verletzung einer auch gegenüber der Klägerin bestehenden Amtspflicht des Beklagten darin, dass dieser in Kenntnis des Umstands, dass der Zeuge S ihn mit einer Grundschuldbestellung beauftragt hatte, dessen Unterschrift unter der Zweckerklärung beglaubigte, ohne zu prüfen, ob die Zweckerklärung alle für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen enthielt (...). Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

17 b) Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Senats die Ursächlichkeit der Amtspflichtverletzung eines Notars für den geltend gemachten Schaden von der Beantwortung der Frage abhängt, wie die Dinge verlaufen wären, wenn der Notar pflichtgemäß gehandelt hätte, und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen in diesem Fall darstellen würde (vgl. nur Senat, Urteil vom 23.08.2018, III ZR 506/16, WM 2019, 557 Rdnr. 25 m. w. N.).

18 c) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht jedoch anschließend von einer „grundsätzlich feststehenden“ Kausalität der Pflichtverletzung des Beklagten für den Schaden der Klägerin ausgegangen mit der Folge, dass es – unter Heranziehung des Senatsurteils vom 23.01.2020 (III ZR 28/19, WM 2020, 1176 Rdnr. 13) – eine Beweislast des Beklagten für solche Tatsachen angenommen hat, die einen abweichenden Kausalverlauf und eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs begründen.

19 Bei der Würdigung, ob ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen einer Pflichtverletzung und einem Schaden besteht bzw. der Zurechnungszusammenhang unterbrochen wurde, handelt es sich zwar um eine im Wesentlichen dem Tatrichter vorbehaltene Würdigung. Deshalb darf das Revisionsgericht die in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen der Vorinstanz nur darauf überprüfen, ob sie auf grundsätzlich falschen rechtlichen Überlegungen beruhen, entscheidungserhebliches Vorbringen außer Acht lassen oder gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen (zum Beispiel Senat, Urteil vom 21.01.2021, III ZR 70/19, VersR 2021, 1298 Rdnr. 23 m. w. N.).

20 Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind indes auch unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs rechtsfehlerhaft.

21 aa) Die „grundsätzlich feststehende“ Kausalität hat das Berufungsgericht daraus hergeleitet, dass nach dem hypothetischen Kausalverlauf ohne die Pflichtverletzung des Beklagten zugunsten der Klägerin eine Grundschuld für das Grundstück des Zeugen S eingetragen worden wäre, aus der sich die Klägerin hätte befriedigen können. Denn der Zeuge sei gerade zwecks Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück beim Beklagten erschienen. Es hat weiter angenommen, der Beklagte habe eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs dergestalt, dass der Zeuge im Falle des Entwurfs einer Grundschuldbestel-

lungsurkunde durch den Beklagten und der daraus resultierenden Belehrung über den Inhalt der Urkunde und die Folgen einer Grundschuldbestellung nicht mehr bereit gewesen sei, eine entsprechende Erklärung abzugeben, nicht beweisen können.

22 bb) Diese Ausführungen beruhen auf unzutreffenden rechtlichen Überlegungen.

23 (1) Das Berufungsgericht hat sich im Hinblick auf den von ihm aufgestellten Rechtssatz, immer dann, wenn sich der Schädiger bei einer grundsätzlich feststehenden Kausalität auf einen abweichenden Kausalverlauf und damit auf eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs stütze, sei er für die dahin gehenden Tatsachen Beweisbelastet, auf das Senatsurteil vom 23.01.2020 (a. a. O.) bezogen. Dieses enthält indes nicht einen derart allgemein formulierten Rechtssatz. Vor allem aber betrifft die Senatsentscheidung eine andere, vorliegend nicht gegebene Fallkonstellation.

24 (a) Gegenstand der jüngeren Senatsrechtsprechung zur Notarhaftung waren, soweit die Frage der Beweislast für die Kausalität behandelt wurde, zumeist Fälle einer Beurkundung und des Vollzugs von Grundstückskaufverträgen trotz unwirksamer Fortgeltungsklausel (betreffend das getrennt beurkundete Kaufangebot des Grundstückskäufers; zum Beispiel Senat, Urteile vom 23.01.2020, a. a. O.; vom 24.08.2017, III ZR 558/16, NJW 2017, 3161 und vom 21.01.2016, III ZR 159/15, BGHZ 208, 302) oder trotz fehlenden Ablaufs der Wartefrist gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (in der bis zum 30.09.2013 geltenden Fassung; zum Beispiel Senat, Urteile vom 28.05.2020, III ZR 58/19, BGHZ 226, 39 und vom 25.06.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112).

25 In solchen Konstellationen steht die Kausalität des amtspflichtwidrigen Tuns des Notars für den Schaden des Klägers – in Gestalt des (vollzogenen) Kaufvertrags – bereits fest und muss vom Kläger nicht mehr bewiesen werden. Denn der Kaufvertrag bzw. der Anschein eines wirksamen Kaufvertrags kam unmittelbar durch die amtspflichtwidrige Handlung des Notars zustande, das heißt, ohne dass das Dazwischentreten weiterer Umstände erforderlich war. Ob der Urkundsbeteiligte auf die Belehrung des Notars über die mögliche Unwirksamkeit der verwendeten Fortgeltungsklausel oder auf die Ablehnung der vorzeitigen Beurkundung hin erneut ein Kaufangebot abgegeben hätte, durch dessen Annahme der Vertrag (verfahrensfehlerfrei) zustande gekommen wäre, ist dementsprechend nicht mehr eine Frage des – vom jeweiligen Kläger zu beweisenden – Ursachenzusammenhangs, sondern des – vom beklagten Notar zu beweisenden – Bestehens eines hypothetischen, anderen Verlaufs, der bei wertender Betrachtung geeignet wäre, die haftungsrechtliche Zurechnung des eingetretenen Schadens zu unterbrechen (vgl. Senat, Urteile vom 23.01.2020, a. a. O. und vom 25.06.2015, a. a. O. Rdnr. 21).

26 (b) Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend nicht gegeben. Vielmehr handelt es sich hier um eine notarielle Amtspflichtverletzung allein in Gestalt eines pflichtwidrigen Unterlassens, und zwar der unterbliebenen Prüfung, ob die

Zweckerklärung alle für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen enthielt, und damit der Umsetzung des Auftrags des Zeugen S, eine Grundschuld zu bestellen, dienen konnte. In derartigen Fällen genügt für den vom Geschädigten zu beweisenden Kausalzusammenhang nicht die amtspflichtwidrige Handlung (hier eine Unterlassung) selbst. Ob diese überhaupt zu einem Schaden geführt hat, hängt vielmehr von dem weiteren Zwischenschritt ab, ob der Zeuge nach Kenntnis des Ergebnisses einer solchen – unterstellt amtspflichtgemäß durchgeführten – Prüfung und der ggf. erforderlichen Belehrung über die rechtliche Tragweite einer Grundschuld diese bestellt hätte. Wie sich der Auftraggeber des Notars bei amtspflichtgemäßem Handeln verhalten hätte, gehört mithin in der vorliegenden Konstellation vollständig zu dem vom Kläger zu beweisenden Ursachenzusammenhang, während er beim amtspflichtwidrigen, unmittelbar zum Schaden führenden Tun teilweise der Frage nach einer – vom Notar zu beweisenden – beachtlichen Reserveursache zuzuordnen ist (vgl. Senat, Urteil vom 23.01.2020, a. a. O.). Dabei wird vorliegend zu berücksichtigen sein, dass den Beklagten nach pflichtgemäßer Prüfung der Zweckerklärung gemäß § 15 Abs. 3 GBO und der Erkenntnis, dass diese nicht alle zur Eintragung der Grundschuld erforderlichen Erklärungen enthielt, über § 24 Abs. 1 BNotO dem Inhalt nach die gleiche Belehrungspflicht wie bei der Beurkundung der Erklärung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) getroffen hätte, wenn er im Anschluss die Unterschrift des Zeugen S unter einen von ihm, dem Beklagten, hergestellten Urkundsentwurf beglaubigt hätte (vgl. Senat Urteil vom 14.03.1963, III ZR 178/61, BeckRS 2013, 94 [unter IV.]; BGH, Urteil vom 18.01.1996, IX ZR 81/95, DNotZ 1997, 51, 52; Armbrüster/Preuß/Tebben, BeurkG mit NotAktVV und DNot, 9. Aufl., § 40 Rdnr. 34: gleiche Belehrungspflicht wie bei Beurkundung bei Urkundsentwurf des Notars oder Beratung bei Textabfassung und anschließender Beglaubigung der Unterschrift).

27 (2) Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend erkannt, dass vorliegend zur Bejahung des Ursachenzusammenhangs zwischen notarieller Pflichtverletzung und Schaden der hypothetische Kausalverlauf ohne die Pflichtverletzung festzustellen ist. Es hat jedoch den – in der hier gegebenen Konstellation, dass die amtspflichtwidrige (Nicht-)Handlung nicht unmittelbar den geltend gemachten Schaden herbeigeführt hat – von der Klägerin zu beweisenden hypothetischen Kausalverlauf verkürzt betrachtet, ihn in zwei Abschnitte aufgespalten und rechtsfehlerhaft hinsichtlich des zweiten Abschnitts die Beweislast dem Beklagten zugewiesen.

28 (a) Das Berufungsgericht hat gemeint, bereits auf der Grundlage, dass der Zeuge S am 10.11.2017 beim Beklagten zwecks Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück erschienen war, feststellen zu können, dass ohne die Pflichtverletzung des Beklagten eine Grundschuld eingetragen worden wäre. Eine solche Betrachtungsweise verkürzt indes den Sachverhalt, der zur Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs in den Blick zu nehmen ist.

29 Zu dem von der Klägerin zu beweisenden hypothetischen Kausalverlauf gehört aus den vorstehenden Gründen

der gesamte Sachverhalt, wie er sich ereignet hätte, wenn der Beklagte am 10.11.2017 pflichtgemäß gehandelt hätte. Er umfasst die Vorbereitung aller zur Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch notwendigen Erklärungen des Zeugen S, die ggf. gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG oder – über § 24 Abs. 1 BNotO – wie bei einer Beurkundung vom Beklagten vorzunehmende Belehrung über die rechtliche Tragweite der Bestellung einer Grundschuld an dem Grundstück des Zeugen (wie etwa die Möglichkeit einer Zwangsversteigerung des Grundstücks) und das Verhalten des Zeugen nach ordnungsgemäßer Belehrung. Von der Klägerin war mithin zu beweisen, dass der Zeuge S auch nach notarieller Belehrung über die rechtliche Tragweite der Bestellung einer Grundschuld an seinem Grundstück (als Sicherheit für eine fremde Schuld) die – unterstellt – vom Beklagten hierzu vorbereiteten Erklärungen abgegeben hätte. Dabei wird zu beachten sein, dass die notarielle Belehrung eine Entscheidung der Beteiligten für oder gegen das Geschäft in Kenntnis von dessen rechtlicher Tragweite und Folgen ermöglichen soll.

30 (b) Für den Fall, dass das Berufungsgericht in dem neuen Verfahren das Erscheinen des Zeugen S beim Beklagten am 10.11.2017 in Kenntnis der von ihm schon am 20.10.2017 unterzeichneten, wesentliche Details der zu bestellenden Grundschuld enthaltenden Zweckerklärung als ein zur Überzeugungsbildung ausreichendes Indiz dafür werten sollte, dass der Zeuge auch nach Belehrung durch den Beklagten eine entsprechende Grundschuldbestellungsurkunde unterzeichnet hätte, weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin: Auch dies hätte nicht zur Folge, dass das Gegenteil – im Sinne eines Hauptbeweises für einen abweichenden Kausalverlauf – nunmehr vom Beklagten zu beweisen wäre. Allenfalls obläge ihm der Gegenbeweis, für den indes ein anderes Beweismaß gilt (vgl. Stein/Jonas/Thole, ZPO, 23. Aufl., § 284 Rdnr. 6 m. w. N.).

31 2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Revisionsrüge macht in diesem Zusammenhang geltend, wenn der Zeuge S am 10.11.2017 nach Belehrung die Grundschuldbestellung verweigert hätte, hätte der Beklagte die Klägerin auch nicht von der erfolgten Antragstellung in Bezug auf die Grundschuldeintragung informiert. Dann hätte die Klägerin nicht die Zahlung an den Lieferanten ausgelöst und es wäre nicht zu dem geltend gemachten Schaden gekommen.

32 Hiervon kann auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands nicht ausgegangen werden.

33 Das Berufungsgericht hat mit Beschluss vom 16.09.2019 darauf hingewiesen, die Klägerin habe gegen den Beklagten keinen Schadensersatzanspruch wegen der unrichtigen Mitteilungen vom 10.11.2017, weil es insoweit an einem kausalen Schaden fehle. Der Leasingvertrag zwischen der Klägerin und der Leasingnehmerin sei bereits am 08.11.2017 zustande gekommen. Das von der Klägerin für den Abschluss des Leasingvertrages verwendete Formular habe weder eine aufschiebende noch eine auflösende Bedingung enthalten, die die Leasingnehmerin verpflichtet habe, die Grundschuld auf dem Grundstück des Sicherungsge-

bers M S beizubringen. Eine mündliche Nebenabrede mit diesem Inhalt habe gemäß Nummer 14 Abs. 4 Satz 1 der Allgemeinen Leasingbedingungen ebenfalls nicht bestanden. Die Klägerin habe ihrer Verpflichtung gegenüber der Leasingnehmerin nur durch Zahlung des Kaufpreises an die Verkäuferin nachkommen können. Etwaige Vereinbarungen zwischen der Verkäuferin und der Klägerin über den Eintritt der Bestellung seien insoweit nicht relevant, weil sie die Klägerin nicht von ihren Pflichten gegenüber der Leasingnehmerin hätten befreien können.

34 Diese Würdigung lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Danach war die Klägerin unabhängig von einer Beurkundung der zur Bestellung einer Grundschuld erforderlichen Erklärungen des Zeugen S aufgrund des am 08.11.2017 mit der Leasingnehmerin geschlossenen Leasingvertrages zur Entrichtung des Kaufpreises an die Verkäuferin verpflichtet. Dies gilt mithin auch für den Fall, dass der Zeuge am 10.11.2017 die Abgabe der zur Bestellung einer Grundschuld erforderlichen Erklärungen verweigert hätte und dementsprechend eine Mitteilung des Beklagten an die Klägerin über die Beurkundung solcher Erklärungen unterblieben wäre.

(...)

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Kein gemeindliches Vorkaufsrecht bei Ausgliederung eines einzelkaufmännisch betriebenen Unternehmens zur Aufnahme durch Ein-Personen-GmbH

OLG Naumburg, Beschluss vom 09.12.2022, 12 Wx 34/22

BauGB §§ 24, 25, 28 Abs. 1 Satz 2

GBO §§ 28, 29

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 22

UmwG §§ 6, 125 Abs. 1 Satz 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 2, § 152

LEITSATZ:

Wird das Vermögen eines im Handelsregister eingetragenen Einzelkaufmanns insgesamt auf eine GmbH übertragen, deren Alleingesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Einzelkaufmann ist, so besteht kein gemeindliches Vorkaufsrecht nach § 24 BauGB, sodass das Grundbuchamt für die beantragte Eigentumsumschreibung auf die GmbH nicht die Vorlage eines Negativattests nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB verlangen kann.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Im oben genannten Grundbuch ist als Eigentümerin der Grundstücke (...) die „S GbR Dr. E B und C B“, bestehend aus den Gesellschaftern Dr. E B (...) und C B (...), eingetragen.

2 Im Handelsregister des AG Frankfurt (Oder) wurde unter HRA (...) am 13.11.2020 unter der Firma „Dr. E B e K“ ein von

dem Beteiligten zu 1 betriebenes Einzelunternehmen eingetragen.

3 Darüber hinaus ist der Beteiligte zu 1 Alleingesellschafter der Beteiligten zu 2 und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer.

4 Mit notarieller Urkunde (...) – verhandelt vor dem Verfahrensbevollmächtigten, gliederte der Beteiligte zu 1 das von ihm betriebene Einzelunternehmen „Dr. E B e K“ gemäß §§ 152 ff. UmwG auf die Beteiligte zu 2 aus. Dafür vereinbarten die Beteiligten unter § 2 des Vertrages:

„1. Das übertragene Vermögen (Aktiva und Passiva) ergibt sich aus der Bilanz des Einzelunternehmens zum 31.01.2021 als Schlussbilanz nebst Inventarverzeichnis. Sie ist in beglaubigter Abschrift dieser Niederschrift als Anlage 1 beigefügt (...). Alle auf den Bilanzstichtag bis zur Eintragung der Ausgliederung vom Einzelkaufmann hinzuerworbenen/eingegangenen Aktiva und Passiva werden mit übertragen (...).

2. Im Zuge der Vermögensübertragung überträgt Herr Dr. E B die Grundstücke a. Grundbuchamt Quedlinburg, Grundbuch von N, Blatt (...), Gemarkung N,

(...)

c. (...) nach den Angaben der Beteiligten ist Frau C B mit Ablauf des 31.12.2020 aus der GbR ausgeschieden, das Gesellschaftsvermögen auf Herrn Dr. B übergegangen.“

5 Der Punkt § 3 „Gegenleistung“ ist gestrichen.

6 Am 01.09.2021 wurde die Firma des Unternehmens „Dr. E B e K“ im Handelsregister gelöscht, weil das Unternehmen gemäß Ausgliederungsplan vom 20.08.2021 als Gesamtheit aus dem Vermögen des Inhabers auf die Beteiligte zu 2 ausgegliedert worden war.

7 Mit notarieller Urkunde (...) des Verfahrensbevollmächtigten vom 03.09.2021 teilte C B dem Grundbuchamt mit, dass sie aus der S GbR ausgeschieden sei.

8 Am 21.09.2021 erklärte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten gegenüber dem Grundbuchamt die Auflösung:

„Für den von mir vertretenen Dr. E B (...) und der I (...) bin ich darüber einig, dass das Eigentum an den im Grundbuch von N Blatt (...) verzeichneten Grundstücken (...) auf die I (...) übergeht.“

9 Zugleich beantragte er gemäß seiner Urkunde (...) die Grundbuchberichtigung und bewilligte und beantragte die Eigentumsumschreibung gemäß der Urkunde (...) auf die Beteiligte zu 2.

10 Mit Zwischenverfügung vom 20.10.2021 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass der beantragten Berichtigung und Umschreibung folgende Hindernisse entgegenstünden und setzte zugleich eine Frist zur Beseitigung von sechs Wochen:

11 Durch das Ausscheiden der Mitgesellschafterin aus der GbR sei deren Anteil an dem Grundstück dem Mitgesell-

schafter angewachsen, damit habe zugleich ein Rechtsträgerwechsel stattgefunden, was gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG ein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang sei, weshalb für die Grundbuchberichtigung die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 22 GrEStG vorzulegen sei.

12 Gleiches gelte für die Auflassung des Grundstückes durch den Beteiligten zu 1 an die Beteiligte zu 2. Darüber hinaus fehle für diesen Übertragungsakt eine Genehmigung bzw. Negativbescheinigung gemäß §§ 24 ff. BauGB.

13 Mit Schreiben vom 15.11.2021 teilte der Verfahrensbevollmächtigte mit, dass die Unbedenklichkeitsbescheinigungen beim FA angefordert seien. Er halte allerdings die Vorlage eines Negativzeugnisses nicht für erforderlich und lege deshalb gegen diese Auflage Beschwerde ein. Es läge kein Kauf oder einem Kauf gleichstehendes Rechtsgeschäft vor. Die Grundstücke seien Betriebsvermögen der S GbR gewesen. Diese sei aufgelöst worden. Damit seien die Grundstücke dem Beteiligten zu 1 angewachsen und dadurch dem Einzelunternehmen „Dr. B e K“ zuzuordnen. Dies sei auch aus dem Inventarverzeichnis des (Einbringungs-)Abschlusses des Einzelunternehmens „Dr. B e K“ per 31.01.2021 erkennbar. Dort seien die Grundstücke unter der Inventarnummer 85001 aufgeführt. Mit Schreiben vom 09.12.2021 übersandte der Verfahrensbevollmächtigte dem Grundbuchamt als Anlage 1 zu seiner Urkunde (...) die Bilanz „Dr. E B e K“ zum Stichtag 31.01.2021 in einfacher Kopie.

14 Dort findet sich keine Inventarnummer 85001, sondern unter dem Punkt AKTIVA, I. Sachanlagen 1. ist verzeichnet:

„Grundstück, grundstücksgleiche Rechte und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken – wirtschaftliches Eigentum, Eigentümer Grundbuch (...) privat“

15 Das Grundbuchamt teilte dem Verfahrensbevollmächtigten daraufhin am 04.01.2022 mit, dass diese Unterlagen zum einen nicht der Form des § 29 GBO entsprächen und zum anderen auch nicht geeignet seien, um den Rechtsübergang eines Grundstückes im Wege der Ausgliederung gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nachzuweisen, weil die ausgegliederten Grundstücke in der vorgelegten Anlage nicht gemäß § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 2 UmwG bezeichnet worden seien. Das Grundbuchamt gehe deshalb davon aus, dass der Beteiligte zu 1 erst mit Auflassung vom 21.09.2021 die Grundstücke auf die Beteiligte zu 2 übertragen habe. Für diesen Übertragungsakt fehle weiterhin das angeforderte Negativzeugnis.

16 In seinem Schreiben vom 01.02.2022 widersprach der Verfahrensbevollmächtigte dieser Auffassung. Der Beteiligte zu 1 sei identisch mit dem „Dr. E B e K“ und habe als solcher sein Vermögen, insbesondere die verfahrensgegenständlichen Grundstücke auf die Beteiligte zu 2 im Wege der Ausgliederung übertragen.

17 Mit Beschluss vom 06.07.2022 half das Grundbuchamt der Beschwerde nicht ab, teilte jedoch gleichzeitig mit, dass die Vorlage eines Negativzeugnisses nur solange erforderlich sei, bis der Verfahrensbevollmächtigte die Auflassung

zurücknehme. Im Übrigen seien die Grundstücke im notariell beurkundeten Ausgliederungsvertrag gemäß § 28 GBO ausreichend bezeichnet worden, sodass dieses Form Erfordernis kein Hindernis mehr darstelle. Der Verfahrensbevollmächtigte reagierte darauf bisher nicht.

18 B. Die nach § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Beschwerde ist begründet. Das vom Verfahrensbevollmächtigten gerügte Hindernis besteht nicht.

19 I. Das Grundbuchamt darf nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB zwar bei Kaufverträgen den Käufer als Eigentümer nur dann in das Grundbuch eintragen, wenn ihm die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts durch ein Negativzeugnis in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Allerdings kann das Grundbuchamt die Vorlage eines Zeugnisses nicht verlangen, wenn der Gemeinde überhaupt kein Vorkaufsrecht zustehen kann. Dies hat das Grundbuchamt selbstständig und eigenverantwortlich zu prüfen (vgl. *Demharter*, Grundbuchordnung, 32. Aufl., § 20 Rdnr. 52).

20 II. Nach dieser Maßgabe hat das Grundbuchamt zu Unrecht die Vorlage eines Negativzeugnisses im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB verlangt.

21 I. Der Umstand, dass vorliegend der Gemeinde nach § 24 BauGB oder ggf. § 25 BauGB kein Vorkaufsrecht zusteht, ergibt sich bereits aus den seitens des Verfahrensbevollmächtigten eingereichten Unterlagen. Die Vorlage eines Negativattestes gemäß § 28 BauGB ist nicht erforderlich. Es liegt keine Veräußerung des Grundstücks vor, die ein Vorkaufsrecht der Gemeinde auslösen würde. Der Verfahrensbevollmächtigte hat den Nachweis für einen Rechtsübergang im Wege des § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in der Form des § 29 GBO erbracht, dem weder ein Kauf noch ein kaufähnliches Geschäft im Sinne des § 24 Abs. 1 BauGB zugrunde liegt.

22 a. Eigentümer der o. g. Grundstücke war durch die gemäß § 29 GBO nachgewiesene Auflösung der S GbR unbeschadet der Ausübung eines eingetragenen einzelkaufmännischen Unternehmens und unabhängig davon, ob sie dem Privatvermögen des Beteiligten zu 1 – oder dem Betriebsvermögen des unter HRA (...) unter der Firma „Dr. E B e K“ Einzelunternehmens zuzuordnen ist, ein und dieselbe natürliche Person, der Beteiligte zu 1.

23 b. Fraglich kann daher nur sein, ob eine Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns auch dann möglich ist, wenn der fragliche Vermögensgegenstand dessen Privatvermögen zuzuordnen ist, und – daran ggf. anschließend – weiter, ob die Voraussetzungen einer Ausgliederung und der Aufnahme durch die Beteiligte zu 2 in Bezug auf das Eigentum vorliegen. Beides ist zu bejahen:

24 aa. Gemäß § 152 Satz 1 UmwG kann die Ausgliederung des von einem Kaufmann betriebenen Unternehmens, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, oder von Teilen desselben aus dem Vermögen dieses Kaufmanns unter anderem zur Aufnahme dieses Unternehmens oder von Teilen dieses Unternehmens durch Kapitalgesellschaften erfolgen. Obwohl die Vorschrift als Ausgliederungsge-

genstand nur das Unternehmen oder Teile desselben benennt, besteht Einigkeit darüber, dass der Kaufmann auch Teile seines Privatvermögens auf die Kapitalgesellschaft ausgliedern kann (Semler/Stengel/Leonard/Seulen, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 152 Rdnr. 67 m. N.). Die Einbeziehung in die Ausgliederung erfolgt in diesem Fall durch Umwidmung des Privatvermögens in das Unternehmensvermögen (Semler/Stengel/Leonard/Seulen, a. a. O.), die sich hier aus der ausdrücklichen Benennung der Grundstücke gemäß § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 2 UmwG i. V. m. § 28 GBO in dem notariell beurkundeten (§§ 6, 125 Abs. 1 Satz 1 UmwG, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) Ausgliederungsvertrag – Urkundenrolle (...) – vom 20.08.2021 ergibt.

25 bb. Die am 01.09.2021 erfolgte Eintragung der Ausgliederung in das Handelsregisterblatt des Einzelunternehmens „Dr. E B e K“ hat gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG hat bewirkt, dass dessen Vermögen in seiner Gesamtheit auf die Beteiligte zu 2 übergegangen ist. Da diese Universal-sukzession nach dem Vorgesagten auch das Eigentum an den verfahrensgegenständlichen Grundstücken umfasste, bedarf es keiner gesonderten Verfügung zum Nachweis des Inhaberwechsels (so auch Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 08.08.2013, 5 W 84/13, juris)

26 cc. Bei der hier gegenständlichen Übertragung des Grundstücks im Wege der Universal-sukzession handelt es sich auch nicht um einen Erwerbsvorgang, der ein Vorkaufsrecht der Gemeinde gemäß § 24 BauGB begründet, so dass auch die Vorlage eines Negativzeugnisses gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB nicht erforderlich ist:

27 (1) Gemäß § 24 Abs. 1 BauGB steht der Gemeinde ein Vorkaufsrecht beim Kauf von Grundstücken zu. Ein Grundstückskauf wird maßgeblich durch die Verkäuferpflicht der Besitz- und Eigentumsverschaffung an einem Grundstück und die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung bestimmt (vgl. § 433 BGB). Dies ist hier nicht der Fall. Die Ausgliederung erfolgte ohne Gegenleistung.

28 (2) Bei der hier erfolgten Ausgliederung handelt es sich aus diesem Grund auch nicht um ein kaufähnliches Umgehungsgeschäft, das ebenfalls ein gemeindliches Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 24 ff. BauGB auslösen kann. Dies ist dann der Fall, wenn der jeweilige Vertrag in seiner Gesamtbetrachtung einem Kaufvertrag nahezu gleichkommt und in den deshalb die Gemeinde zur Wahrung ihrer Erwerbs- und Abwehrinteressen „eintreten“ kann, ohne die vom vorkaufrechtsverpflichteten Eigentümer ausgehandelten Konditionen der Veräußerung zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1991, V ZR 127/90, NJW 1992, 236, 237). Maßgeblich für die Bewertung als kaufähnliches Geschäft ist, ob ein interessengerechtes Verständnis der gewählten Vertragsgestaltung zu dem Ergebnis führt, dass allen formellen Vereinbarungen zum Trotz der Wille der Vertragsschließenden auf eine Eigentumsübertragung (auch) der vorkaufsbelasteten Sache gegen Zahlung eines bestimmten Preises gerichtet war (BGH, Versäumnisurteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, 1355). Auch das ist hier nicht der Fall. Unabhängig davon, ob der Beteiligte zu 1 sein Privatvermögen, wie hier angenommen, umgewidmet und seinem Einzelunternehmen zukommen gelassen hat, dessen Be-

triebsvermögen ausweislich der vorgelegten Bilanz maßgeblich aus dem Grundstück mit der aufstehenden Photovoltaikanlage bestand als es in die Beteiligte zu 2 ausgegliedert wurde, oder ob der Beteiligte zu 1 das Grundstück erst mit der durch seinen Verfahrensbevollmächtigten erklärten Auflassung direkt an die Beteiligte zu 2 übertragen wollte, war die damit verbundene Grundstücksübertragung nicht auf die Zahlung eines bestimmten Preises gerichtet, sondern erfolgte ausweislich der vorgelegten Vertragsunterlagen, in denen der Punkt der „Gegenleistung“ ausdrücklich gestrichen worden war, unentgeltlich.

29 2. Da das Grundstück bereits im Wege der Universal-sukzession auf die Beteiligte zu 2 übergegangen ist, ging die zeitlich danach, am 21.09.2021, erklärte Auflassung des Beteiligten zu 1 ins Leere und stellt damit ebenfalls kein Hindernis dar, das der Eigentumsumschreibung entgegensteht. Denn zu diesem Zeitpunkt war das Eigentum an den Grundstücken bereits gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG an die Beteiligte zu 2 übergegangen. Ein Widerruf der Auflassungserklärung hätte zwar klarstellende Wirkung, ist allerdings kein Hindernis für die beantragte Umschreibung.

(...)

STEUERRECHT

21. Privates Veräußerungsgeschäft nach trennungsbedingtem Auszug eines Ehepartners

BFH, Urteil vom 14.02.2023, IX R 11/21 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 11.03.2021, 11 K 2405/19)

EStG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3

LEITSÄTZE:

- Eine (willentliche) Veräußerung i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG kann auch dann vorliegen, wenn der Ehegatte seinen Miteigentumsanteil an dem im Miteigentum beider Ehepartner stehenden Einfamilienhaus vor dem Hintergrund der drohenden Zwangsvollstreckung im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung (entgeltlich) auf seinen geschiedenen Ehepartner innerhalb der Haltefrist überträgt.**
- Der Ehegatte nutzt seinen Miteigentumsanteil nach dem Auszug aus dem Familienheim nicht mehr zu eigenen Wohnzwecken i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG, wenn der geschiedene Ehepartner und das gemeinsame minderjährige Kind weiterhin dort wohnen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Streitig ist, ob der Befreiungstatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG erfüllt ist, wenn der seinen Miteigentumsanteil veräußernde Ehegatte nach Trennung der Eheleute aus dem im Miteigentum stehenden Wohnhaus ausgezogen ist, der andere Ehegatte und das gemeinsame Kind dort aber wohnen bleiben.

2 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) wird im Streitjahr 2017 einzeln zur Einkommensteuer veranlagt.

3 Der Kläger und seine mittlerweile von ihm geschiedene Ehefrau erwarben mit Kaufvertrag von Dezember 2008 ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück zum Kaufpreis von (...) € zu jeweils hälftigem Miteigentum und bewohnten es gemeinsam mit ihrem am (...).2007 geborenen Sohn.

4 Im Jahr 2015 zog der Kläger aus. Die Ehe wurde durch rechtskräftiges Urteil vom (...).2017 geschieden. Nachdem die geschiedene Ehefrau des Klägers die Zwangsversteigerung für den Fall angedroht hatte, dass ihr der Kläger seinen hälftigen Miteigentumsanteil nicht verkaufen sollte, veräußerte der Kläger den hälftigen Miteigentumsanteil mit notariell beurkundeter Scheidungsfolgenvereinbarung und Veräußerungsvertrag vom (...).2017 zum Kaufpreis von (...) € an seine geschiedene Ehefrau und erzielte unstrittig einen Veräußerungsgewinn von (...) €.

5 In seiner Einkommensteuererklärung für 2017 behandelte der Kläger den Veräußerungsgewinn als steuerfrei. Dem folgte der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) im Einkommensteuerbescheid vom (...).2018 nicht. Der dagegen gerichtete Einspruch, mit dem der Kläger eine Selbstnutzung des Objekts (durch Überlassung seines Miteigentumsanteils an sein minderjähriges Kind) geltend machte und auf das Bestehen einer Zwangslage hinwies, blieb ohne Erfolg. (...)

6 Das FG wies die Klage mit dem in EFG 2021, 1625 veröffentlichten Urteil als unbegründet ab. Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG liege nicht vor. Von einer eigenen Wohnnutzung durch den Kläger sei nach dessen trennungsbedingtem Auszug aus dem gemeinsamen Familienheim nicht mehr auszugehen. Eine Wohnnutzung durch ihn persönlich oder durch ihn persönlich und seine Familienangehörigen oder Dritte habe nicht mehr stattgefunden. Zudem seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sich nur um eine vorübergehende Trennung gehandelt haben könnte. Eine alleinige Wohnnutzung des hälftigen Miteigentumsanteils des Klägers durch dessen minderjährigen Sohn, die dem Kläger nach den Grundsätzen des Urteils des BFH vom 21.05.2019, IX R 6/18 (BFH/NV 2019, 1227) zuzurechnen wäre, sei ebenfalls nicht anzunehmen. Zudem habe sich der Kläger nicht in einer – den Veräußerungstatbestand ausschließenden – Zwangslage befunden. Vielmehr sei von einer „wirtschaftlichen Betätigung“ auszugehen.

7 Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er eine Verletzung materiellen Rechts rügt. Der Kläger trägt im Wesentlichen vor, er habe seinen Miteigentumsanteil zwischen Anschaffung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt. Bis zu seinem Auszug aus dem Einfamilienhaus, der zur Einhaltung des Trennungszeitraums erfolgt sei, habe er seinen Miteigentumsanteil persönlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt. Nach dem Auszug habe er diesen im Rahmen seiner unterhaltsrechtlichen Verpflichtung seinem minderjährigen Kind, für das er Anspruch auf Kindergeld habe, unentgeltlich zur Nutzung

überlassen. Dies sei begünstigt (Schreiben des BMF vom 05.10.2000, BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 23). Entscheidend sei, dass er seinen Miteigentumsanteil nur seinem Sohn und nicht zugleich seiner geschiedenen Ehefrau überlassen habe; diese habe das Haus vielmehr kraft ihres eigenen Miteigentumsanteils bewohnt. Dabei handele es sich um unterschiedliche Wirtschaftsgüter. Die Mitbenutzung der Wohnung durch seine geschiedene Ehefrau sei nicht mit der Mitbenutzung seines Miteigentumsanteils gleichzusetzen. Durch den Auszug habe sich insofern nichts verändert. Vor diesem Hintergrund sei auch das Urteil des Hessischen FG vom 30.09.2015, 1 K 1654/14, EFG 2016, 201, das die Überlassung einer im Alleineigentum des Steuerpflichtigen stehenden Wohnung betreffe, nicht einschlägig.

8 Zudem fehle es an einer Veräußerung. Er habe nie verkaufen wollen und dies nur zwangsweise getan. Die Eigentumsübertragung sei daher ohne Übertragungswillen und ohne die Möglichkeit der Einflussnahme aus einer Notlage heraus erfolgt. Im Rahmen der Verhandlungen über die Scheidungsfolgenvereinbarung habe sich sein Handlungsspielraum auf null reduziert. Der Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung sei nur zur Vermeidung der Zwangsmaßnahme erfolgt. Entgegen der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 23.07.2019, IX R 28/18, BFHE 265, 258 = BStBl. II 2019, S. 701) habe er nicht über den Eintritt des Steuertatbestands frei entscheiden können, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen habe er keinen maßgeblichen Einfluss auf den Zeitpunkt der Veräußerung des Miteigentumsanteils gehabt, da seine geschiedene Ehefrau angedroht habe, die Zwangsversteigerung zu betreiben. Die einzige Option sei die Veräußerung des Miteigentumsanteils an seine geschiedene Ehefrau gewesen. Nur auf diese Weise habe er einen wirtschaftlichen Schaden und einen Reputationsschaden abwenden können. Zum anderen habe er den Zeitpunkt des Auszugs nicht bestimmen können. Die für die Scheidung erforderliche räumliche Trennung habe im Familienheim nicht bewerkstelligt werden können. Seine Ehefrau sei nicht bereit gewesen, aus dem gemeinsamen Haus auszuziehen. Müsse er nun einen Veräußerungsgewinn versteuern, werde er gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau, die aus familienrechtlichen Gründen im Familienheim habe bleiben können, (doppelt) benachteiligt: Diese hätte ihren Miteigentumsanteil ohne Weiteres steuerfrei verkaufen können. Im Übrigen sei sein Auszug aufgrund von häuslicher Gewalt alternativlos gewesen, um die psychische und physische Unversehrtheit seines Sohnes und seiner eigenen Person zu erhalten.

(...)

11 II. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht erkannt, dass der Kläger im Streitjahr ein privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG getätigt hat (dazu unter 1.). Entgegen der Ansicht der Revision hat der Kläger das Wirtschaftsgut im maßgeblichen Zeitraum nicht i. S. v. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG zu eigenen Wohnzwecken genutzt (dazu unter 2.). Die Einkünfte des Klägers aus privaten Veräußerungsgeschäften betragen (...) € (dazu unter 3.).

12 1. Der Kläger hat im Streitjahr den Tatbestand der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften gemäß § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG verwirklicht.

13 a) Nach § 22 Nr. 2 EStG zählen zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) auch Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i. S. d. § 23 EStG. Dazu gehören gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken und Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen (zum Beispiel Erbbaurecht, Mineralgewinnungsrecht), bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt.

14 aa) Die in § 23 EStG verwendeten Begriffe „Anschaffung“ und „Veräußerung“ erschließen sich aus den Bestimmungen des § 6 EStG, des § 255 Abs. 1 HGB und der §§ 135, 136 BGB. Unter Anschaffung bzw. Veräußerung i. S. d. § 23 EStG ist danach der entgeltliche Erwerb und die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf eine andere Person zu verstehen (st. Rspr., siehe etwa BFH-Urteile vom 08.11.2017, IX R 25/15, BFHE 260, 202 = BStBl. II 2018, S. 518 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BFHE 265, 258 = BStBl. II 2019, S. 701 Rdnr. 18, zum Entzug des Eigentums durch Sonderungsbescheid nach dem Bodenonderungsgesetz).

15 Nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 23 EStG sollen innerhalb der Veräußerungsfrist realisierte Wertänderungen eines bestimmten Wirtschaftsguts im Privatvermögen des Steuerpflichtigen der Einkommensteuer unterworfen werden, soweit sie auf der entgeltlichen „Anschaffung“ und der entgeltlichen „Veräußerung“ des nämlichen Wirtschaftsguts innerhalb der maßgeblichen Haltefrist beruhen (siehe BFH-Urteile vom 12.06.2013, IX R 31/12, BFHE 241, 557 = BStBl. II 2013, S. 1011 Rdnr. 13; BFHE 260, 202 = BStBl. II 2018, S. 518 Rdnr. 17, zur „Nämlichkeit“ und in BFHE 265, 258 = BStBl. II 2019, S. 701 Rdnr. 19).

16 bb) Der entgeltliche Erwerb – die Anschaffung – und die entgeltliche Übertragung des nämlichen Wirtschaftsguts auf eine andere Person – die Veräußerung – müssen wesentlich vom Willen des Steuerpflichtigen abhängen (BFH-Urteile vom 13.04.2010, IX R 36/09, BFHE 229, 193 = BStBl. II 2010, S. 792 Rdnr. 14; vom 29.03.1995, X R 3/92, BFHE 177, 418 unter 1.; vom 19.04.1977, VIII R 23/75, BFHE 122, 453 = BStBl. II 1977, S. 712 unter 1., jeweils zur Frage, ob ein „Anschaffungsgeschäft“ vorliegt) und mithin Ausdruck einer „wirtschaftlichen Betätigung“ sein (so ausdrücklich BFH, Urteil vom 07.12.1976, VIII R 134/71, BFHE 120, 531 = BStBl. II 1977, S. 209; siehe auch BFH-Urteile vom 16.01.1973, VIII R 96/70, BFHE 108, 502 = BStBl. II 1973, S. 445 zum Fall der „Veräußerung“; vom 05.05.1961, VI 107/60 U, BFHE 73, 326 = BStBl. III 1961, S. 385 und vom 15.01.1974, VIII R 63/68, BFHE 112, 31 = BStBl. II 1974, S. 606, jew. zum Fall der „Anschaffung“; BFHE 265, 258 = BStBl. II 2019, S. 701 Rdnr. 20).

17 cc) Die Frage, ob ein vom Steuerpflichtigen tatbestandlich verwirklichtes privates Veräußerungsgeschäft in diesem Sinne unter Zwang abgeschlossen wurde, ist im Wesentlichen Tatfrage. Die tatsächlichen Feststellungen des FG sind vom Revisionsgericht nur daraufhin zu prüfen, ob

das FG im Rahmen der Gesamtwürdigung von zutreffenden Kriterien ausgegangen ist, alle maßgeblichen Beweisanzeichen in seine Beurteilung einbezogen und dabei nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat (BFH-Urteil in BFH/NV 2019, 1227 Rdnr. 25).

18 b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Kläger den Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG verwirklicht, indem er seinen im Jahr 2008 erworbenen Miteigentumsanteil mit Scheidungsfolgenvereinbarung und Veräußerungsvertrag vom (...)2017 an seine geschiedene Ehefrau veräußert hat.

19 aa) Dass die Veräußerung des im Jahr 2008 erworbenen Miteigentumsanteils durch die Scheidungsfolgenvereinbarung bzw. den Veräußerungsvertrag vom (...)2017 innerhalb der zehnjährigen Haltefrist stattgefunden hat, ist zwischen den Beteiligten nicht streitig und bedarf daher keiner weitergehenden Erörterung.

20 bb) Zu Recht hat das FG in der Übertragung eine Veräußerung i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG gesehen. Entgegen der Ansicht der Revision ist eine solche nicht deshalb zu verneinen, weil der Kläger ohne Übertragungswillen gehandelt und sich nicht wirtschaftlich betätigt habe.

21 aaa) Das FG hat im Streitfall eine – den Veräußerungstatbestand ausschließende – Zwangslage mit der Erwägung abgelehnt, der Kläger habe die Scheidungsfolgenvereinbarung nach Einholung steuerlicher Beratung selbst abgeschlossen. Da er durch die Veräußerung einen angemessenen Preis habe erzielen und einen mit der Zwangsversteigerung einhergehenden wirtschaftlichen Schaden habe abwenden wollen, liege darin eine wirtschaftliche Betätigung.

22 bbb) Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Die Vorinstanz ist von zutreffenden Kriterien ausgegangen, hat alle maßgeblichen Beweisanzeichen in die Gesamtwürdigung einbezogen und dabei nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen. Der Kläger veräußerte seinen Miteigentumsanteil im Rahmen der mit seiner geschiedenen Ehefrau abgeschlossenen Scheidungsfolgenvereinbarung willentlich. Ob er sich dabei in einer wirtschaftlichen oder emotionalen Zwangssituation befand, ist grundsätzlich ohne Bedeutung. Der Motivlage kommt – abgesehen von den Fällen, in denen der Verlust des Eigentums (aufgrund eines Hoheitsakts) der freien Willensentschließung des Steuerpflichtigen entzogen ist – regelmäßig keine Relevanz zu (BFH-Urteil in BFH/NV 2019, 1227 Rdnr. 20).

23 Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, aufgrund drohender häuslicher Gewalt ihm und seinem Sohn gegenüber sei ein Verbleib im Einfamilienhaus weder möglich noch zumutbar gewesen, handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen. Dieses kann im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden (§ 118 Abs. 2 FGO).

24 2. Der Befreiungstatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist – entgegen der Ansicht der Revision – nicht einschlägig.

25 a) § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nimmt Wirtschaftsgüter, die im Zeitraum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken (1. Alternative) oder im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken (2. Alternative) genutzt wurden, von der Besteuerung aus. Die Freistellung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG bewirkt eine Rückausnahme von der ausnahmsweisen, den Grundsatz der im Dualismus der Einkunftsarten verankerten Nichtsteuerbarkeit von Wertveränderungen privater Wirtschaftsgüter durchbrechenden Steuerbarkeit privater Veräußerungsgeschäfte (BFH, Urteil vom 01.03.2021, IX R 27/19, BFHE 272, 393 = BStBl. II 2021, S. 680 Rdnr. 12; Brandis/Heuermann/Ratschow, Ertragsteuerrecht, § 23 EStG Rdnr. 10; BeckOK-EStG/Trossen, Stand: 01.03.2022, § 23 Rdnr. 6).

26 aa) Die Senatsrechtsprechung hat den Ausdruck „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in der dem Dualismus der Einkunftsarten wieder Geltung verschaffenden Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG – entsprechend deren Zweck, die Besteuerung eines Veräußerungsgewinns bei Aufgabe eines Wohnsitzes zu vermeiden (BT-Drucks. 14/265, S. 181) – stets sehr weit gefasst und eigenständig ausgelegt. Danach setzt der Ausdruck „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in beiden Alternativen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG voraus, dass eine Immobilie zum Bewohnen dauerhaft geeignet ist und vom Steuerpflichtigen auch bewohnt wird. Der Steuerpflichtige muss das Gebäude zumindest auch selbst nutzen; unschädlich ist, wenn er es gemeinsam mit seinen Familienangehörigen oder einem Dritten bewohnt (BFH-Urteil in BFHE 272, 393 = BStBl. II 2021, S. 680 Rdnr. 14 m. w. N.; vgl. auch BFH-Urteile vom 18.01.2006, IX R 18/03, BFH/NV 2006, 936 unter II. 1. a); vom 25.05.2011, IX R 48/10, BFHE 234, 72 = BStBl. II 2011, S. 868 Rdnr. 12; vom 27.06.2017, IX R 37/16, BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192 Rdnr. 12; BFH/NV 2019, 1227 Rdnr. 16; vom 03.09.2019, IX R 8/18, BFHE 266, 173 = BStBl. II 2020, S. 122 Rdnr. 22; vom 03.09.2019, IX R 10/19, BFHE 266, 507 = BStBl. II 2020, S. 310 Rdnr. 10; vom 24.05.2022, IX R 28/21, BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 15; Beschluss vom 28.05.2002, IX B 208/01, BFH/NV 2002, 1284 unter II. 2. a), zu § 4 des Eigenheimzulagengesetzes – EigZuLG –; BMF-Schreiben in BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 22).

27 Ein Gebäude wird auch dann zu eigenen Wohnzwecken genutzt, wenn es der Steuerpflichtige nur zeitweilig bewohnt, sofern es ihm in der übrigen Zeit als Wohnung zur Verfügung steht (vgl. BFH-Urteile vom 31.05.1995, X R 140/93, BFHE 178, 140 = BStBl. II 1995, S. 720 beginnend unter den Entscheidungsgründen ab 2.; vom 28.03.1990, X R 160/88, BFHE 160, 481 = BStBl. II 1990, S. 815 beginnend unter den Entscheidungsgründen ab 2. a), beide jeweils zu § 10e EStG; vom 23.07.1997, X R 143/94, BFH/NV 1998, 160 unter II. 3. c); BFH-Beschluss in BFH/NV 2002, 1284 unter II. 2. a); BFH, Urteil vom 28.11.2001, X R 27/01, BFHE 197, 218 = BStBl. II 2002, S. 145 unter II. 1. a)). Denn eine Nutzung „zu eigenen Wohnzwecken“ setzt weder die Nutzung als Hauptwohnung voraus noch muss sich dort der Schwerpunkt der persönlichen und familiären Lebensverhältnisse befinden. Ein Steuerpflichtiger kann deshalb mehrere Ge-

bäude gleichzeitig zu eigenen Wohnzwecken nutzen. Erfasst sind daher auch Zweitwohnungen, nicht zur Vermietung bestimmte Ferienwohnungen und Wohnungen, die im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung genutzt werden. Ist deren Nutzung auf Dauer angelegt, kommt es nicht darauf an, ob der Steuerpflichtige noch eine (oder mehrere) weitere Wohnung(en) hat und wie oft er sich darin aufhält (BFH-Urteile in BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192 Rdnr. 13; in BFHE 272, 393 = BStBl. II 2021, S. 680 Rdnr. 15). Eine sich auf mehrere Wohnungen beziehende Nutzung zu eigenen Wohnzwecken kann gerade auch dann vorliegen, wenn sich der Haushalt einer Familie auf mehrere Örtlichkeiten – etwa auf den Familienwohnsitz einerseits und den doppelten Haushalt am Ort der Berufstätigkeit sowie einen weiteren Haushalt am Studienort von einkommensteuerlich zu berücksichtigenden Kindern andererseits – verteilt (BFH-Urteil in BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 16).

28 bb) Keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken liegt vor, wenn der Steuerpflichtige die Wohnung entgeltlich oder unentgeltlich an einen Dritten überlässt, ohne sie zugleich selbst zu bewohnen (BFH-Urteile in BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192 Rdnr. 12; in BFHE 272, 393 = BStBl. II 2021, S. 680 Rdnr. 14, und in BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 17). Hingegen ist eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken – wie im Anwendungsbereich des § 10e EStG und des § 4 EigZuLG – zu bejahen, wenn der Steuerpflichtige Teile einer zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung oder die Wohnung insgesamt einem einkommensteuerlich zu berücksichtigenden Kind unentgeltlich zur teilweisen oder alleinigen Nutzung überlässt. Die Nutzung der Wohnung durch das Kind ist dem Eigentümer in diesem Fall als eigene zuzurechnen, weil es ihm im Rahmen seiner unterhaltsrechtlichen Verpflichtung obliegt, für die Unterbringung des Kindes zu sorgen (BFH-Urteile in BFH/NV 2019, 1227 Rdnr. 18; in BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 17; vom 18.01.2011, X R 13/10, BFH/NV 2011, 974 Rdnr. 14, m. w. N. zu § 10f Abs. 1 EStG).

29 cc) Überlässt der Steuerpflichtige die Wohnung nicht ausschließlich einem einkommensteuerlich zu berücksichtigenden Kind (oder mehreren einkommensteuerlich zu berücksichtigenden Kindern) unentgeltlich zur Nutzung, sondern zugleich einem Dritten (zum Beispiel der Kindesmutter bzw. dem Kindsvater), liegt keine begünstigte Nutzung des Steuerpflichtigen zu eigenen Wohnzwecken vor (BFH-Urteil in BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 18; BeckOK-EStG/Trossen, § 23 Rdnr. 184, zur Nutzung durch getrennt lebende Ehepartner oder Eltern; Kirchhof/Seer/Kube, EStG, 21. Aufl., § 23 Rdnr. 6; Obermeier, NWB 2001, 567, 584 zur Nutzung durch andere, auch unterhaltsberechtigte Angehörige; Urteil des Hessisches FG in EFG 2016, 201, rechtskräftig, zur Nutzung durch die ehemalige Lebensgefährtin und Kindesmutter mit unterhaltsberechtigtem Kind; Urteil des Niedersächsisches FG vom 04.03.2010, 10 K 259/08, EFG 2010, 1133, rechtskräftig, zur Nutzung durch den volljährigen, einkommensteuerlich nicht mehr zu berücksichtigenden Sohn).

30 aaa) Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 10e EStG hat die Zurechnung der Wohnnutzung durch unterhaltsberechtigte Kinder (als „mittelbare Eigennutzung“) da-

mit begründet, dass der Steuerpflichtige die Wohnung nach dem Wortsinn auch dann zu eigenen Wohnzwecken nutzt, wenn er „in Erfüllung seiner unterhaltsrechtlichen Verpflichtung seinem Kind außerhalb des Familienhaushalts eine Wohnung zur Verfügung stellt“. Die Nutzung der Wohnung durch das Kind ist dem Eigentümer als eigene zuzurechnen, weil es ihm obliegt, für die Unterbringung des Kindes zu sorgen (BFH, Urteil vom 26.01.1994, X R 94/91, BFHE 173, 345 = BStBl. II 1994, S. 544 unter 1. b)). Soweit die höchstrichterliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Begriff der „eigenen Wohnzwecke“ tatbestandlich auf die Vorschrift des § 32 EStG abgestellt hat, geschah dies vor dem Hintergrund der Annahme, dass der Gesetzgeber – aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung – bei den nach dieser Vorschrift zu berücksichtigenden Kindern typisierend eine Unterhaltspflicht und das Entstehen von Aufwendungen unterstellt.

31 Zwar ist das Merkmal „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG im Ausgangspunkt so zu verstehen wie in § 10e EStG und § 4 EigZuLG (BFH-Urteile vom 26.10.2021, IX R 5/21, BFHE 275, 36 = BStBl. II 2022, S. 403 Rdnr. 25 und in BFH/NV 2006, 936 unter II. 1. a)). Allerdings ist in diesem Zusammenhang auch die unterschiedliche Zweckrichtung der Tatbestände zu beachten. Zweck der gesetzlichen Freistellungsregelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist – wie ausgeführt – nicht der Erwerb von Wohnungseigentum durch möglichst viele Bürger und damit die Förderung der Vermögensbildung (vgl. BFH-Urteil in BFHE 160, 481 = BStBl. II 1990, S. 815 unter 2. a) zu § 10e EStG), sondern die Vermeidung der Besteuerung eines Veräußerungsgewinns bei Aufgabe eines Wohnsitzes und eine damit einhergehende Behinderung der beruflichen Mobilität (BT-Drucks. 14/265, S. 181; BFH-Urteil in BFHE 275, 36 = BStBl. II 2022, S. 403 Rdnr. 25). Vor diesem Hintergrund setzt die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG entsprechend seiner Zweckrichtung dem Grunde nach voraus, dass eine Besteuerung der beruflichen Mobilität des Steuerpflichtigen entgegenstünde, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn der Unterhaltsberechtigte – d. h. das nach § 32 EStG zu berücksichtigende Kind – im Falle eines beruflichen Wohnsitzwechsels des Steuerpflichtigen mitgehen würde (Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann, EStG, § 23 Rdnr. B 49).

32 bbb) Unter Berücksichtigung dieses Gesetzeszwecks hat die höchstrichterliche Rechtsprechung – in Fortsetzung ihrer Rechtsprechung zu §§ 10e, 10f EStG und § 4 EigZuLG – die Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG dahin gedeutet, dass der Begriff der „eigenen“ Wohnzwecke nicht nur die Wohnzwecke des Steuerpflichtigen, sondern (mittelbar) auch die Wohnzwecke von Kindern, die nach § 32 EStG zu berücksichtigen sind, umfasst (BFH-Urteile in BFH/NV 2019, 1227 Rdnr. 18 und in BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 17); denn bei Kindern, für die der Steuerpflichtige kinderbezogene Leistungen beanspruchen kann, können auch das Bestehen einer Unterhaltspflicht und das Entstehen von Aufwendungen typisierend unterstellt werden. Nach Maßgabe dieser typisierenden Wertung wird eine vom Steuerpflichtigen zu Unterhaltungszwecken unentgeltlich bereitge-

stellte Wohnung aber dann nicht mehr i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG (mittelbar) zu „eigenen Wohnzwecken“ (des Steuerpflichtigen) genutzt, wenn die Immobilie neben einem einkommensteuerlich nach § 32 EStG zu berücksichtigenden Kind auch anderen – ggf. auch aufgrund bürgerlich-rechtlicher Vorschriften unterhaltsberechtigten – Angehörigen überlassen wird. Die Wohnung ist dann nicht Teil des auf mehrere Örtlichkeiten verteilten Familienhaushalts. Eine Besteuerung des Veräußerungsgewinns würde der beruflichen Mobilität des Steuerpflichtigen regelmäßig nicht entgegenstehen (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2023, 20 Rdnr. 26).

33 dd) Wird der Miteigentumsanteil an einem bebauten Grundstück veräußert, ist für Zwecke der Befreiungsregelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG auf die Nutzung des Gebäudes (zum Beispiel des Einfamilienhauses oder der Eigentumswohnung), an dem das Miteigentum besteht, abzustellen. Ein ideeller Miteigentumsanteil lässt sich nicht gegenständlich konkretisieren und mit einer konkreten Nutzung in Zusammenhang bringen; er ist nicht „bewohnbar“ (vgl. Herrmann/Heuer/Raupach/Musil, EStG KStG, § 23 EStG Rdnr. 130; siehe auch *Hartmann/Meyer*, FR 1999, 1089, 1093; a. A. *Sagmeister*, DStR 2011, 1589, 1591).

34 b) Nach diesen Maßstäben nutzte der Kläger das Einfamilienhaus nicht im Zeitraum zwischen Anschaffung (2008) und Veräußerung (2017) ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken oder im Jahr der Veräußerung (2017) und in den beiden vorangegangenen Jahren (2015 und 2016) zu eigenen Wohnzwecken. Dies ist – soweit es um die Nutzung des Einfamilienhauses durch den Kläger in eigener Person geht – zwischen den Beteiligten unstrittig. Nach seinem Auszug im Jahr 2015 bewohnte der Kläger das ehemalige Familienheim nicht mehr selbst. Entgegen der Revision kann dem Kläger aber auch die Nutzung des Einfamilienhauses durch seinen Sohn (und seine geschiedene Ehefrau) nicht als Nutzung zu eigenen Wohnzwecken zugerechnet werden. Dies hat das FG zu Recht erkannt.

35 aa) Die Vorentscheidung hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, eine alleinige Wohnnutzung des hälftigen Miteigentumsanteils des Klägers durch dessen im Zeitpunkt des Auszugs neunjährigen Sohn sei nicht vorstellbar; ein Kind in diesem Alter könne nicht eigenständig einen Haushalt führen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass das Kind nach dem Auszug des Klägers im Haushalt von dessen geschiedener Ehefrau gelebt und der Kläger seinen hälftigen Miteigentumsanteil beiden überlassen habe.

36 bb) Dies hält rechtlicher Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

37 aaa) Soweit der Kläger das in seinem Miteigentum stehende Einfamilienhaus seinem Sohn als einkommensteuerlich zu berücksichtigendem Kind unentgeltlich zur Nutzung überlassen haben will, könnte darin – jedenfalls bei isolierter Betrachtung – eine „mittelbare“ Nutzung zu eigenen Wohnzwecken zu sehen sein. Dies kann der Senat jedoch offenlassen.

38 bbb) Denn nach dem Auszug des Klägers nutzte auch seine geschiedene Ehefrau das Einfamilienhaus zu (ihren)

Wohnzwecken. Entgegen der Ansicht der Revision steht dem nicht entgegen, dass diese das ehemalige Familienheim (auch) aus eigenem Recht – aufgrund ihres hälftigen Miteigentumsanteils – bewohnte (ähnlich *Bäumler/Schramm*, NJW-Spezial 2019, 644). Das hälftige Miteigentum rechtfertigt nicht die Annahme, der in der Wohnung lebende Miteigentümer nutze nur seinen eigenen Miteigentumsanteil – quasi die Hälfte der Wohnung – zu eigenen Wohnzwecken. Bei Bruchteilseigentum wird die Sache nicht real geteilt; geteilt wird nur die Rechtszuständigkeit am gemeinschaftlichen Gegenstand. Ein vorrangiger Verbrauch des Miteigentumsanteils im Wege der Selbstnutzung findet dementsprechend nicht statt (vgl. BFH, Urteil vom 18.05.2004, IX R 49/02, BFHE 206, 168 = BStBl. II 2004, S. 929 unter II. 3. b); Brandis/Heuermann/Ratschow, Ertragsteuerrecht, § 23 EStG Rdnr. 52; KKB/Bäumel, 7. Aufl. § 23 EStG Rdnr. 183; vgl. auch *Hartmann/Meyer*, FR 1999, 1089, 1093; anders wohl BMF-Schreiben in BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 24; Spiegelberger/Schallmoser/Schallmoser, Immobilien im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl., Rdnr. 12.94). Ungeachtet dieser rechtlichen Beurteilung nutzte die geschiedene Ehefrau des Klägers das Einfamilienhaus nach dem Auszug des Klägers aber auch tatsächlich über ihren Miteigentumsanteil hinaus; sie bewohnte das gesamte ehemalige Familienheim zusammen mit ihrem Sohn. Die beiden Miteigentumsanteile lassen sich – wie bereits dargestellt – nicht gegenständlich konkretisieren und mit einer konkreten Nutzung in Zusammenhang bringen.

39 ccc) Die Nutzung des Einfamilienhauses durch die geschiedene Ehefrau des Klägers kann diesem nicht als Eigennutzung zugerechnet werden. Es fehlt an einer entsprechenden rechtlichen Grundlage. Die Zurechnung lässt sich nicht mit der Erwägung rechtfertigen, die geschiedene Ehefrau des Klägers habe das minderjährige Kind betreut (so aber *Tiedtke/Wälzholz*, RNotZ 2001, 380, 386). Nichts anderes würde gelten, wenn der Kläger seiner geschiedenen Ehefrau – was das FG nicht festgestellt hat – Unterkunft in Erfüllung einer bestehenden Unterhaltspflicht gewährt hätte. Denn eine Nutzung zu „eigenen Wohnzwecken“ im Sinne des Einkommensteuerrechts liegt nur vor, wenn unterhaltsberechtigten Personen – wie Kinder – typischerweise zur Lebens- oder Wirtschaftsgemeinschaft des Steuerpflichtigen gehören. Dies ist bei dauernd getrennt lebenden Ehegatten, die nicht mehr Teil einer Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft sind, indes nicht der Fall. Der laufende Unterhalt ist vielmehr regelmäßig durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren (§ 1361 Abs. 4 BGB; BFH, Urteil vom 26.01.1994, X R 17/91, BFHE 173, 352 = BStBl. II 1994, S. 542 unter 1.).

40 ddd) Damit liegt nach den eingangs dargestellten Grundsätzen eine schädliche Mitbenutzung des Einfamilienhauses durch die geschiedene Ehefrau des Klägers vor. Diese steht der Zurechnung der Nutzung durch das einkommensteuerlich zu berücksichtigende Kind entgegen.

41 eee) Gegenteiliges folgt nicht daraus, dass es für die Annahme einer Nutzung zu eigenen Wohnzwecken ausreicht, wenn der Steuerpflichtige das Objekt „zumindest auch“ selbst nutzt. Findet eine unmittelbare Eigennutzung

durch den Steuerpflichtigen statt, erweist sich die Mitbenutzung durch Angehörige oder Dritte – die unentgeltliche gemeinschaftliche Nutzung (vgl. Spiegelberger/Schallmoser/Schallmoser, a. a. O., Rdnr. 12.92) – als unschädlich. Anders ist dies jedoch, wenn Kinder die Wohnung zusammen mit dem geschiedenen Ehegatten bewohnen: Eine gemeinschaftliche Nutzung mit dem Steuerpflichtigen erfolgt dann nicht, sodass aus dessen Sicht eine (vollumfängliche) „Fremdnutzung“ vorliegt; nur für den anderen Ehegatten erweist sich die Mitbenutzung durch die Kinder als unschädlich.

42 fff) An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die Finanzverwaltung einen (vollständigen) Leerstand der zuvor zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie vor der Veräußerung als unschädlich ansieht, wenn der Steuerpflichtige die Veräußerungsabsicht nachweist (BMF-Schreiben in BStBl. I 2000, S. 1383 Rdnr. 25). Dieser Fallgruppe steht die „Räumung durch einen Ehegatten“ nicht gleich (a. A. *Hermanns*, DStR 2002, 1065, 1067; *Sagmeister*, DStR 2011, 1589, 1591; vgl. auch *Bäumler/Schramm*, NJW-Spezial 2019, 644). Denn im Gegensatz zur Fallgruppe des vorübergehenden Leerstands vor der Veräußerung findet in Fallkonstellationen wie der vorliegenden eine (schädliche) Zwischennutzung der Wohnung jenseits der eigenen Wohnzwecke des Steuerpflichtigen statt.

43 ggg) Auch Art. 6 GG vermag der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen (vgl. aber *Sagmeister*, DStR 2011, 1589, 1591, zur Wohnnutzung auf der Grundlage des § 1568a BGB). Dagegen spricht bereits, dass der Kläger und seine geschiedene Ehefrau im Zeitpunkt der Übertragung des Miteigentumsanteils rechtskräftig geschieden waren. Im Übrigen hat der Kläger die zum Wesen der Ehe gehörende Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft durch seinen Auszug aufgelöst.

44 3. Die Höhe des nach § 23 Abs. 3 EStG ermittelten Veräußerungsgewinns (...) steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit. Insofern sieht der Senat von weiteren Ausführungen ab.

(...)

22. Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses

BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 06.05.2020, 9 K 3359/18 E, AO)

AO § 42

EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1

GmbHG § 29 Abs. 3, §§ 30, 53 Abs. 2, § 54 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein punktuell satzungsdurchbrechender Beschluss über eine inkongruente Vorabauschüttung, der von der Gesellschafterversammlung einstimmig gefasst worden ist und von keinem Gesellschafter angefochten werden kann, ist als zivilrechtlich wirksamer Ausschüttungsbeschluss der Besteuerung zugrunde zu legen (entgegen BMF-Schreiben vom 17.12.2013, BStBl. I 2014, S. 63).
2. Ein Gesellschafter, an den nach einem solchen Beschluss kein Gewinn verteilt wird, verwirklicht den Tatbestand der Einkünfteerzielung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG nicht.
3. Ob eine inkongruente Vorabgewinnausschüttung nach § 42 AO gestaltungsmisbräuchlich ist, ist bei zivilrechtlich wirksamen punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen nach denselben Maßstäben zu beurteilen, die für satzungsgemäße inkongruente Ausschüttungen gelten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger und Revisionsbeklagte zu 1 (Kläger) wurde für die Streitjahre (2012 bis 2015) mit seiner Ehefrau, der Klägerin und Revisionsbeklagten zu 2, zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Er war in den Streitjahren Geschäftsführer und zu 50 % Gesellschafter der K-GmbH. Weitere zu 50 % beteiligte Gesellschafterin der K-GmbH war die T-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer in den Streitjahren ebenfalls der Kläger war.

2 Nach dem Gesellschaftsvertrag der K-GmbH hatten deren Gesellschafter über die Gewährung und die Entnahme von Vorschüssen auf die voraussichtlichen Jahresgewinnansprüche während eines laufenden Geschäftsjahres durch Beschluss mit einfacher Mehrheit zu entscheiden (§ 12 Nr. 2 lit. i und § 17 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags). Die Beschlüsse sollten nur rechtsgültig sein, sofern die Vorschüsse nicht zu einer Minderung des Stammkapitals führen konnten; Zahlungen an die Gesellschafter durften zudem die Regelungen zum Erhalt des Stammkapitals in § 30 GmbHG nicht verletzen (§ 17 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags). Der Jahresgewinn der Gesellschaft war auf der Grundlage einer festgestellten und geprüften Bilanz der K-GmbH zu bestimmen. Über die Verwendung des Jahresgewinns hatten die Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss zu entscheiden (§ 17 Nr. 1 und 2 des Gesellschaftsvertrags). Das Recht eines Gesellschafters, einen Beschluss der Gesellschafterversammlung anfechten zu dürfen, war verwirkt, wenn es sich

um unverzichtbare Rechte handelte und der jeweilige Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung, in der der anzufechtende Beschluss gefasst worden war, anwesend oder rechtsgültig vertreten war, dem Beschluss nicht ausdrücklich widersprochen hatte und er nicht innerhalb von zwei Monaten danach Klage auf Anfechtung oder Geltendmachung der Nichtigkeit des Beschlusses gegen die Gesellschaft erhob (§ 15 des Gesellschaftsvertrags).

3 Der Gesellschaftsvertrag der K-GmbH enthielt keine Regelung zur Gewinnverteilung. Er sah insbesondere weder vor, dass Entnahmen, Vorschüsse und der Jahresgewinn stets abweichend von den Beteiligungsverhältnissen zu verteilen waren, noch enthielt er eine Öffnungsklausel i. S. d. § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, die eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Verteilung durch gesonderte Beschlussfassung im Einzelfall zuließ.

4 Die Gesellschafterversammlung der K-GmbH fasste in den Streitjahren jeweils einstimmig Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse. Die Vorabauschüttungen wurden nach den Beschlüssen nur an die T-GmbH verteilt und an diese ausgezahlt (2012: 1,4 Mio. €; 2013: 1,45 Mio. €; 2014: 2,55 Mio. € und 2015: 3,4 Mio. €).

5 In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre gab der Kläger keine Einkünfte aus Ausschüttungen der K-GmbH an. In den zunächst ergangenen und bestandskräftig gewordenen Einkommensteuerbescheiden für die Streitjahre (2012: vom 08.05.2014; 2013: vom 12.02.2015; 2014: vom 20.01.2016; 2015: vom 16.05.2017) wurden erklärungsgemäß keine Gewinnanteile des Klägers aus der K-GmbH gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG bei dessen Einkünften aus Kapitalvermögen berücksichtigt.

6 Während einer Außenprüfung bei der K-GmbH gelangte der Prüfer zu der Auffassung, die Vorabauschüttungen der K-GmbH an die T-GmbH beruhten auf zivilrechtlich nichtigen Ausschüttungsbeschlüssen. Die ausgeschütteten Beträge seien dem Kläger entsprechend seiner Beteiligungsquote zur Hälfte zuzurechnen. Die Anschaffungskosten des Klägers für die Anteile an der T-GmbH seien zu erhöhen, weil der Kläger die ihm zustehenden Ausschüttungsbeträge im Wege eines abgekürzten Zahlungswegs der T-GmbH als Einlagen zugewendet habe. Seien die Vorabgewinnverteilungsbeschlüsse zivilrechtlich wirksam, seien die wiederholten Vorabgewinnausschüttungen nur an die T-GmbH als Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO zu behandeln. In diesem Fall seien dem Kläger die hälftigen Ausschüttungsbeträge ebenfalls als Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen.

7 Der Beklagte und Revisionskläger (FA) schloss sich der Auffassung des Außenprüfers an. Er erließ entsprechend geänderte Einkommensteuerbescheide für die Streitjahre, jeweils vom 16.05.2018, in denen er aufgrund der Ausschüttungen der K-GmbH zusätzliche Kapitalerträge des Klägers i. H. v. 700.000 € (2012), 725.000 € (2013), 1.275.000 € (2014) und 1.700.000 € (2015) erfasste und dem gesonderten Tarif gemäß § 32d Abs. 1 EStG unterwarf. Als Rechtsgrundlage für die Änderung zog das FA jeweils § 32a Abs. 1 KStG in der in den Streitjahren anzuwendenden Fassung

heran. Der Kläger habe veranlasst durch sein Gesellschaftsverhältnis zur K-GmbH die ihm zustehenden Teile der Ausschüttungsbeträge der T-GmbH zugewendet und hierdurch Einkünfte aus verdeckten Gewinnausschüttungen (vGA) gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG erzielt. Dem stehe nicht entgegen, dass mangels eines Betriebsausgabenabzugs der abgeflossenen Ausschüttungsbeträge auf Ebene der K-GmbH keine Einkommenserhöhung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG durchzuführen sei. Das anschließende Einspruchsverfahren der Kläger blieb erfolglos.

8 Während des folgenden Klageverfahrens, das sich gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide der Streitjahre und hierzu ergangene Zinsfestsetzungen gemäß § 233a i. V. m. § 239 AO richtete, erging für das Streitjahr 2015 ein geänderter Einkommensteuerbescheid (vom 22.11.2018), der hier nicht streitige Sachverhalte zu den Einkünften der Kläger aus Vermietung und Verpachtung zum Gegenstand hatte. Das FG gab der Klage mit der in EFG 2020, 1603 wiedergegebenen Begründung statt, soweit sie die Einkommensteuerbescheide der Streitjahre betraf. Es hob die geänderten Einkommensteuerbescheide für die Streitjahre 2012 bis 2014 vom 16.05.2018 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 27.09.2018 auf und änderte den Einkommensteuerbescheid 2015 vom 22.11.2018, mit der Maßgabe, dass dem Kläger aus den Ausschüttungen keine Einkünfte zuzurechnen seien.

9 Hiergegen richtet sich die Revision des FA, mit der es die Verletzung materiellen Bundesrechts durch das FG geltend macht, soweit das FG der Klage gegen die geänderten Einkommensteuerbescheide für die Streitjahre stattgegeben hat.

10 Die inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse seien nichtige satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung, sodass es an den Voraussetzungen für eine offene Gewinnausschüttung fehle. Der Kläger habe Einkünfte aus vGA gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG erzielt. Gehe man von zivilrechtlich wirksamen Vorabgewinnausschüttungsbeschlüssen aus, seien dem Kläger die hälftigen Ausschüttungsbeträge als Gewinnanteile gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG zuzurechnen, da ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO vorliege.

(...)

14 Es vertritt wie das FA die Auffassung, dass die Vorabausschüttungsbeschlüsse nichtig seien und der Kläger Einkünfte aus vGA erzielt habe. Gehe man von zivilrechtlich wirksamen Beschlüssen und offenen Gewinnausschüttungen aus, sei die Einkünftezurechnung nur bei der T-GmbH nicht anzuerkennen, da sie einem Fremdvergleich nicht standhalte. Jedenfalls seien dem Kläger die Ausschüttungsbeträge hälftig zuzurechnen, weil jeweils ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO in den Streitjahren vorliege.

15 II. Die Revision des FA ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

16 Das FG ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass das FA zur Änderung der ursprünglichen bestands-

kräftigen Einkommensteuerbescheide für die Streitjahre nach der Außenprüfung grundsätzlich befugt war (siehe unter II. 1.). Es hat auch zu Recht entschieden, dass der Kläger aufgrund der inkongruenten Vorabausschüttungen weder Einkünfte aus offenen Gewinnausschüttungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG (siehe unter II. 2.) noch Einkünfte aus vGA gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG (siehe unter II. 3.) erzielt hat. Eine hälftige Zurechnung der Ausschüttungsbeträge an die T-GmbH als Einkünfte des Klägers gemäß § 42 AO kommt ebenfalls nicht in Betracht (siehe unter II. 4.).

17 I. Im Ergebnis zutreffend hat das FG unterstellt, dass das FA grundsätzlich berechtigt war, die ursprünglichen bestandskräftigen Einkommensteuerbescheide der Streitjahre nach der Außenprüfung zu ändern und für das Streitjahr 2015 den weiteren Änderungsbescheid vom 22.11.2018 zu erlassen. Zwar ist zweifelhaft, ob sich das FA hierzu auf die in den Änderungsbescheiden zitierte Regelung in § 32a Abs. 1 Satz 1 KStG stützen kann. Nach dieser Vorschrift muss für eine rechtmäßige Korrektur des Einkommensteuerbescheids beim Gesellschafter die vGA im Steuerbescheid der Körperschaft grundsätzlich vor der Änderung des Bescheids des Gesellschafters oder zumindest zeitgleich mit dieser berücksichtigt werden (Urteil des BFH vom 10.12.2019, VIII R 2/17, BFHE 267, 361 = BStBl. II 2020, S. 679 Rdnr. 36, 38). Im Streitfall wurden aufgrund der Vorabausschüttungen auf Ebene der K-GmbH jedoch keine vGA bewirkt und die Körperschaftsteuerbescheide der Streitjahre nicht geändert. Der Senat hat die Frage, ob § 32a Abs. 1 Satz 1 KStG als Korrekturvorschrift auch dann auf der Ebene des Anteilseigners herangezogen werden kann, wenn die Änderung des Körperschaftsteuerbescheids gänzlich unterbleibt, noch nicht entschieden und muss sie auch hier nicht abschließend entscheiden. Die geänderten Bescheide können im Streitfall grundsätzlich jeweils auf § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO als Änderungsvorschrift gestützt werden (vgl. hierzu BFH, Urteil vom 12.06.2018, VIII R 38/14, BFH/NV 2018, 1141 Rdnr. 33 zum Austausch der Änderungsvorschrift). Dem FA sind die inkongruenten Ausschüttungen erst durch die Außenprüfung und damit nachträglich bekannt geworden. Für das Streitjahr 2015 kann das FA die weitere Änderung der Einkommensteuerfestsetzung im Klageverfahren, die nur die Vermietungseinkünfte der Kläger und damit einen anderen Streitpunkt betraf, auf § 165 Abs. 2 AO stützen.

18 2. Der Kläger hat aufgrund der Vorabgewinnausschüttungen keine Einkünfte aus Gewinnanteilen (Dividenden) gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt. Die inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse, in denen an ihn keine Ausschüttungsbeträge verteilt wurden, sind zivilrechtlich wirksam (siehe unter II. 2. a) und b)). Der Kläger hat den Einkünfteerzielungstatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG jeweils nicht verwirklicht (siehe unter II. 2. c)).

19 a) Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse, die nicht nichtig sind oder nicht aufgrund einer Anfechtung für nichtig erklärt werden oder von keinem der Gesellschafter angefochten werden können, sind wirksame Gewinnverwendungs- und Gewinnverteilungsbeschlüsse (vgl. BFH-Urteile

vom 23.07.1975, I R 165/73, BFHE 117, 30 = BStBl. II 1976, S. 73 unter 1. Rdnr. 12; vom 07.11.2001, I R 11/01, BFH/NV 2002, 540 unter II. 3. b); vom 27.01.1977, I R 39/75, BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491 unter 2.; wohl auch Urteil vom 13.03.2018, IX R 35/16, BFH/NV 2018, 936 Rdnr. 18). Die hierauf beruhenden Ausschüttungen sind Gewinnausschüttungen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG (vgl. Urteile vom 02.12.2014, VIII R 2/12, BFHE 248, 45 = BStBl. II 2015, S. 333 Rdnr. 19; siehe auch Urteile vom 17.02.1993, I R 21/92, BFH/NV 1994, 83 unter II. 2., zur Kapitalertragsteuer; vom 23.04.1992, II R 40/88, BFHE 168, 365 = BStBl. II 1992, S. 790 unter II. 1. c) sowie Urteile in BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491; vom 18.11.1970, I R 88/69, BFHE 100, 400 = BStBl. II 1971, S. 73 unter 2. c) [Rdnr. 16], jew. zu § 19 Abs. 3 Satz 1 KStG a. F.).

20 b) Die in den Streitjahren gefassten Beschlüsse über die inkongruenten Vorabgewinnausschüttungen widersprechen zwar der Satzung der K-GmbH (siehe unter II. 2. b) aa)). Sie sind aber entgegen der Auffassung des FA und des BMF nicht nichtig, sondern als punktuell satzungsdurchbrechende Ausschüttungsbeschlüsse mangels Anfechtbarkeit zivilrechtlich wirksam und bindend (siehe unter II. 2. b) bb) bis dd)).

21 aa) Enthält ein Gesellschaftsvertrag – wie hier – keine gesonderte Regelung zur Gewinnverteilung und keine Öffnungsklausel i. S. d. § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, sind die Gewinne entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile zu verteilen. Wenn die Gesellschafterversammlung durch Beschluss von der subsidiären gesetzlichen Regelung in § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweicht, die in der Satzung nicht aufgenommen, in ihr aber auch nicht im Rahmen einer Öffnungsklausel gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG abbedungen wird, liegt ein satzungsdurchbrechender Ausschüttungsbeschluss vor. Die gesetzliche Regelung in § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist dann ein materieller, wenngleich kein formeller Satzungsbestandteil (*Priester*, ZHR Bd. 151 (1987), 40; zu inkongruenten Gewinnverteilungsbeschlüssen *Priester*, ZHR Bd. 151 (1987), 40, 42 f.; *Birkenmaier/Ober*, GmbHR 2022, 850, 853; *Strecker*, kösdi 2022, 22657, 22660 f. Rdnr. 20, 23; *Lauer/Weustenfeld*, DB 2022, 985, 987, jew. m. w. N.).

22 bb) Satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse, die einen vom Regelungsinhalt der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand mit Dauerwirkung (und sei es auch nur für einen begrenzten Zeitraum) begründen, sind (selbst im Fall eines einstimmig gefassten Beschlusses) nichtig, wenn bei der Beschlussfassung nicht alle materiellen und formellen Bestimmungen einer Satzungsänderung (insbesondere die notarielle Beurkundung und Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister gemäß § 53 Abs. 2 Satz 11. Hs., § 54 Abs. 1 GmbHG) eingehalten werden (Urteil des BGH vom 07.06.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15 unter 1. b) Rdnr. 12, 13; OLG Köln, Beschluss vom 24.08.2018, I-4 Wx 4/18, GmbHR 2019, 188 Rdnr. 15 bis 19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2016, I-3 Wx 130/15, GmbHR 2017, 36 Rdnr. 22; siehe OLG Dresden, Beschluss vom 09.11.2011, 12 W 1002/11, GmbHR 2012, 213 Rdnr. 10; vgl. auch OLG

Nürnberg, Urteil vom 10.11.1999, 12 U 813/99, GmbHR 2000, 563 Rdnr. 81, jew. m. w. N.).

23 Von satzungsdurchbrechenden Beschlüssen mit Dauerwirkung sind punktuell satzungsdurchbrechende Beschlüsse zu unterscheiden, deren Wirkung sich in der betreffenden Maßnahme als Einzelakt erschöpft, sodass die Satzung durch den Beschluss zwar verletzt wird, aber nicht mit Wirkung für die Zukunft geändert werden soll; solche punktuell wirkenden Beschlüsse sind nicht nichtig, aber bei der GmbH entsprechend § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar (BGH-Urteile in BGHZ 123, 15 unter 1. b) Rdnr. 12, 13; vom 25.11.2002, II ZR 69/01, GmbHR 2003, 171 unter I. 1. a); OLG Köln, Beschluss in GmbHR 2019, 188 Rdnr. 13; *Lauer/Weustenfeld*, DB 2022, 985, 988 f.).

24 cc) Ob ein satzungsdurchbrechender Beschluss eine von der Satzung abweichende Regelungslage mit (ggf. vorübergehender) Dauerwirkung begründet oder sich als punktueller Satzungsverstoß in einer einzelnen Maßnahme erschöpft, betrifft eine im Einzelfall durch das FG auf der Grundlage der in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Wertungen zu entscheidende Tatsachenfrage. Die Würdigung des FG, dass die von den Gesellschaftern der K-GmbH gefassten Beschlüsse über die inkongruenten Vorabgewinnausschüttungen jeweils nur punktuell satzungsdurchbrechend sind, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und für den Senat daher bindend (§ 118 Abs. 2 FGO).

25 aaa) Das FG stellt bei seiner Würdigung maßgeblich darauf ab, dass jeder Beschlussfassung über eine Vorabauschüttung ein neuer Willensentschluss der Gesellschafter der K-GmbH zugrunde lag und diese keine neue Satzungsregelung zu einer generell von den Beteiligungsverhältnissen abweichenden Gewinnverteilung treffen wollten. Die Wirkung des jeweiligen Beschlusses habe sich im Abfluss der Ausschüttung an die T-GmbH erschöpft. Diese Würdigung des FG ist möglich, nachvollziehbar und plausibel.

26 bbb) Auch der Schutz des Rechtsverkehrs verlangt – wie vom FG zu Recht entschieden – keine Einordnung der Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse als nichtige satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung.

27 Nach dem BGH-Urteil in BGHZ 123, 15 (unter 1. b) Rdnr. 12, 13) haben Abweichungen von der Satzung, wenn sie Dauerwirkung entfalten, nicht nur gesellschaftsinterne Bedeutung, sondern berühren auch den Rechtsverkehr (Gläubiger, Geschäftspartner und etwaige später eintretende Gesellschafter). Da die gesamte Satzungsurkunde zum Handelsregister einzureichen ist, ist die Eintragung satzungsdurchbrechender Beschlüsse, die einen von der Satzung abweichenden Zustand begründen, geboten, denn die beim Register vorhandene Satzung gibt in einem solchen Fall entgegen dem mit der Registerpublizität verfolgten Zweck den materiellen Satzungsinhalt nicht mehr richtig und vollständig wieder (siehe auch OLG Köln, Beschluss in GmbHR 2019, 188 Rdnr. 16 bis 19). Der Schutz des Rechtsverkehrs wird vom BGH im Urteil in BGHZ 123, 15 (unter 1. b) Rdnr. 12, 13) als maßgebliches Wertungskriterium für die Differenzierung zwischen nichtigen satzungsdurch-

brechenden Beschlüssen mit Dauerwirkung und anfechtbaren satzungsdurchbrechenden Beschlüssen mit punktueller Wirkung benannt.

28 (1) Eine Vorabausschüttung ist eine gesellschaftsrechtlich zulässige vorweggenommene Gewinnausszahlung (Gewinnvorschuss), die u. a. als unterjährige (wie im Streitfall) oder nachperiodische Ausschüttung (vor Feststellung des Jahresabschlusses) erfolgen kann (vgl. MünchKommGmbHG/*Ekkenga*, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 95) und an den Vorbehalt geknüpft ist, dass nach Ablauf des Wirtschaftsjahres tatsächlich ein entsprechend hoher ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden ist (vgl. BFH-Urteile in BFHE 122, 43 = BStBl. II 1977, S. 491 unter 1.; in BFHE 168, 365 = BStBl. II 1992, S. 790 unter II. 1. c)). Vorabgewinnausschüttungen einer GmbH stehen nach ganz herrschender Meinung nicht unter einem Satzungsvorbehalt (vgl. Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl., § 29 Rdnr. 45). Da Vorabausschüttungen auch ohne eine Satzungsgrundlage unter bestimmten weiteren Voraussetzungen zulässig sind, muss der potenzielle Erwerber eines Geschäftsanteils stets damit rechnen, dass es bei der Gesellschaft, an der er Anteile erwerben will, solche Ausschüttungen gegeben hat. Es liegt in seinem Interesse und der gebotenen Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, sich über frühere Vorabgewinnausschüttungen und deren Verteilung zu informieren, um abschätzen zu können, ob es ggf. nicht durchsetzbare Rückforderungsansprüche der Gesellschaft gegen die Ausschüttungsempfänger geben könnte. Im Streitfall war für jeden potenziellen Anteilserwerber überdies aus § 12 Nr. 2 lit. i und § 17 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags der K-GmbH ersichtlich, dass die Gesellschafter Vorabgewinnausschüttungen beschließen konnten.

29 (2) Der Einordnung inkongruenter Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse als nichtige satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung bedarf es zum Schutz potenzieller Anteilserwerber danach nicht. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass in den Streitjahren inkongruente Vorabgewinnausschüttungen wiederholt beschlossen und vollzogen wurden. Ein nennenswertes Interesse des Rechtsverkehrs an einer Offenlegung der inkongruenten Vorabausschüttungen im Register – und der Annahme der Nichtigkeit der Beschlüsse, falls dies nicht geschieht – sieht der Senat auch unter diesem Gesichtspunkt nicht. Das Handelsregister dient nicht dazu, über die gesellschaftsinterne Willensbildung der Gesellschafter bei früheren Vorabgewinnausschüttungen zu unterrichten (vgl. auch *Lauer/Weustenfeld*, DB 2022, 985, 991 f.; *Pöschke*, DStR 2012, 1089, 1092). Auch insoweit ist ein potenzieller Anteilserwerber gehalten, sich über die Häufigkeit und Verteilung früherer Vorabgewinnausschüttungen bei der K-GmbH selbst zu informieren.

30 (3) Schließlich veranlasst auch der Beschluss des OLG Dresden in GmbHR 2012, 213 nicht dazu, die hier streitigen Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse zum Schutz des Rechtsverkehrs als nichtige satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung zu behandeln. Gegenstand der Entscheidung des OLG Dresden war die Frage, ob ein Beschluss, mit dem die Gesellschafterversammlung einer

GmbH frühere Gewinnverwendungsbeschlüsse bestätigte, mit denen die vorgeschriebene jährliche Rücklagenbildung wiederholt missachtet worden war, zur nachträglichen Legitimation der früheren satzungswidrigen Ausschüttungen in das Register eingetragen werden durfte. Das OLG Dresden hat diesen Bestätigungsbeschluss als satzungsdurchbrechenden Beschluss mit Dauerwirkung eingestuft und dessen Eintragung in das Register zugelassen. Hierzu hat es maßgeblich darauf abgestellt, die unterbliebene satzungsmäßig vorgegebene Rücklagenbildung habe eine Dauerwirkung für die Kapitalausstattung der Gesellschaft über das Jahr der jeweiligen Ausschüttung hinaus entfaltet. Der Rechtsverkehr und potenzielle neue Gesellschafter hätten – so das OLG Dresden – das berechtigte Interesse zu erfahren, dass die aus den Bilanzen ersichtlichen Gewinnrücklagen und damit die Kapitalausstattung der Gesellschaft nicht den satzungsmäßigen Vorgaben entsprochen hätten. Diese Würdigung ist nicht sinngemäß auf die hier streitigen inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse zu übertragen. Der dortige Streitfall betrifft eine gänzlich andere Fallgestaltung als der Streitfall. Die Satzung der K-GmbH enthielt keine Verpflichtung, eine bestimmte Kapitalausstattung der K-GmbH zu gewährleisten, und erlaubte Vorabgewinnausschüttungen. Der Rechtsverkehr durfte daher von vornherein kein schützenswertes Vertrauen in eine besondere Kapitalausstattung der K-GmbH entwickeln, denn Vorabausschüttungen beruhen auf einer Gewinnprognose (siehe unter II. 2. b) cc) bbb) (1)), die sich nachträglich als unzutreffend herausstellen kann. Die Kapitalausstattung einer Gesellschaft wird zudem auch nur über den Abfluss der Vorabausschüttung tangiert, nicht zusätzlich ins Gewicht fällt der Umstand, dass die Vorabgewinnausschüttung inkongruent verteilt worden ist (gleicher Ansicht im Ergebnis *Lauer/Weustenfeld*, DB 2022, 985, 991; *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 851 f.).

31 dd) Die einstimmig gefassten, jeweils nur punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse der Streitjahre sind im Ergebnis zivilrechtlich wirksam und bindend. Ob die Beschlüsse für ihre Wirksamkeit notariell zu beurkunden gewesen wären, aber nicht in das Handelsregister hätten eingetragen werden müssen (so wohl BFH-Urteil in BFH/NV 2018, 936 Rdnr. 22; offengelassen von OLG Düsseldorf, Beschluss in GmbHR 2017, 36 Rdnr. 23; *Bender/Bracksiek*, DStR 2014, 121, 124 f.; wohl auch *Pöschke*, DB 2017, 1165, 1166), oder ob für die Wirksamkeit der Beschlüsse die notarielle Beurkundung und Eintragung – neben der erforderlichen Beschlussmehrheit und Zustimmung der betroffenen Gesellschafter – entbehrlich waren (*Lauer/Weustenfeld*, DB 2022, 985, 988; *Birkenmaier/Obser*, GmbHR 2022, 850, 853; wohl auch *Grever*, RNotZ 2019, 1, 8), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Unabhängig davon, welche formellen Anforderungen an die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses gestellt werden, ist ein punktuell satzungsdurchbrechender inkongruenter Ausschüttungsbeschluss stets nur analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar (BGH-Urteil in GmbHR 2003, 171 unter I. 1. a); OLG Köln, Beschluss in GmbHR 2019, 188 Rdnr. 13). Haben aber – wie hier – sämtliche Gesellschafter der inkongruenten Gewinnverteilung zugestimmt, kann der

Beschluss von keinem der Gesellschafter angefochten werden, denn die Zustimmung aller Gesellschafter führt für jeden Gesellschafter zum Verlust der Anfechtungsberechtigung (vgl. MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 53 Rdnr. 51 m. w. N.; vgl. auch Priester, ZHR Bd 151 (1987), 40, 54 und 57 f.; Lawall, DStR 1996, 1169, 1174 unter 5.1; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 13. Aufl., § 53 Rdnr. 30a; Lutter/Hommelhoff/Bayer, a. a. O., § 53 Rdnr. 30; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 23. Aufl., § 53 Rdnr. 46; Pörschke, DB 2017, 1165, 1166; siehe zum Ausschluss der Anfechtungsberechtigung auch § 15 des Gesellschaftsvertrags der K-GmbH). Die einstimmigen und nicht anfechtbaren Beschlüsse über die inkongruenten Vorabgewinnausschüttungen der Streitjahre sind damit jeweils zivilrechtlich wirksam und bindend.

32 c) Da die Vorabgewinnausschüttungen im Streitjahr auf zivilrechtlich wirksamen Gesellschafterbeschlüssen beruhen, handelt es sich jeweils um eine offene Ausschüttung von Gewinnanteilen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG (siehe unter II. 2. a)). Der Kläger hat jedoch keinen Gewinnanteil zu versteuern, denn er hat den Einkünfterzielungsbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG jeweils nicht verwirklicht, da zivilrechtlich wirksam beschlossen wurde, an ihn keinen Gewinn auszuschütten (vgl. auch BFH, Urteil vom 28.09.2021, VIII R 25/19, BFHE 274, 457 Rdnr. 15, 17 zur inkongruenten Gewinnverwendung). Offen ausgeschüttete Gewinne sind stets – nur – bei demjenigen Anteilseigner der Besteuerung zu unterwerfen, dem sie in dieser Eigenschaft als Anteilseigner zufließen (BFH, Urteil vom 19.08.1999, I R 77/96, BFHE 189, 342 = BStBl. II 2001, S. 43 unter II. 3. Rdnr. 41).

33 d) Der Senat sieht auch keine Veranlassung, dem Kläger auf der Grundlage der vom BMF geforderten Fremdüblichkeitsprüfung aus den inkongruenten Vorabausschüttungen an die T-GmbH Einkünfte gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG zuzurechnen. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG verlangt für die Einkünfterzielung tatbestandlich nur den Bezug von Gewinnanteilen durch den Gesellschafter (hier: nur bei der T-GmbH), enthält aber keinen Vorbehalt, dass der Bezug fremdüblich oder angemessen sein muss. Eine allgemeine steuerliche Angemessenheitskontrolle zivilrechtlich wirksam beschlossener inkongruenter Gewinnausschüttungen ist ebenfalls abzulehnen (siehe Schön, Fünfte Gedächtnisvorlesung für Max Hachenburg (2002), S. 17, 50 f., 53 ff. mit weiteren Argumenten); a. A. BMF-Schreiben vom 17.12.2013 – IV C 2-S. 2750-a/11/10001, BStBl. I 2014, S. 63).

34 3. Entgegen der Auffassung des FA und des BMF hat der Kläger auch keine Einkünfte aus vGA gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG erzielt.

35 a) Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen als sonstige Bezüge aus Anteilen an einer GmbH auch vGA. Eine vGA im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vorteil zuwendet und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat. Sie kann auch ohne tatsächlichen Zufluss beim Gesellschafter verwirklicht werden, wenn der Vorteil ihm durch das Gesell-

schaftsverhältnis mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahe stehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht. Das „Nahestehen“ kann familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein. Neben dem Vorliegen eines „Näheverhältnisses“ zwischen Gesellschafter und Vorteilsempfänger setzt eine vGA ohne tatsächlichen Zufluss beim Gesellschafter voraus, dass die Vorteilszuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis der vorteilsgewährenden Gesellschaft zum Gesellschafter hat. Unerheblich ist, ob der Gesellschafter selbst ein vermögenswertes Interesse an der Zuwendung hat (vgl. BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 29/18, BFHE 276, 49 = BStBl. II 2022, S. 544 Rdnr. 12, 19, 21 zur Verlagerung von Gewinnanteilen auf eine Schwester-gesellschaft im Wege des Nießbrauchs).

36 b) Die inkongruenten Vorabausschüttungen an die vom Kläger beherrschte T-GmbH wurden zivilrechtlich wirksam beschlossen. Es handelt sich um offene Ausschüttungen, die auf dem Gesellschaftsverhältnis der T-GmbH zur K-GmbH und nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis des Klägers zur K-GmbH beruhen (siehe unter II. 2. c)). Dies schließt die Beurteilung der Ausschüttungen als vGA der K-GmbH an den Kläger aus.

37 4. Das FG hat ferner zu Recht entschieden, dass die Vorabausschüttungen nur an die T-GmbH keinen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO darstellen und nicht zu einer Zurechnung der hälftigen Ausschüttungsbeträge als Einkünfte beim Kläger führen können.

38 a) Gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 AO kann das Steuergesetz durch den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht umgangen werden. Beim Vorliegen eines Missbrauchs i. S. d. § 42 Abs. 2 AO entsteht der Steueranspruch gemäß § 42 Abs. 1 Satz 3 AO anderenfalls so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. Ein Missbrauch liegt gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 AO vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt gemäß § 42 Abs. 2 Satz 2 AO nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

39 b) Das FG zieht für die Prüfung eines Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO im Streitfall, der zivilrechtlich wirksame punktuell satzungsdurchbrechende inkongruente Vorabgewinnausschüttungsbeschlüsse zum Gegenstand hat, zu Recht dieselben Kriterien wie in Fallgestaltungen heran, in denen inkongruente Ausschüttungen aufgrund einer abweichenden Gewinnverteilungsregel oder Öffnungsklausel satzungsgemäß zivilrechtlich wirksam beschlossen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, zwischen diesen jeweils zivilrechtlich wirksamen Ausschüttungsbeschlüssen im Rahmen des § 42 AO zu unterscheiden (zustimmend Lauer/Weustenfeld, DB 2022, 985, 992).

40 c) Das FG hat das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach diesem zutreffenden Maßstab mit nicht zu beanstandenden Erwägungen verneint.

41 aa) Nach der gefestigten Rechtsprechung des BFH sind inkongruente Gewinnverteilungen steuerrechtlich grundsätzlich anzuerkennen, wenn sie auf einem zivilrechtlich wirksam zustande gekommenen Ausschüttungsbeschluss beruhen (vgl. u. a. BFH-Urteile in BFHE 189, 342 = BStBl. II 2001, S. 43 unter II. 1. b) aa) aaa) Rdnr. 28; vom 28.06.2006, I R 97/05, BFHE 214, 276; vom 04.12.2014, IV R 28/11, BFH/NV 2015, 495 Rdnr. 22, 23, zur inkongruenten Gewinnverteilung im Vorfeld einer Anteilsveräußerung; in BFH/NV 2018, 936 Rdnr. 17, 18 zu einem Vorabgewinnverteilungsbeschluss anlässlich einer Anteilsveräußerung; BFH-Beschlüsse vom 27.05.2010, VIII B 146/08, BFH/NV 2010, 1865; vom 04.05.2012, VIII B 174/11, BFH/NV 2012, 1330; zur inkongruenten (gespaltenen) Gewinnverwendung siehe BFH-Urteil in BFHE 274, 457 Rdnr. 15; vgl. ferner FG Münster, Urteil vom 30.06.2021, 13 K 272/19 G, F, EFG 2021, 1615 Rdnr. 47 ff., m. w. N.). Nahezu jede Gewinnausschüttung, die verdeckt erfolgt, stellt zugleich eine inkongruente Ausschüttung an den empfangenden Gesellschafter dar und wird der Besteuerung zugrunde gelegt. Es gibt keinen Grund, offene inkongruente Gewinnausschüttungen, die mit dem Gesellschaftsrecht im Einklang stehen, hiervon steuerlich abweichend zu behandeln (BFH-Urteil in BFHE 189, 342 = BStBl. II 2001, S. 43 unter II. 1. b) aa) aaa) Rdnr. 28).

42 bb) Ferner ist bei der Prüfung des Eintritts eines steuerlichen Vorteils i. S. d. § 42 Abs. 2 Satz 1 AO nur auf den Steueranspruch aus dem konkreten Steuerschuldverhältnis abzustellen (BFH-Urteil in BFH/NV 2015, 495 Rdnr. 23), d. h.

hier auf die einkommensteuerlichen Steueransprüche für die Streitjahre. Die Würdigung des FG, durch die Verlagerung des Ausschüttungspotenzials auf die T-GmbH sei dem Kläger kein steuerlicher Vorteil entstanden, weil er davon ausgehen musste, bei einer späteren Ausschüttung der T-GmbH an ihn denselben Besteuerungsregeln zu unterliegen und eine einkommensteuerliche Besteuerung infolgedessen nur einstweilen aufgeschoben zu haben, ist nicht zu beanstanden. Ebenso zutreffend hat das FG es abgelehnt, schenkungsteuerliche Gestaltungsmöglichkeiten des Klägers in die Betrachtung einzubeziehen, da es insoweit um (vermeintliche) steuerliche Vorteile des Klägers außerhalb der hier zu beurteilenden Einkommensteueransprüche geht. Ob die Ausschüttungen an die T-GmbH der Verminderung der Haftungsmasse der K-GmbH dienen und darin ein beachtlicher außersteuerlicher Grund (§ 42 Abs. 2 Satz 2 AO) liegen könnte, bedarf in Ermangelung eines steuerlichen Vorteils des Klägers keiner weiteren Prüfung.

(...)

Hinweis der Schriftleitung: Zu der Thematik von inkongruenten Gewinnausschüttungen aus Kapitalgesellschaften sowie zu der abgedruckten Entscheidung des BFH nehmen Andreas **Klaus**, L.L.M., Rechtsanwalt bei Flick Gocke Schaumburg, München, und Dr. Johannes **Manthey**, Steuerberater bei Manthey & Manthey Steuerberatungsgesellschaft mbH, Gräfelfing, in ihrem zweiteiligen Aufsatz „Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht“ abgedruckt in diesem Heft und im darauffolgenden Heft 1/2024 der MittBayNot eingehend Stellung.





Hinweise für die Praxis

Befreiung von der notariellen Verschwiegenheitspflicht durch den Erblasser in Verfügungen von Todes wegen

Von Notar **Jens Kirchner**, München

Bei sämtlichen Urkunden sind der Notar oder die Notarin auch gegenüber dem oder den Erben zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Erben können also auch nach dem Tod der Erblasser den Notar bzw. die Notarin nicht wirksam von der Verschwiegenheit befreien, sondern nur der Präsident oder die Präsidentin des Landgerichts (§ 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO). Die Befreiung wird für Wirksamkeits- und Auslegungsfragen in der Regel erteilt, weil vermutet wird, dass es der Wille der Erblasser ist, dass sich die Wirksamkeit der Verfügung bzw. der gewollte Inhalt tatsächlich aufklärt und zum Tragen kommt. Das Verfahren ist gleichwohl aufwendig und belastet Landgerichtspräsidenten, Notare und die Geschäftsstellen der Notarkammern. Das Verfahren könnte ohne Entscheidung des Landgerichtspräsidenten oder der Landgerichtspräsidentin durchgeführt werden, wenn bereits der Erblasser die Befreiung erteilt. Hier ein Formulierungsvorschlag für eine gemeinschaftliche Verfügung:

A. Befreiung von der Verschwiegenheit

Wir befreien den Notar/die Notarin gegenüber dem in § 345 Abs. 1 und 3 FamFG genannten Personenkreis auch außerhalb der dort genannten Verfahren, gegenüber mit dem Nachlass in irgendeiner Art befassten Gerichten samt Gerichtsöffentlichkeit von der Verschwiegenheit für Aussagen zu Wirksamkeits- und Auslegungsfragen über Tatsachen im Zusammenhang mit der Vorbereitung, Beurkundung und Nachbereitung dieser Verfügung von Todes wegen. Im Zweifel gilt ein weiterer Umfang. Notar/Notarin umfasst auch dessen/deren Vertreter, Amtsnachfolger und Mitarbeiter.

Kostenrechtliche Hinweise zu den Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10.08.2021¹

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts tritt am 01.01.2024 in Kraft und beinhaltet umfangreiche Änderungen, die vor allem das BGB (§§ 705 ff. BGB) und das HGB (§§ 105 ff. HGB) und damit zusammenhängende Nebenbestimmungen betreffen. Mit den sich daraus ergebenden Änderungen war es notwendig geworden, kostenrechtliche Bestimmungen anzupassen und Neuregelungen vorzunehmen. Auswirkungen auf die notarielle Bewertungspraxis zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) werden nachfolgend dargestellt.

1. Notarkostenrelevante Änderungen zum GNotKG²

§ 105 Abs. 2 GNotKG n. F. verweist auch für die Geschäftswertbestimmung bei Anmeldungen zum Gesellschaftsregister auf § 105 Abs. 3 bis 5 GNotKG n. F. Nach § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. ist der Geschäftswert für die Erstanmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister mit zwei Gesellschaftern mit 45.000 € zu bestimmen. Hat die Gesellschaft mehr als zwei Gesellschafter, erhöht sich dieser Wert für jeden weiteren Gesellschafter um 15.000 €. Dies entspricht der schon bisherigen Geschäftswertbestimmung bei der Erstanmeldung einer OHG.

Der Geschäftswert für spätere Anmeldungen betreffend eine rechtsfähige Personengesellschaft bestimmt sich nach § 105 Abs. 4 Nr. 3 GNotKG n. F. ebenso wie bisher bei der OHG. Er beträgt grundsätzlich 30.000 €. Bei einer Anmeldung über den Eintritt oder das Ausscheiden von mehr als zwei Gesellschaftern sind als Geschäftswert 15.000 € für jeden ein- und austretenden Gesellschafter anzunehmen.

Die bisherige Sondervorschrift in § 108 Abs. 4 GNotKG für die Geschäftswertbestimmung von Beschlüssen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die keinen bestimmten Geldwert haben, wird ersatzlos gestrichen, sodass sich nach § 108 Abs. 1 Satz 1 GNotKG grundsätzlich bei allen rechtsfähigen Personengesellschaften die Wertbestimmung nach § 105 Abs. 4 und 6 GNotKG richtet; der Mindestwert beträgt dann weiterhin 30.000 € (§ 108 Abs. 1 Satz 3

GNotKG i. V. m. § 105 Abs. 1 Satz 2 GNotKG). Die Höchstwertvorschrift für Beschlüsse des bisherigen § 108 Abs. 5 GNotKG findet sich nunmehr wortgleich in § 108 Abs. 4 GNotKG n. F.

2. Gerichtsgebühren

Nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG n. F., § 1 Satz 1 HRegGebV n. F.³ werden die Bestimmungen der Handelsregistergebührenverordnung in gleicher Weise für die Eintragungen zum Gesellschaftsregister behandelt (Teil 1 der Anlage Gebührenverzeichnis n. F.).

3. Bewertungshinweise zur eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts

- a) Gründung einer eGbR samt Anmeldung
- aa) Gesellschaftsvertrag

Der Geschäftswert für die Beurkundung oder Fertigung des Entwurfs eines Gesellschaftsvertrages ist nach § 97 Abs. 1 GNotKG, ggf. i. V. m. § 119 Abs. 1 GNotKG mit dem Wert aller Einlagen und Verpflichtungen der Gesellschafter zu bestimmen, mindestens mit 30.000 € und max. mit zehn Mio. € nach § 107 Abs. 1 GNotKG. Wenn die Gesellschafter sich zum Erwerb eines Grundstücks sowie zur Errichtung eines Gebäudes, zum Umbau oder zur Sanierung/Renovierung verpflichten, ist der Gesamtaufwand der Aufwendungen, also der Wert des Grundstücks sowie alle Investitionskosten, als Geschäftswert anzunehmen.⁴ Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Einlageverpflichtungen, kann der Geschäftswert aus dem Zweck der Gesellschaft abgeleitet werden.⁵ Ist der Gesellschaftszweck so allgemein gehalten, dass sich weder eine konkrete noch mittelbare Einlagepflicht ergibt, ist der Geschäftswert nach § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen.⁶

³ BGBl. 2021 I, S. 3455.

⁴ *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 1658.

⁵ *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1658.

⁶ *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1658a.

¹ BGBl. 2021 I, S. 3436.

² Unter Berücksichtigung der letzten Änderung durch Art. 8, Gesetz vom 31.10.2022, BGBl. 2022 I, S. 1966.

Der Gebührensatz für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages beträgt 2,0 nach KV-Nr. 21100 GNotKG. Wird ein nicht beurkundungspflichtiger Gesellschaftsvertrag antragsgemäß entworfen, ist die 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 24100 GNotKG zu erheben.

bb) Anmeldung zum Gesellschaftsregister

Für die Fertigung des Entwurfs der Anmeldung der neu errichteten GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister beträgt der Geschäftswert nach § 119 Abs. 1 GNotKG in Verbindung mit § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. 45.000 € bei zwei Gesellschaftern. Der Geschäftswert erhöht sich für den dritten und jeden weiteren Gesellschafter um je 15.000 €; er beträgt also zum Beispiel bei drei Gesellschaftern 60.000 €, bei vier Gesellschaftern 75.000 €.

Der Gebührensatz für die Fertigung der Gesellschaftsregisteranmeldung kommt in Höhe von 0,5 nach KV-Nr. 24102 in Verbindung mit KV-Nr. 21201 Nr. 5 GNotKG, bei Beurkundung nur nach KV-Nr. 21201 Nr. 5 GNotKG zum Ansatz.

Wird die Anmeldung in derselben Urkunde über die Errichtung der GbR mit aufgenommen, findet dennoch eine zusätzliche Bewertung neben den gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen statt, da die Anmeldung nach § 111 Nr. 3 GNotKG immer einen besonderen Beurkundungsgegenstand bildet.⁷

cc) Gerichtskosten

Bei der Ersteintragung der eGbR mit bis zu drei Gesellschaftern beträgt die Gebühr nach GV 1101 zur HRegGebV 100 €, nach GV 1102 erhöht sich bei einer Gesellschaft mit mehr als drei einzutragenden Gesellschaftern die Gebühr für jeden Gesellschafter um 40 €.

Hinzu kommt die Gebühr nach GV 6000 in Höhe von ⅓ der Eintragungsgebühren.

b) Erwerb von Grundbesitz durch eine GbR

aa) Gründung der GbR im Erwerbsvertrag

Da nach § 47 Abs. 2 GBO n. F. ab 01.01.2024 nur mehr für eingetragene Gesellschaften bürgerlichen Rechts Rechte in das Grundbuch eingetragen werden, ergibt sich daraus ein mittelbarer Eintragungszwang für erwerbende GbRs. Wegen des verfahrensrechtlichen Charakters der Bestimmungen zur Voreintragung des § 47 Abs. 2 GBO n. F. wird sich zeigen, unter welchen Voraussetzungen dennoch eine Beurkundung mit einer noch nicht im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR als Erwerber von Grundstücken oder beschränkt dinglichen Rechten möglich oder sinnvoll ist. Die Voreintragung der GbR in das Gesellschaftsregister vor Vornahme einer Beurkundung wird deshalb zur Vermeidung jeglicher Zweifel der Vorzug gegeben.⁸

Die Literatur hält es jedoch für möglich, eine Veräußerung und eine Auflassung auf eine in der Erwerbsurkunde selbst

neu gegründete GbR wirksam zu beurkunden.⁹ Es wird aber nicht mehr genügen, auf die außerhalb der Erwerbsurkunde formlos gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verweisen, was bisher als Angabe der Beteiligten zu den Erwerbsverhältnissen keiner Bewertung unterlegen hat.¹⁰

Die Beurkundung der Errichtung der GbR zur Vermeidung von Zweifeln an der Existenz, Identität und Vertretungsbeziehung der für die GbR Handelnden ist im Verhältnis zum Erwerbsvorgang ein verschiedener Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG und deshalb zusätzlich zu bewerten.¹¹ Der Geschäftswert ist nach § 97 Abs. 1 GNotKG mit dem Wert des erworbenen Grundbesitzes anzunehmen, wenn der Gesellschaftsvertrag vollumfänglich mitbeurkundet ist.¹² Werden nur einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mitbeurkundet, ist ein Bruchteil des nach § 97 Abs. 1 GNotKG maßgebenden Wertes des Gesellschaftsverhältnisses anzunehmen.¹³ Die Höhe des Teilwertes bestimmt sich gem. § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen nach dem Umfang der vereinbarten gesellschaftsrechtlichen Regelungen.¹⁴ Wird bei der Gründung der GbR im Erwerbsvertrag im Übrigen lediglich auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen, ist dennoch ein Teilwert in Höhe von 10 % bis 20 % des Bezugswertes, mindestens 30.000 € angemessen.

bb) Anmeldung zum Gesellschaftsregister

Wird in der Urkunde über den Erwerbsvorgang gleichzeitig die Anmeldung der bisher nicht eingetragenen oder neu errichteten Gesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister mitbeurkundet, liegt dennoch gemäß § 111 Nr. 3 GNotKG ein verschiedener Beurkundungsgegenstand vor, der zu bewerten ist. Die Bewertungsgrundsätze gemäß 3. a) bb) sind einschlägig.

cc) Identitätsfeststellung

Soweit der Nachweis der Identität nach Eintragung der eGbR im Gesellschaftsregister mit der in der Urkunde gegründeten GbR durch den Notar mit einer Identitätsbescheinigung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO¹⁵ geführt wird, löst dies eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 25104 GNotKG aus; der Geschäftswert ist nach § 36 Abs. 1 GNotKG mit etwa

⁷ Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1237.

⁸ Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 327.

⁹ Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 330.

¹⁰ Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2453.

¹¹ Korintenberg/Diehn, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 109 Rdnr. 278; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1659.

¹² Korintenberg/Diehn, GNotKG, § 109 Rdnr. 278; LG München I, Urteil vom 22.02.2023, 13 OH 763/22, n. v.

¹³ Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 97 Rdnr. 84.

¹⁴ Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1659c.

¹⁵ Wilsch, MittBayNot 2023, 457, 460; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 330.

10 % bis 30 % des kostenrechtlichen Werts des Erwerbsvorgangs zu bestimmen.¹⁶

c) Grundbuchberichtigungsantrag zur eGbR

Die Berichtigung einer im Grundbuch mit den Gesellschaftern eingetragenen GbR nach erfolgter Eintragung in das Gesellschaftsregister stellt keine Eintragung eines neuen Rechtsträgers dar,¹⁷ sondern ist mit der Berichtigung der Bezeichnung des Eigentümers, ähnlich einer Firmen- oder Namensberichtigung, zu vergleichen. Für die Bewilligung der Eintragung der Berichtigung der nunmehrigen eGbR ist der Geschäftswert deshalb nach § 36 Abs. 1 GNotKG, § 46 GNotKG, ggf. nach § 119 Abs. 1 GNotKG bei Entwurfertigung, mit einem Wert nach billigem Ermessen zu bestimmen.¹⁸ Für den Regelfall dürfte ein Teilwert mit 10 % bis höchstens 30 % des Verkehrswertes des betroffenen Grundbesitzes sachgerecht sein.

Der Gebührensatz beträgt 0,5 nach KV-Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG, bei Fertigung des Entwurfs der Grundbucheklärungen nach KV-Nr. 24102 in Verbindung mit KV-Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG (Mindestgebühr 30 €).

Bei der Bewilligung der Berichtigung des Eigentümers eines Grundstücks oder eines Erbbauberechtigten ist ausdrücklich die Zustimmung der eGbR, vertreten durch die Gesellschafter der eGbR nach § 22 Abs. 2 GBO, erforderlich, auch wenn bereits sämtliche betroffenen Gesellschafter der GbR die Erklärungen zur Grundbuchberichtigung abgegeben haben.¹⁹ Wird die notwendige Zustimmungserklärung mitabgegeben, handelt es sich im Verhältnis zu den Berichtigungserklärungen um einheitliche Erklärungen, für die § 109 Abs. 1 GNotKG gilt. Da es sich bei der Zustimmungserklärung um eine verfahrensrechtliche Erklärung handelt, ist diese vom Gebührenansatz für die Berichtigungserklärung umfasst. Es ergibt sich also dadurch keine Gebührenerhöhung.

aa) Gerichtskosten

Durch das Grundbuchamt erfolgt die Eintragung kostenfrei, da kein Eigentumswechsel i. S. v. KV-Nr. 14110 GNotKG vorliegt.²⁰

bb) Grundbuchberichtigung bei einer Grundstücksveräußerung durch GbR

Werden die Grundbuchberichtigungserklärungen betreffend eine GbR in der Beurkundungsverhandlung über die Veräußerung mitabgegeben, liegt im Verhältnis zur Veräußerung derselbe Beurkundungsgegenstand nach § 109

Abs. 1 GNotKG vor, sodass keine zusätzlichen Kosten entstehen. Die Grundbuchberichtigung dient auch hier der Schaffung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch den Erwerber und damit unmittelbar der Durchführung des Veräußerungsvorgangs.²¹

cc) Grundbuchberichtigung im Zusammenhang mit sonstigen Eintragungen im Grundbuch

Werden die Berichtigungserklärungen zur GbR nach Eintragung im Gesellschaftsregister in der Urkunde über die Bestellung des Rechts abgegeben, handelt es sich immer um verschiedene Beurkundungsgegenstände nach § 86 Abs. 2 GNotKG.²² Die Grundbuchberichtigungserklärungen sind zusätzlich zu bewerten. Bei der Gebührenberechnung ist dann ggf. die Vergleichsberechnung nach § 94 Abs. 1 GNotKG zu berücksichtigen.

d) Spätere Anmeldung zum Gesellschaftsregister einer eGbR

aa) Notarkosten

Betrifft die spätere Anmeldung zum Gesellschaftsregister eine eGbR, gelten für die Geschäftswertbestimmung die bisherigen Grundsätze, die auch für die OHG Anwendung finden.

Werden also das Ausscheiden oder der Eintritt von einem oder zwei Gesellschaftern angemeldet, beträgt der Geschäftswert nach § 105 Abs. 4 Nr. 3 GNotKG 30.000 €. ²³ Für den dritten und jeden weiteren angemeldeten Gesellschafterwechsel kommen jeweils weitere 15.000 € hinzu.

Betrifft die Anmeldung eine sonstige Eintragung, beträgt der Geschäftswert nach § 105 Abs. 4 Nr. 3 GNotKG n. F., § 111 Nr. 3 GNotKG für jede angemeldete Änderung oder anzumeldende Tatsache jeweils 30.000 €.

bb) Gerichtskosten

Nach GV 1501 HRegGebV werden durch das Gericht Kosten i. H. v. 60 € für die Eintragung einer Tatsache erhoben, für die zweite und jede weitere Tatsache 30 € nach GV 1503. Bei Eintragung von Tatsachen ohne wirtschaftliche Bedeutung ermäßigt sich der Betrag auf 30 € nach GV 1504.

Hinzukommen wiederum Gebühren nach GV 6000 HRegGebV in Höhe von $\frac{1}{3}$ der Eintragungsgebühren.

e) Registervollmacht

Wird bezüglich einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Vollmacht zur Vertretung bei der Anmeldung zum Gesellschaftsregister erteilt, ist der Geschäftswert nach § 98 Abs. 1 GNotKG i. V. m. §§ 105 und 106 GNotKG zu bestimmen. Ausgangswert ist der Wert des konkreten Anmeldefalles oder der Kreis der möglichen Anmeldungen, zu deren

16 Wertermittlung in analoger Anwendung der Geschäftswertbestimmung zu einer Identitätsfeststellung der Vertragsbeteiligten, *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2234, 407a.

17 *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 459.

18 *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 383 ff.

19 Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB n. F.; *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 459.

20 *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 460.

21 Analog *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2450.

22 Analog *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2104.

23 Analog *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1749.

Vertretung Vollmacht erteilt wird. Ein Mitberechtigtungsverhältnis nach § 98 Abs. 2 GNotKG besteht hierbei nicht.²⁴

aa) Anmeldung zur Eintragung einer GbR

Wird die Vollmacht nur zur Vertretung bei der Anmeldung der Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister erteilt, ist Bemessungsgrundlage für die Anmeldung der nach § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. zu bestimmende Geschäftswert mit 45.000 € bei zwei Gesellschaftern. Bei drei und mehr Gesellschaftern erhöht sich der Wert entsprechend (siehe 3. a) bb)). Nach § 98 Abs. 1 GNotKG ist davon der halbe Wert als Geschäftswert zu bilden, bei Fertigung des Entwurfs nach § 119 Abs. 1 GNotKG.

bb) Allgemeine Registervollmacht

Ermächtigt die Vollmacht sowohl zur Vertretung bei der Anmeldung der Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister als auch bei allen späteren Anmeldungen, ist der Kreis der möglichen Anmeldungen als Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen.²⁵ Wenn keine anderen Anhaltspunkte vorliegen, wird regelmäßig der Geschäftswert für die Erstanmeldung der GbR zuzüglich des Wertes einer späteren Anmeldung zugrundegelegt werden können, also ein Wert mit 45.000 € bei zwei Gesellschaftern nach § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. zuzüglich eines Wertes mit 30.000 € nach § 105 Abs. 4 Nr. 3 GNotKG n. F. Besteht die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern, erhöht sich der Geschäftswert wiederum entsprechend für den Wert der Anmeldung zur Eintragung der GbR.

Aus dem Wert der möglichen Anmeldungen mit dann wiederum mindestens 75.000 € ist der halbe Wert nach § 98 Abs. 1 GNotKG, also ein Wert mit 37.500 €, ggf. nach § 119 Abs. 1 GNotKG bei Fertigung des Entwurfs der Vollmacht, als Geschäftswert anzunehmen.

cc) Gebühr

Der Gebührensatz beträgt 1,0 nach KV-Nr. 21200 GNotKG, bei Entwurfertigung nach KV-Nr. 24101 GNotKG.

24 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3318.

25 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 98 Rdnr. 11; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3321.

dd) Registervollmacht und weitere Erklärungen

Erfolgt die Mitbeurkundung der Registervollmacht im Zusammenhang mit weiteren Erklärungen und Vereinbarungen, liegt grundsätzlich ein weiterer, verschiedener Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG vor. Die Vollmacht ist nach § 109 Abs. 1 GNotKG dann nicht zusätzlich zu bewerten, wenn die Bevollmächtigung in der Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft erteilt wird. Ist in diesem Fall der Gründung der Gesellschaft ein Wert nach billigem Ermessen zum Ansatz gelangt (siehe 3. b) aa)), ist die Mitbeurkundung der Registervollmacht durch angemessene Erhöhung des Teilwertes nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu berücksichtigen.

f) Sonstiges

aa) Berichtigung einer Gesellschafterliste

Ist eine GbR Gesellschafter einer GmbH und fertigt der Notar antragsgemäß eine neue Gesellschafterliste, gelten die kostenrechtlichen Grundsätze für die Entwurfertigung.²⁶ Der Geschäftswert ist nach § 119 Abs. 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen. Ein Teilwert von 10 % des Wertes des Stammkapitals der GmbH erscheint angemessen.²⁷ Der Gebührensatz beträgt 1,0 nach KV-Nr. 24101 in Verbindung mit KV-Nr. 21200 GNotKG, die Gebühr mindestens 60 €.

bb) Berichtigung der Gesellschafterstellung der eGbR als Kommanditist

Hält eine GbR eine Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft und wird die Berichtigung der Bezeichnung der GbR nach erfolgter Eintragung im Gesellschaftsregister bei der Kommanditgesellschaft zum Handelsregister angemeldet, liegt eine Anmeldung ohne wirtschaftliche Bedeutung vor. Der Geschäftswert ist nach § 105 Abs. 5 GNotKG mit 5.000 € zu bestimmen, bei Entwurfertigung nach § 119 Abs. 1 GNotKG. Zum Gebührensatz siehe 3. a) bb).

26 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 4. Aufl. 2021, KV Vor 2.2.1.1 Rdnr. 42; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 730, 747.

27 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1305.

Mobilheime und die steuerliche Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Auf den ersten Blick erweckt die Entscheidung des BFH¹, Urteil vom 24.05.2022, IX R 22/21 den Eindruck, als hätte sie keinen Bezug zur notariellen Praxis. Wann wird in notariellen Kaufverträgen schon ein Mobilheim verkauft? Gleichwohl ist die praktische Bedeutung der Entscheidung für die notarielle Praxis nicht zu unterschätzen. Denn die Entscheidung verdeutlicht, dass die Fixierung auf die Zehn-Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG in die Irre führen kann. Nur Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte² unterliegen dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Andere Wirtschaftsgüter können hingegen der zehnjährigen „Spekulationsfrist“ des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG unterliegen. Nach dieser Norm gilt ebenfalls eine zehnjährige Veräußerungsfrist bei sonstigen Wirtschaftsgütern, aus deren Nutzung als Einkunftsquelle zumindest in einem Kalenderjahr Einkünfte erzielt wurden.

Dies kann vielfältige praktische Anwendungsbereiche für den notariellen Alltag haben:

- Der Steuerpflichtige S kauft sich im VZ 01 von einem Nachbarn ein Sondernutzungsrecht³ an einem PKW-Stellplatz, vermietet Wohnung samt PKW-Stellplatz in der Zwischenzeit und verkauft die schon 20 Jahre lang gehaltene Eigentumswohnung mit dem Sondernutzungsrecht im VZ 08 an einen Dritten weiter. Der auf das Sondernutzungsrecht entfallende Kaufpreis unterliegt der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG. Das Sondernutzungsrecht ist zwar kein grundstücksgleiches Recht, kann aber gleichwohl der zehnjährigen Spekulationsfrist unterliegen.
- Der Steuerpflichtige S kauft sich ein Dauerwohnrecht im Sinne des § 31 WEG⁴ und vermietet es. Acht Jahre nach der Anschaffung verkauft er es weiter. Unabhängig von der Frage, ob ein Dauerwohnrecht als veräußerliche und vererbliche Dienstbarkeit tatsächlich ein grundstücksgleiches Recht sein kann, unterliegt der

Vorgang der zehnjährigen Spekulationsbesteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG, sofern es in der Zwischenzeit vermietet worden war. Sofern die dem Dauerwohnrecht unterliegenden Räume im Jahr des Verkaufs und in den letzten zwei Jahren vor dem Verkauf ununterbrochen zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden, so wäre hier meines Erachtens § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG analog anzuwenden. Diese Frage ist bisher jedoch ungeklärt.

- Der Steuerpflichtige S kauft sich im VZ 01 einen Erbanteil und verkauft diesen sieben Jahre später weiter. In dem Nachlass befinden sich auch Grundstücke, die vermietet sind und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vermitteln. Unabhängig von der Frage, ob § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG, der eigentlich nur Personengesellschaften regelt, analog auch auf Erbengemeinschaften angewandt werden kann, und unabhängig von der Frage, ob ein Erbanteil als grundstücksgleiches Recht betrachtet werden könnte⁵, unterliegt dieser Vorgang der zehnjährigen Spekulationsfrist nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 EStG für sonstige Wirtschaftsgüter.
- Der Ehemann M hat ein unbebautes Grundstück auf 30 Jahre angepachtet, verbunden mit dem Recht, das Grundstück auf eigene Rechnung zu bebauen. Er errichtet ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden, das dem Ehemann wirtschaftlich zuzurechnen ist, also in seinem zivilrechtlichen⁶ und wirtschaftlichen Eigentum steht.⁷ Das Gebäude nutzt der Ehemann nicht selbst, sondern hat es im Rahmen der Vermietung und Verpachtung an eine Supermarktkette verpachtet. Im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung überträgt er den Pachtvertrag, einschließlich des darauf errichteten Gebäudes⁸ entgeltlich gegen Verrechnung mit Zuge-

1 Die Entscheidung ist abgedruckt in DStR 2022, 2426.

2 Siehe dazu Korn/Carle, EStG, Loseblatt, Stand: Juni 2023, § 23 Rdnr. 19 ff.

3 Zur Behandlung des Sondernutzungsrechtes im Einkommensteuerrecht siehe zuletzt BFH, Urteil vom 05.07.2018, VI R 67/15, BStBl. II 2018, S. 798 = DStR 2018, 2325.

4 In der hier besprochenen Entscheidung hebt der BFH in Rdnr. 20 der Entscheidungsgründe ausdrücklich hervor, dass „sonstige dingliche Rechte wie Dienstbarkeiten einschließlich Nießbrauch, Dauerwohnungsrecht (§ 31 WEG), Vorkaufsrecht, Reallasten, Hypotheken sowie Grund- und Rentenschulden nicht“ als Grundstück oder grundstücksgleiche Rechte erfasst werden (siehe auch BFH, Urteil vom 11.04.2012, VIII R 28/09, BFHE 237, 100 = BStBl. II 2012, S. 496 Rdnr. 15).

5 Siehe dazu BFH, Urteil vom 20.04.2004, IX R 5/02, BStBl. II 2004, S. 987; krit. zu dieser dogmatisch kaum haltbaren Entscheidung zutr. Korn/Carle, EStG, Loseblatt, § 23 Rdnr. 19.1.

6 Es liegt also ein Scheinbestandteil des Grundstücks vor.

7 Siehe dazu BMF vom 16.12.2016, IV C 6 – S 2134/15/10003, BStBl. I 2016, S. 1431 = DB 2017, 34; BFH, Urteil vom 09.03.2016, X R 46/14, BStBl. II 2016, S. 976 = DStR 2016, 1014 = NJW 2016, 2448; Urteil vom 25.02.2010, IV R 2/07, BStBl. II 2010, S. 670.

8 Ein solcher Vorgang ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG grunderwerbsteuerbar und lediglich zwischen Ehegatten nach § 3 Nr. 4 GrEStG steuerbefreit. Dieser Vertrag ist dem FA Grunderwerbsteuerstelle vom Notar nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und ebenso von den Beteiligten anzuzeigen.

winnausgleichsansprüchen auf seine Ehefrau.⁹ Es sind noch keine zehn Jahre zwischen Herstellung und Abschluss der Scheidungsvereinbarung abgelaufen. Das Gebäude auf fremden Grund und Boden kann eigentlich wiederum eine Spekulationsbesteuerung nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 EStG auslösen¹⁰. Dies setzt jedoch stets Anschaffung und Veräußerung voraus. Die Herstellung des Gebäudes ist einer Anschaffung nicht gleichgesetzt, sodass dieser Vorgang nicht der Besteuerung nach § 23 EStG unterliegt,¹¹ jedoch einen Objektverkauf im Sinne des gewerblichen Grundstückshandel darstellen kann. Würde die Ehefrau hingegen innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb des Pachtvertrages samt Gebäude dieses an einen Dritten weiterveräußern, so unterläge ein Gewinn aus dem Verkauf des Gebäudes der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 EStG.

- Der Steuerpflichtige S hat sich im VZ 01 ein bebautes Grundstück gekauft. Im VZ 08 räumt der Steuerpflichtige einem Dritten das Erbbaurecht an dem Grundstück ein. Von dem ursprünglichen Kaufpreis entfiel ein Teilbetrag von 300.000 € auf das Gebäude. Bei Einräumung des Erbbaurechts zahlt der Erbbauberechtigte neben den laufenden Erbbauzinsen einen

Betrag von 500.000 € für den Erwerb des Eigentums am Gebäude. Das Grundstück wurde nicht veräußert, sodass insoweit § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG nicht verwirklicht wird. Das Erbbaurecht ist ein grundstücksgleiches Recht und kann damit grundsätzlich § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG auslösen. Dies gilt aber nicht bei erstmaliger Einräumung, weil es an einem vorgehenden Anschaffungsvorgang des Erbbaurechtes fehlt.¹² Allerdings ist der auf das Gebäude entfallende Veräußerungsgewinn meines Erachtens steuerpflichtig nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 EStG, sofern das Gebäude zwischenzeitlich zur Einkünfteerzielung aus Vermietung und Verpachtung genutzt wurde. Es wurde auch identisch angeschafft und veräußert, sodass das Identitätsgebot¹³ von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut erfüllt ist.

Die BFH-Entscheidung und die daraus folgenden Konsequenzen zeigen, dass eine Verengung des Blickfeldes auf Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte in der notariellen Praxis häufig zu falschen steuerrechtlichen Schlussfolgerungen führen würde. In der Praxis wird in zahlreichen Fällen, in denen kein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht veräußert wird, der Blick auf die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 EStG zu richten sein.

9 Die Übertragung eines Wirtschaftsgutes im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung gegen Verrechnung mit Zugewinnausgleichsansprüchen kann ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 23 EStG auslösen, siehe dazu Korn/Carle, EStG, Loseblatt, § 23 Rdnr. 27; OFD Frankfurt a. M. vom 05.02.2001, S 2256 A - 16 - St II 27, StEK EStG § 23 Nr. 44; Sagmeister, DStR 2011, 1589 ff.

10 So auch ausdrücklich der BFH in der besprochenen Entscheidung Rdnr. 26 ff.

11 Ebenso Korn/Carle, EStG, Loseblatt, § 23 Rdnr. 19.2.

12 Siehe zur Unentgeltlichkeit der Bestellung eines Erbbaurechtes BFH, Urteil vom 08.11.2017, IX R 25/15, BStBl. II 2018, S. 518 = BFHE 260, 202 = DStR 2018, 609.

13 Korn/Carle, EStG, Loseblatt, § 23 Rdnr. 21 f. m. w. N.

Teil 4: Der Notar als systemischer Berater – Jura hat eine wichtige systemische Komponente

Von Notarin Dr. Claudia Balzer, Nürnberg

Notare begleiten Familien bei wichtigen Entscheidungen, die sich über Generationen hinweg auswirken können. Neben den juristischen Aspekten spielen dabei die Beziehungen zwischen den Familienmitgliedern eine zentrale Rolle. Werden diese gestört, kann es zu Disharmonie und Streit bis hin zum Beziehungsabbruch kommen. Gute Beratung reflektiert daher auch das Familiensystem.

I. „Unsere Tochter soll es nicht so schwer haben“

Ein schon betagtes Ehepaar kam in die Beratung. Die beiden wollten ihr selbstgenutztes Haus, Wert ca. 300.000 €, an ihre Tochter gegen Einräumung eines Wohnungsrechts übertragen. Im Gespräch über ihre Beweggründe äußerten sie nur: „Sie soll es mal nicht so schwer haben.“ Ich fragte nach weiteren Kindern und Vermögenswerten, um steuerliche Gründe sowie die Absicherung anderer Zwecke zu eruieren. Die Mandanten hatten noch einen erwachsenen kinderlosen Sohn und zwei Enkelkinder seitens der Tochter. Bei Erwähnung des Sohnes wurde die Stimmung etwas gedrückt, obwohl das Ehepaar auf Nachfrage das Verhältnis als gut bezeichnete und der Sohn wohl auch schon geäußert hatte, dass er von den Eltern nichts erben wolle. Deswegen solle er auch nichts von der Übertragung erfahren, auch nicht danach. Das Haus sei alleine ihre Sache.

Auf die Frage, ob die Tochter in diesem Haus wohne oder sonst wie auf das Haus angewiesen sei, winkten beide Mandanten ab. Die Tochter, Ärztin mit eigener Praxis, war selbst wohl situiert mit mehreren eigenen Immobilien, genauso wie ihr Ehemann. Zu den weiteren Vermögenswerten erfuhr ich, dass außer einem Barvermögen von ca. 20.000 € und einer normalen Beamtenpension des Ehemannes keine weiteren nennenswerten Vermögenswerte vorhanden waren. Eine Übertragung aus steuerlichen Gründen schien also nicht erforderlich und zur eigenen Absicherung im Alter eher kontraindiziert.

Je mehr Informationen ich über die Situation erhielt, desto weniger Sinn ergab der Wunsch der Mandanten. Welchen Grund hatten die Ehegatten in ihrer Gedankenwelt für diese Übertragung? Und warum sollte der Sohn nicht einmal etwas erfahren, wenn doch das Verhältnis gut war? Daher wollte ich wissen, wovor die Eltern ihre Tochter schützen wollten. Nun wurden beide einsilbig und angespannt, genauso bei der Frage, ob sie nicht das Haus für ihre eigene Altersvorsorge benötigten. Um es ihnen leichter zu machen, über ihre Beweggründe zu sprechen, holte ich etwas aus und erklärte kurz meine grundlegenden Gedanken bei der Beratung von Familien.

II. Metaphern-Fundgrube: Familie als „Mobile“

Jeder Mensch lebt in einem System aus Beziehungen zu anderen Menschen und zu Dingen. Diese Beziehungen sind nicht jeweils unabhängig voneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig. Eine Familie lässt sich hierbei sehr gut mit einem Mobile vergleichen, an dem verschiedene Personen und Sachen miteinander auf tatsächlicher, aber insbesondere auf emotionaler Ebene verbunden sind. Genau wie bei einem Mobile versetzt auch innerhalb eines Familiensystems jede Veränderung durch die Reaktionen der Beteiligten das ganze System in Schwingung. Häufig geraten auch benachbarte Systeme, zum Beispiel die Mobiles der erwachsenen Kinder, aus dem Gleichgewicht. Besonders bei emotional relevanten Veränderungen können so systemübergreifend schwere Schäden verursacht werden.

Gesetze regeln scherenschnittartig hauptsächlich pekuniäre Aspekte von Beziehungen, ausgehend von einem schematisierten Gerechtigkeitsgefühl. Die Folgen einer Veränderung durch einen notariellen Akt sind jedoch nie rein juristischer Natur. Für die Beteiligten und die von der Regelung betroffenen Menschen wiegt die emotional empfundene Veränderung auf der Beziehungsebene oft schwerer als die faktische Veränderung. Auch wenn die Familienmitglieder glauben, dass ihre Familie sehr stabil ist und die Beziehungen zueinander gut sind, können Veränderungen, wie eine als ungerecht empfundene Hausübergabe, sehr schnell zu vielfältigen Problemen auf der Beziehungsebene führen. Daraus entstehende Spannungen können sich teilweise über Generationen erhalten und sogar verstärken. Eine Übertragung eines Hauses etwa an eines von mehreren Kindern hat Systemrelevanz, was von allen Beteiligten vor allem wegen der emotionalen – nicht bloß juristischen – Folgen gründlich abgewogen werden sollte.

III. Das Familiensystem in der Beratung erkunden

Meine Mandanten konnten am Beispiel des Mobiles nachvollziehen, dass der Notar das ganze System und damit auch die Belange ihrer Kinder und die Art der Beziehungen untereinander zumindest überblicksartig kennen sollte, und so tauten sie etwas auf. Es schien fast so, als seien sie erleichtert, die schweren Herzens getroffene Entscheidung, ihr Haus an ihre Tochter zu übertragen, noch einmal professionell begleitet abwägen zu können.

Ich erklärte ihnen, dass jede Familie anders ist. Nur weil häufig Immobilien zu Lebzeiten mit Wohnungsrecht übertragen werden, passe das nicht für jede Familie. „Bei Ihrer Familie sind offensichtlich Sie es, die am schlechtesten für Ihr Alter abgesichert sind.“ Daher wären für eine Übertragung wichtige Gründe nötig, weil die Immobilie als veräu-

Berlicher Vermögenswert danach für das Ehepaar nicht mehr verfügbar wäre.

Ich erläuterte diese These anhand von Beispielen: Würde die Tochter alleinerziehend mit Teilzeitjob bei den Eltern wohnen und auf das Haus als Lebensgrundlage für sich und ihre Kinder angewiesen sein, wäre der Schutz der Tochter und Enkel hochrangig und damit die Situation völlig anders. Doch in ihrem Fall würde ich keine objektiven Gründe sehen, wonach ihre Tochter das Haus mehr als sie selbst benötigen könnte.

Es sei sogar aufgrund der finanziellen Verhältnisse wahrscheinlich, dass sich die Übertragung eher negativ auf das Familiensystem auswirken könnte: Sollten die Mandanten einmal auf einen Heimplatz angewiesen sein, müsste an einen Sozialhilferegress und die Unterhaltspflicht der Kinder für sie gedacht werden. Auch der gutverdienende Sohn könnte dann auf Unterhalt in Anspruch genommen werden. Die Vorstellung, dass er in diesem Zusammenhang erfahren würde, dass seine Schwester ohne sein Wissen das Haus erhalten hat, bereitete auch dem Ehepaar Unbehagen. Dennoch war erkennbar, dass sie dieses Thema lieber ausblenden wollten.

Ich lenkte nochmals den Blick auf den Sohn. Die Reaktionen der Eltern zeigten, dass er relevanten Einfluss auf den Entscheidungsprozess hatte, gerade weil sie ihn so dezidiert aus ihrem Blickfeld schoben. Etwas bezüglich des Sohnes stand wie der berühmte Elefant im Raum und blockierte die offene Besprechung bestehender Optionen und Risiken. Ich wagte den direkten Schritt nach vorne und fragte, was denn das Problem mit ihrem Sohn sei. Die Ehefrau fasste sich ein Herz: „Der ist mit einem Mann verheiratet. Das wollten wir Ihnen nicht zumuten.“ Wir konnten über diese Vorstellung, dass ich so „unbelastbar“ sei, gemeinsam herzlich lachen. Nun konnten die Eltern eingestehen, dass sie anfangs ihre Probleme mit der sexuellen Präferenz ihres Sohnes gehabt hatten, aber ihren Schwiegersohn mittlerweile sehr ins Herz geschlossen hatten. Der Elefant im Raum löste sich auf und der Sohn war wieder als zu beachtender Systembeteiligter im Spiel. Dennoch reagierten seine Eltern spontan erschrocken und ablehnend, als ich vorschlug, ihn zur Beurkundung hinzuzuziehen. Um diesen für mich nicht nachvollziehbaren Widerstand zu ergründen, wählte ich das systemische Werkzeug des Positionswechsels.

IV. Anleitung zum Positionswechsel für balancierte Systemveränderungen

Um die Auswirkungen der geplanten Veränderung im System besser spürbar werden zu lassen, lud ich die Eltern ein, die Positionen der anderen Beteiligten im System gedanklich¹ einzunehmen. Zunächst bat ich die Eltern, sich vorzu-

1 Die meisten Menschen können solche Positionswechsel, sich also zum Beispiel in die Tochter/den Sohn einzufühlen, in Gedanken durchführen. Fällt dies jemandem schwer, nehme ich einen leeren Stuhl, der die Position zum Beispiel des Sohnes, darstellt und lasse den Mandanten sich auf diesen setzen, damit er der Sohn „ist“ und aus der Warte die Positionen (Stühle) der Eltern betrachtet. Dies sollte möglichst „assoziiert“ geschehen, also Mutter oder Vater spricht damit als Sohn von sich in der Ich-Form, versucht, die Gedanken und Gefühle des Sohnes zu artikulieren.

stellen, sie seien der Sohn. Dann sollten sie sich in die folgende Situation hineinversetzen: „Es sind einige Jahre seit der heimlichen Schenkung vergangen. Die Eltern kommen ins Heim, ihre Pension und die Ersparnisse reichen nur für einige Monate. Als Sohn überlegen Sie, die weiteren Kosten durch den Verkauf des Hauses zu finanzieren. Dabei erfahren Sie, dass das Haus vor Jahren an die Schwester geschenkt worden ist.“

Meine Mandanten wandten ein, dass sie auf keinen Fall in ein Heim wollten. Also bot ich eine andere Version der Geschichte an: Beide Eltern sterben einige Jahre nach der Übertragung bei einem Autounfall. Die Geschwister müssen gemeinsam das Erbe abwickeln, zu dem dann für den Sohn unerwartet kein Haus gehört.

Ich ließ die Eltern sich in diese Situation einfühlen, und ihnen schwante, dass der Sohn, auch wenn er nichts erben will, trotzdem enttäuscht und verärgert sein könnte und der Familienzusammenhalt zumindest schwer auf die Probe gestellt würde.

V. Auch Begünstigte können unter einer Regelung leiden

Ich führte meine Mandanten in Gedanken anschließend in die Position der Tochter. Wie würde sie es empfinden, das Haus „heimlich“, womöglich mit Schweigepflicht, übertragen zu bekommen? Wie würde sie sich bei Begegnungen mit ihrem Bruder fühlen? Wie könnte sich das Verhältnis der beiden entwickeln, wenn sie die Bürde dieses heimlichen Geschenkes und der damit verbundenen Ungleichbehandlung trägt? Diese Gedanken zeigten, dass auch die Tochter, die sie als sehr mitfühlend und empathisch bezeichneten, emotional mit einer heimlichen Übertragung belastet wäre. Wahrscheinlich würde sich schon zeitnah das Verhältnis zum Bruder verändern und so das Familiensystem beeinflussen. Spätestens wenn die Übertragung zufällig offenbar würde, würde die Beziehung schwierig.

Dieser emotionale Wechsel in die Position der Kinder setzte die Idee der heimlichen Übertragung in ein trübes Licht. Als ich zusätzlich die nicht verfristenden Pflichtteilsergänzungsansprüche des Sohnes gegen seine Schwester erwähnte, war meinen Mandanten endgültig klar, dass sie sich falsche Vorstellungen gemacht hatten.

VI. Erfahrungen aus der Vergangenheit beeinflussen die heutige Sicht der Welt

Jetzt offenbarten sie den Grund ihres Anliegens. Der Ehemann hatte das Haus von seiner Mutter geerbt und musste mit einem Kredit den Bruder auszahlen, mit dem er seit dem Erbfall zerstritten war. Der Streit mit dem Bruder, die Kosten des Rechtsstreits und das jahrelange Abzahlen des Kredits für die Abfindung des Bruders hatten die Familie Jahrzehnte massiv belastet – emotional und finanziell. Es war ihnen heute noch sehr unangenehm, dies zuzugeben, da sie sich lange Zeit als finanziell unterlegen und ihre Situation als peinlich empfunden hatten. Irgendwer hatte in der Hochphase dieses Erbstreits gesagt, dass das alles nicht passiert wäre, hätte die Mutter rechtzeitig ihr Haus übertragen.

Und diesen Rat wollten sie schon seit damals für sich um jeden Preis umsetzen, um nicht den gleichen Fehler zu machen. Also „mussten“ sie an ein Kind übertragen.

Ob der Rat damals richtig war, hatten sie nie hinterfragt und auch nicht, ob er für ihre Familiensituation passte. Es gab neben den beiden Kindern als mögliche Erben noch eine weitere Parallele zwischen den beiden Familienkonstellationen: Der Bruder meines Mandanten hatte sich nach dem Tod der Mutter als homosexuell geoutet. Das, so wurde ihnen erst in der Beratung klar, war der unbewusste Grund, das Haus der Tochter zu geben: Meine Mandanten hatten in ihrer Erbschaftsgeschichte den Bruder als „böartig“ erlebt und übertrugen dies als mögliche, noch verdeckte Eigenschaft unbewusst auf ihren Sohn – auch wenn sie keine Begründung in seinem tatsächlichen Verhalten sahen. Als sie selbst erkannten, welchen kuriosen Glaubenssätzen sie aufgesessen waren, entspannten sie sich zusehends.

VII. Gemeinsam die Bedürfnisse klären und eine Lösung entwickeln

Eine spätere Besprechung mit der gesamten Familie ergab, dass die Eltern lediglich mittels notarieller Vorsorgevollmacht die Entscheidungsfähigkeit der Familie über die Immobilie und per Berliner Testament die finanzielle Absicherung des Überlebenden regelten. Keines der Kinder wollte das Haus für sich, und es war für sie klar, dass es nach dem Tod der Eltern wahrscheinlich verkauft werden würde.

Das war für die Eltern erst schwer zu akzeptieren, hatten sie sich doch so krummgelegt für ihr Haus. Im Mobile des Familiensystems hatte das von den Eltern genutzte Haus mit seiner emotional aufgeladenen Historie also systemische Relevanz – ähnlich wie ein wichtiges Familienmitglied. Nachfragen meinerseits zu dem Grund ihres Widerstands gegen die vorgeschlagene Lösung zeigten: Sie benötigten die Wertschätzung der Kinder für ihre Leistung, ihnen mit dem Haus einen guten Start in ihr Leben ermöglicht zu haben – etwas, was ich als Notarin in der Besprechung einfach moderieren konnte. Danach konnte das Ehepaar den Lauf der Dinge akzeptieren. Häufig sind es Bedürfnisse wie Anerkennung, Wertschätzung oder eine Entschuldigung, die systemische Veränderungen für die Beteiligten stimmig werden lassen und den Entscheidungsraum um Möglichkeiten erweitern, die vorher gar nicht denkbar waren.

Der Vorschlag, einen Pflichtteilsverzicht für den ersten Todesfall vorzusehen, brachte mir einen empörten Blick der Tochter ein. Ich erklärte, dass ein Pflichtteil auch von Dritten geltend gemacht werden könne, und wenn sie selbst zufällig im Todesfall des Erstversterbenden der Eltern geschäftsunfähig sein sollte, sogar gegen ihren eigentlichen Willen geltend gemacht werden müsste. Daher sei nicht Miss-trauen der Grund für meinen Vorschlag, sondern die Absicherung des Überlebenden, das Haus in einem solchen Fall nicht doch verwerten zu müssen. Dieser gedankliche Rah-

men ermöglichte der Tochter, die Regelung nicht als „Miss-trauensvotum“ oder Benachteiligung zu sehen, sondern stattdessen eine überlegte Entscheidung ohne negative Emotionen zu treffen. Damit waren sich alle schnell einig, Pflichtteilsverzichte der Kinder zu beurkunden, und eine systemkonforme Lösung war gefunden.

VIII. Familiensysteme benötigen eine zu ihrem System passende Lösung

In der Literatur gibt es Konzepte und Vorschläge für typische Konstellationen, mit denen Mandanten die gesetzlichen Regelungen und Ausgleichsmechanismen im Erbfall umgehen wollen, weil diese ihre Vorstellung für die Vermögensverteilung konterkarieren. Beispiele sind Regelungsvorschläge wie „Flucht in die Pflichtteilsergänzung“ oder Mustervorschläge der Kategorie „Nachlassplanung für (geschäftsfähige) Problemkinder“. Eine solche Gestaltung wird allerdings mit großer Wahrscheinlichkeit auf der Beziehungsebene einen bestehenden familiären Konflikt vertiefen. Wird eine langfristige Balance im Familiensystem als erstrebenswert angesehen oder soll zumindest eine Verschlechterung vermieden werden, so sollten solche Regelungsvorschläge nur bei anders tatsächlich „unlösbaren“ Problemfällen genutzt werden. Jeder dieser Regelungsvorschläge geht von einer Sachverhaltsbasis aus, dass das behandelte Problem tatsächlich besteht und daher zum Beispiel eine Mitwirkung des „Problemkindes“ ausgeschlossen ist.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Mandanten ihr Familiensystem kennen und es Gründe gibt, warum eine bestimmte Regelung gewünscht ist und zum Beispiel ein Kind als problematisch angesehen wird. Oftmals stehen den Mandanten aber (unreflektierte) Erfahrungen, eigene emotionale Verletzungen oder unerkannte systemische Fehlgedanken im Wege, wenn es um ein offenes Gespräch über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der gewünschten Veränderung geht.

In vielen Fällen, wie hier mit dem Sohn, stellen sich bei einer gemeinsamen Besprechung mit dem „Problemkind“ die Schwierigkeiten als gemeinsam lösbar und oft sogar als bloße Missverständnisse² in tatsächlicher und rechtlicher Weise heraus. Der Notar braucht bei einer derartigen Beratung Balancequalitäten, um die Bedenken von Mandanten zum Beispiel bezüglich einzelner Familienangehöriger ernst zu nehmen und sie zugleich mit Blick auf die gewünschte rechtliche Gestaltung und deren Konsequenzen offen zu hinterfragen. Um mögliche Zukunftsszenarien greifbar zu machen, kann der Notar Geschichten aus seiner Erfahrung mit anderen Fällen und Familien beisteuern. Insgesamt leistet er so einen wesentlichen Beitrag zu einer nicht nur emotional getragenen, sondern auch sachlich fundierten Willensbildung.

² Siehe auch den Fall in Teil 3, MittBayNot 2023, 536 ff.



Tagungsbericht

„Reform grenzüberschreitender Umwandlungssachverhalte durch das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)“

Tagungsbericht betreffend die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht (Ludwig-Maximilians-Universität München) vom 15.06.2023

Von Luca Kochendörfer, München¹

Am 15.06.2023 fand die zweite Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2023 statt – erneut in hybrider Form, im Senatssaal der Universität mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum. Mit Blick auf die zum 01.03.2023 in Kraft getretene Reform grenzüberschreitender Umwandlungssachverhalte durch das „Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie“ (UmRUG),² das wiederum die bereits 2019 verabschiedete Mobilitätsrichtlinie³ in nationales Recht überführt hat, konnten mit Professor Dr. *Christoph Teichmann* (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) und Notar Dr. *Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg* (Bamberg) zwei Experten auf besagtem Gebiet gewonnen werden. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte kurz in das Tagungsthema ein. Danach übergab er das Wort an *Teichmann*.

Dieser stellte Fortentwicklung und Brüche mit der Systematik des Umwandlungsrechts durch das UmRUG in den Mittelpunkt seines Referats. *Teichmann* begann mit einem Überblick über die Entwicklungsgeschichte des Umwandlungsrechts. Beginnend mit nationalstaatlichen Einzelvorgaben zur Verschmelzung (nur) von Aktiengesellschaften 1884 habe der europäische Gesetzgeber bereits 1978⁴ und

1982⁵ erste Vereinheitlichungsakte (in der Sache allerdings wiederum auf die Aktiengesellschaft beschränkt) erlassen. Markstein der historischen Entwicklung sei in der Folge das 1994 erlassene (wiederum nationale) UmwG⁶ gewesen, das die zuvor in Einzelrechtsakten verstreuten Vorgaben in eine systematisch kohärente Form gebracht habe. Überlagerung habe das System hiernach erneut von europäischer Seite erfahren,⁷ zuletzt durch die dem UmRUG zugrunde liegende Mobilitätsrichtlinie.

In der Folge wandte sich *Teichmann* zunächst der allgemeinen Systematik des UmwG zu. Dessen systematischer Kohärenz komme dabei kein Selbstzweck zu. Der vom Allgemeinen ins Besondere gehende Aufbau – jenseits des BGB im Zivilrecht an kaum einer anderen Stelle mit vergleichbarer Deutlichkeit verwirklicht – ermögliche die Besinnung auf Gemeinsamkeiten der Gesellschaftsformen und die Herausarbeitung von Parallelen in Bezug auf Rechtstechnik, Verfahren und Schutzbedürfnisse. Das räumlich auf die Grundnorm des § 1 UmwG folgende Verschmelzungsrecht (§§ 2-122 UmwG) bilde die nächste Schicht allgemeiner, in späteren Teilen über Verweisung anwendbarer Vorgaben. Anhand der im Allgemeinen Teil der Verschmelzungsvorgaben (§§ 2-38 UmwG) zu findenden Einschränkungen der Beschlussanfechtung (§ 14 Abs. 2, § 16 Abs. 3 UmwG) exemplifizierte *Teichmann* das Regelungsprinzip. Der Besondere Teil der Verschmelzungsvorgaben sei wiederum nach Sondervorgaben für die unterschiedlichen Rechtsträger gegliedert.

1 Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2 BGBl. 2023 I Nr. 51, S. 1.

3 Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. L 321/1.

4 Sog. Verschmelzungsrichtlinie: Dritte Richtlinie des Rates vom 09.10.1978 gemäß Artikel 54 Abs. 3 lit. g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 295/36.

5 Sog. Spaltungsrichtlinie: Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17.12.1982 gemäß Artikel 54 Abs. 3 lit. g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 378/47.

6 BGBl. 1994 I Nr. 77, S. 3210.

7 Sog. Grenzüberschreitende-Verschmelzungen-Richtlinie: Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310/1.

Wiederum anhand der Verschmelzung gab *Teichmann* sodann einen Überblick über den Verfahrensablauf: Auf Verschmelzungsvertrag und -bericht (Vorbereitungsphase) folge im Regelfall eine Prüfung. Sodann sei der Verschmelzungsbeschluss (nach Einberufung und mit potenziell folgender Anfechtung) zu fassen und einzutragen. Nach der Eintragung stünden insbesondere Sicherheitsleistungen für Gläubiger im Raum. Für grenzüberschreitende (und damit seit 2005 europarechtlich determinierte) Verschmelzungen trete der Verschmelzungsplan an die Stelle des Verschmelzungsvertrags (§§ 122c und i UmwG a. F.). Ferner stehe in der Vorbereitungsphase die Arbeitnehmermitbestimmung im Fokus, die sich im Rahmen der europäischen Rechtssetzung stets als problematisch erweise. Auch im Zuge der Mobilitätsrichtlinie habe der europäische Gesetzgeber auf das im Rahmen der SE-Legislatur erstmals konzipierte Prinzip der Verhandlung mit der Gesamtheit der (auch ausländischen) Arbeitnehmer mit status-quo-Aufanglösung (Persistenz der zuvor geltenden Mitbestimmung) als Kompromisslösung zurückgegriffen (in Form des geänderten MgVG).⁸ Im Rahmen des Anmeldevorgangs komme der vom Wegzugsstaat auszustellenden Bescheinigung über die Einhaltung der relevanten Vorgaben zentrale Bedeutung zu, da diese die Eintragung im Zuzugsstaat – dessen Gerichte in der Folge nur noch nationale Vorgaben prüften – ermögliche. Sicherheitsleistungen und Gläubigerschutzvorgaben seien zwar ebenfalls schon bisher gesondert adressiert gewesen, allerdings sei es auch hier eine inhaltlich divergierende nationale Regelung verblieben.

Vor diesem Hintergrund wandte sich *Teichmann* denjenigen Neuerungen des UmRUG zu, die die beschriebene Systematik des UmwG modifizierend fortschrieben. Zu begrüßen sei zunächst die Ersetzung der nachträglich eingefügten Sondervorgaben für grenzüberschreitende Vorgänge (namentlich §§ 122a ff. UmwG a. F.) durch ein eigenständiges Sechstes Buch (§§ 305 ff. UmwG). Dabei bediene sich das Gesetz wiederum der dargestellten Regelungstechnik (vgl. § 305 Abs. 2, § 310 Abs. 2 UmwG). Sachlich beträfen die deutschen Regelungen (selbstredend) nur den deutschen „Teil“ eines solchen Vorgangs, namentlich die deutsche Gesellschaft. Die Verweisungskaskaden erreichten gerade in grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht unerhebliche Komplexität (zum Beispiel über § 320 und § 125 UmwG in die §§ 2 ff. UmwG bzw. über die §§ 327 f. UmwG in die §§ 313 f. UmwG).

Als sachlich begrüßenswert hob *Teichmann* in der Folge die Harmonisierung des Minderheitenschutzes hervor. Die bisher erheblichen Rechtsunterschiede der Mitgliedstaaten hätten zuvor einen zentralen Kritikpunkt dargestellt – so sei namentlich das deutsche Spruchverfahren nur bei Zustimmung der ausländischen Gesellschafter möglich gewesen (§§ 122h und i UmwG a. F.). Der bisher nur nationale Standard des Minderheitenschutzes habe sich nun europaweit durchgesetzt: So sehe die Mobilitätsrichtlinie einerseits ein Austrittsrecht für Minderheitsgesellschafter bei

jeder grenzüberschreitenden Umwandlung vor. Andererseits könne ein etwaiges Umtauschverhältnis in einem (im Wegzugsstaat durchzuführenden) Spruchverfahren geklärt werden, das wiederum der Eintragung nicht im Wege stehe. Insbesondere das Zustimmungserfordernis der ausländischen Gesellschafter sei damit obsolet. Überdies habe der nationale Gesetzgeber die Mobilitätsrichtlinie zum Anlass für eine überschießende Umsetzungen genommen: Der Ausschluss der Anfechtungsklage in § 14 Abs. 2 UmwG gelte nach neuer Rechtslage nicht mehr nur für die Aktionäre der übertragenden, sondern auch diejenigen der übernehmenden Gesellschaft. Dies mache bisherige Ausweichkonstellationen auf eine Verschmelzung zur Neugründung grundsätzlich entbehrlich. Ferner ermöglichten die §§ 72a und b UmwG (in Umsetzung einer dahingehenden Option der Mobilitätsrichtlinie) die Ersetzung einer infolge des Spruchverfahrens notwendig werdenden baren Zuzahlung durch die Gewährung neuer Anteile. Diese Option könnte zur Vermeidung eines Liquiditätsabflusses bei der Gesellschaft durchaus attraktiv sein, wobei die Bereitstellung der auszureichenden Aktien Jahre nach dem Vorgang allerdings sichergestellt werden müsse.

Im Anschluss wandte sich *Teichmann* systematischen Brüchen zu, die richtlinieninduziert entstanden seien. So erfasse die Mobilitätsrichtlinie nur Kapitalgesellschaften – anders als das UmwG, aber auch die Niederlassungsfreiheit in ihrer Auslegung durch den EuGH, was die Primärrechtswidrigkeit der entgegenstehenden Rechtslage bedeuten dürfte. Das UmRUG habe die Richtlinienentscheidung jedenfalls insoweit aufgenommen, als nur Personengesellschaften mit 500 oder weniger Arbeitnehmern verschmelzungsfähig seien (§ 306 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Grund für diese nur teilweise überschießende Umsetzung seien wiederum mitbestimmungsrechtliche Umgebungsbeurteilungen. Ferner kenne die Mobilitätsrichtlinie nur die Spaltung zur Neugründung, was vor dem Hintergrund der bisherigen Präferenz der Praxis für Spaltungen zur Aufnahme (wegen deren größerer Planbarkeit sowie dem Erlöschen etwaiger Genehmigungen etc.) misslich sei. Die nationale Regelung (§ 332 UmwG) ermögliche ein solches Vorgehen, allerdings aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen nur bei Gesellschaften mit weniger als 400 Arbeitnehmern (die Zahl erkläre sich aus der $\frac{4}{5}$ -Schwelle, siehe unten) sowie nur bei vergleichbarer Regelung im aufnehmenden Gesellschaftsrecht. Überdies wies *Teichmann* auf gewisse kleinere Änderungen der nationalen Rechtslage im Gefolge dahingehender Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie hin, namentlich die Notwendigkeit einer Absichtserklärung und Annahme beim Austritt gegen Barabfindung in § 313 UmwG sowie die Notwendigkeit einer fristgerechten und gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung in § 314 UmwG.

Gesondert adressierte *Teichmann* abschließend Fragen der Mitbestimmung und der Missbrauchsprüfung (geregelt in den Sondergesetzen MgVG und MgFSG⁹). So greife die

8 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, BGBl. 2006 I, S. 3332.

9 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitendem Formwechsel und grenzüberschreitender Spaltung, BGBl. 2023 I, Nr. 10, S. 1.

Pflicht zur Führung von Mitbestimmungsverhandlungen bereits ab $\frac{4}{5}$ des nationalen Schwellenwerts, um Umgehungserfahrungen im Rahmen der SE Rechnung zu tragen. Allerdings fehle der Regelung eine Auffanglösung, wobei eine offensichtlich destruktive Verhandlungsführung unter Umständen über die Missbrauchsprüfung im Rahmen der Erteilung der Vorabbescheinigung unterbunden werden könnte. Letzterer – geregelt in § 316 Abs. 3 UmwG – wandte sich *Teichmann* zuletzt genauer zu. Die Zwecksetzung des EU-Parlaments, mit dieser Klausel Briefkastengesellschaften zu verhindern, dürfte verfehlt werden, da derartige Vorgänge nach der Rechtsprechung des EuGH von der Niederlassungsfreiheit gedeckt würden.¹⁰ Ferner stelle sich die Frage, welche Missbrauchsmöglichkeiten bei Einhaltung der zahlreichenden (formalen) Sondervorgaben tatsächlich noch verblieben (eine sachliche Rechtfertigung der Umwandlung als solcher werde national ja gerade nicht verlangt). In den Erwägungsgründen werde vor allem die Mitbestimmungsproblematik ins Auge gefasst, ohne dass dies allerdings Wiederhall im Normtext gefunden habe. *Teichmann* führte einen gezielten Wegzug mit destruktiver Verhandlungsführung innerhalb der $\frac{4}{5}$ -Schwelle als möglichen Anwendungsfall auf (vgl. auch § 316 Abs. 3 Nr. 2 UmwG); in der Beratung sei künftig unter Umständen auf ein Handeln bereits unterhalb dieser Schwelle, mithin 400 Mitarbeitern hinzuweisen.

In seinem anschließenden Fazit warf *Teichmann* die Frage auf, ob die zahlreichen Regulierungsvorgaben tatsächlich die sachgerechte Reaktion auf die Zulassung grenzüberschreitender Umwandlungen durch die Polbud-Entscheidung darstellten (Umwandlungsverhinderung als Normzweck?). An den nationalen UmRUG-Gesetzgeber könne dieser Vorwurf allerdings nicht herangetragen werden. Dieser habe innerhalb der europarechtlichen Grenzen vielmehr einen gelungenen Beitrag zur Systematisierung des Umwandlungsrechts geleistet.

Sodann übernahm *Graf Wolffskeel*, dessen Vortrag sich Hintergrund, Zielen und vor allem ausgewählten Praxisfragen des UmRUG widmete. Nach einem kurzen Hinweis auf die europarechtliche Genese hob er den Schutzgedanken des UmRUG zugunsten von Anteilshabern, Gläubigern und Arbeitnehmern hervor. Daneben komme das UmRUG einigen Desiderata der Praxis nach: So solle einerseits – begrüßenswert – der grenzüberschreitende Registervollzug erleichtert werden. Ferner trage die Verfahrenserleichterungen für (die praktische häufigen) Konzernumwandlungen den hier geringeren Schutzbedürfnissen Rechnung. Auch die Erweiterung des Spruchverfahrens stelle eine praxishere Verfahrenserleichterung dar.

Im Einzelnen wandte sich *Graf Wolffskeel* anschließend dem Anteilshaberschutz zu. Insoweit stehe das stets gegebene Austrittsrecht der Anteilshaber gegen Barabfindung (§§ 313, 327, 340 UmwG) im Mittelpunkt. Vollzogen werde der Austritt wie bereits von *Teichmann* erwähnt zweistufig, womit insbesondere der Schutz der Beteiligten durch

das notarielle Beurkundungserfordernis bei Annahme des Abfindungsangebots für GmbH-Anteile sichergestellt werde (§ 313 Abs. 3 UmwG). Bei der Ausgliederung sei kein Austrittsrecht vorgesehen, was sich aus der hier fortbestehenden Gesellschafterstellung erkläre (§ 327 Satz 2 UmwG). Die verfahrensmäßige Durchsetzung der Rechte der Anteilshaber werde durch das – auf Anteilshaber der übernehmenden Gesellschaft erweiterte – Spruchverfahren sichergestellt (§§ 14 f., 32, 210, 313, 327, 340 UmwG). Auch *Graf Wolffskeel* wies auf die Ersetzung der Barzahlung durch Anteile hin (§§ 72a, b, 248a UmwG, § 10a SpruchG).

Im Feld des Gläubigerschutzes bringe das UmRUG in Abweichung vom nachgelagerten Schutz des § 22 UmwG einen vorgelagerten Anspruch etwaiger Gläubiger inländischer herausübertragender bzw. formwechselnder Gesellschaften auf Sicherheitsleistung (§§ 314, 328, 341 UmwG). Schon im Umwandlungsplan seien (wobei der zwingende Charakter in Zweifel stehe) dahin gehende Vorgaben aufzunehmen (§ 307 Abs. 2 Nr. 14, § 322 Abs. 2, § 335 Nr. 8 UmwG). Prozessuale Absicherung erfahre der Schutz durch Aufschub der Eintragung (§§ 315, 329, 341 und § 316 Abs. 2, §§ 329, 343 Abs. 2 UmwG). Für Gläubiger einer inländischen übernehmenden Gesellschaft bleibe es bei Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme beim nachgelagerten Sicherheitsanspruch (§§ 22, 125 Abs. 1 Satz 1, § 305 Abs. 2, § 320 Abs. 2 UmwG). Für Spaltungen sei ferner die (in Teilen limitierte) gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Rechtsträger in den §§ 133, 320 Abs. 2 UmwG angeordnet.

Der Schutz der Arbeitnehmer werde durch eine Vielzahl von Vorgaben zur Information sowie zur Ermöglichung von Stellungnahmen, namentlich im Umwandlungsplan (insoweit § 307 Abs. 2 Nr. 4, 10, 16, §§ 322, 335 Nr. 12-14 UmwG), sichergestellt. Ferner verwies auch *Graf Wolffskeel* auf die Missbrauchsprüfung des Registergerichts (§ 316 Abs. 3, §§ 329, 343 Abs. 3 UmwG) sowie die Sondergesetze MgVG und MgFSG. Der grenzüberschreitende Registervollzug werde durch die Vorabbescheinigung des Registergerichts des verlassenen Staates erreicht. Die Übermittlung der Bescheinigung erfolge über das Europäische System der Registervernetzung („BRIS“; § 9b HGB). Etwaige sprachliche Hindernisse könnten unter Umständen durch ein formalisiertes Protokoll vergleichbar der Apostille erreicht werden. Auch auf die pointillistischen (Verfahrens-)Erleichterungen bei Konzernumwandlungen sowie die Ausweitung und Beschleunigung des Spruchverfahrens wies er kurz hin.

Im Anschluss skizzierte *Graf Wolffskeel* den Ablauf einer grenzüberschreitenden Umwandlungsmaßnahme näher: Im Rahmen des Vorverfahrens stehe der gemeinsame Verschmelzungsplan im Sinne von § 307 UmwG im Zentrum, wobei er einzelne, im Gegensatz zur Vorgängerregelung (§ 122c Abs. 2 UmwG a. F.) neu hinzugekommene Angaben hervorhob. Für Konzernkonstellationen sei die Entbehrlichkeitsvorgabe des § 307 Abs. 3 UmwG eine praktisch relevante Erleichterung. Für den gemeinsamen Spaltungsplan treffe § 322 UmwG eine in Details abweichende Regelung. Zu beachten sei hier insbesondere, dass die Konzernleichterung des § 307 Abs. 3 UmwG nur für die Spaltung zur Aufnahme in § 332 Satz 2 UmwG Anwendung finde.

¹⁰ Vgl. insbesondere EuGH, Entscheidung vom 25.10.2017, C-106/16, ECLI: EU: C:2017:804 = NJW 2017, 3639.

Für den Formwechselplan treffe § 335 UmwG eine eigenständige Regelung. Sämtliche der genannten Pläne bedürften der (nicht online möglichen) notariellen Beurkundung (§ 307 Abs. 4, § 322 Abs. 4, § 335 Abs. 3 UmwG); zusätzlich seien etwaige ausländische Formerfordernisse zu beachten. Im Anschluss sei der Plan einzureichen und bekanntzumachen. Abseits etwaiger Entbehrlichkeitstatbestände dürfe der Beschluss gemäß § 13 UmwG erst hiernach gefasst werden (§§ 308, 323, 336 UmwG). Im Regelfall sei in der Folge ein Umwandlungsbericht zu erstellen (§§ 309 f., 324, 337 UmwG), der sodann die Grundlage für die Durchführung der Umwandlungsprüfung sowie die Erstellung des Prüfberichts (§§ 311, 325, 338 i. V. m. §§ 9-12 UmwG) darstelle. Insofern sei allerdings die Nichtanwendbarkeit der (national) üblichen Vereinfachungen der §§ 44, 48 UmwG zu beachten.

Sodann erfolge – notariell beurkundet – der Beschluss der jeweiligen Gesellschafter, grundsätzlich mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit (§§ 312, 326, 339 i. V. m. § 13 UmwG). In bestimmten Konzernsachverhalten sei der Beschluss allerdings entbehrlich (§§ 62, 305, 307, 312 UmwG für Verschmelzungen sowie §§ 62, 125, 307, 312, 320, 332 UmwG für Spaltungen zur Aufnahme). Im Anmelde- und Prüfungsverfahren vor den Registergerichten müsse sodann auf deren unterschiedliche Anforderungen je nach den anwendbaren Rechtsordnungen geachtet werden. Durch die vom Registergericht des verlassenen Staates auszustellende Bescheinigung sei hier ein Kooperationsmodell geschaffen worden. Die Formsamkeit dahin gehender Prüfungsvorgaben für den praktisch wichtigsten Fall der Heraus-Umwandlungen fänden sich in den §§ 315 f., 329, 342 f. UmwG. Was die Handhabung der Missbrauchsprüfung anbelangt, bleibe die Handhabung durch die Gerichte abzuwarten. Für die Herein-Umwandlung fänden sich die entsprechenden Vorgaben in den §§ 318, 331, 345 UmwG, wobei sich hier aufgrund der Verbindlichkeit der Vorabbescheinigung des ausländischen Registergerichts der Anmelde- und Prüfungsumfang reduziere; insbesondere die Vorgaben über die Beteiligung der Arbeitnehmer sowie etwaiger Missbrauch (in bestimmten Konstellationen) seien allerdings auch hier Prüfungsgegenstand. Abschließend müsse auf den genauen Zeitpunkt des Wirksamwerdens geachtet werden; in Teilen sei das Recht des Zuzugsstaats maßgeblich.

Abschließend wandte sich *Graf Wolffskeel* den Auswirkungen des UmRUG (auch) auf die (praktisch doch weiterhin bedeutenderen) rein innerstaatlichen Umwandlungsvorgänge zu. Zunächst seien die Präzisierungen, erweiterten Verzichtsmöglichkeiten sowie Entbehrlichkeitsvorgaben für den Verschmelzungsbericht (§ 8 UmwG) zu beachten. In diesem Kontext habe auch die entsprechende Prüfungsvorgabe des § 9 UmwG eine korrespondierende Änderung erfahren. Für die das Spruchverfahren betreffenden Änderungen in den §§ 14 f. UmwG verwies er auf die Ausführungen von *Teichmann*. Mit Blick auf die für sich genommenen überraschende Änderung von § 29 UmwG, wonach der übertragende Rechtsträger das Abfindungsangebot zu unterbreiten habe, sei die Gesetzesbegründung beruhigend, wonach die Änderung keine praktischen Auswirkungen zeitigen solle. Im Rahmen des neu gefassten § 60 Satz 2 UmwG müsse die Erfassung der Anteilsinhaber aller beteiligter Rechtsträger beachtet werden. Zum neuen § 61 Satz 3 UmwG gehe er davon aus, dass neben der Einreichung des Verschmelzungsvertrags auch auf die Monatsfrist verzichtet werden könne. Abschließend erwähnte der Referent noch die erweiterte Möglichkeit zur Aktiengewährung anstelle barer Zuzahlungen in den §§ 72a und b, 142a UmwG sowie die Streichung des absoluten Verschmelzungsverbots in § 76 UmwG.

Zum Abschluss stellte *Graf Wolffskeel* dem UmRUG ein positives Zeugnis aus. Für die Praxis seien erhebliche Erleichterungen schon deswegen zu erwarten. Jedenfalls liege eine handhabbare und vor allem systematisch stimmige Regelung grenzüberschreitender Umwandlungssachverhalte vor, auch wenn für Personengesellschaften – wie bereits erwähnt – Lücken und die Handhabung einiger Einzelfragen durch die Gerichte abzuwarten bleibe.

Hiernach eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Frageunde. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/veranstaltungen/index.html und www.notarrechtsinstitut.de, jeweils unter „Veranstaltungen“).



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungshinweise

Rheinisches Institut für Notarrecht an der Universität Bonn

„Der Nutzen dinglicher Rechte“

Donnerstag, 09.11.2023, 19:15 Uhr,
Bonner Juridicum, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

Referent: Prof. Dr. *Maximilian Becker*

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Per E-Mail an notarrecht@uni-bonn.de oder per Post an
Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a,
53113 Bonn

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg

INotaReG-Tagung zum reformierten Kaufrecht

Freitag, 24.11.2023, 09:15–17:00 Uhr
Neue Aula der Neuen Universität (Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg)

Inhalt und Ablauf:

09:15 Uhr Begrüßung und Einleitung
Prof. Dr. *Christian Baldus*, Heidelberg

Vormittagssitzung: Grundlagen und europäische Sicht

Vorsitz: Notar Dr. *Thomas Raff*, Ludwigshafen am Rhein

09:30 Uhr Das neue Kaufrecht: Einführung und
ausgewählte Grundfragen
Prof. Dr. Dr. h.c. *Thomas Pfeiffer*,
Heidelberg

10:15 Uhr Umsetzungsmodelle und Umsetzungs-
divergenzen: Österreich, Frankreich, Ita-
lien
Prof. Dr. *Simon Laimer*, LL.M., Innsbruck

11:00 Uhr Erste Vorlagen an den EuGH
N.N., Brüssel/Luxemburg (angefragt)

11:30 Uhr Diskussion und Mittagspause

Nachmittagssitzung: Nationale gerichtliche Erfahrungen und notarieller Gestaltungsbedarf

Vorsitz: Notarin Dr. *Andrea Stutz*, Konstanz

13:15 Uhr Instanzgerichtliche Judikatur aus
Rheinland-Pfalz
Vizepräsident des OLG a.D.
Dr. *Ulf Rüdiger Petry*, Zweibrücken

13:45 Uhr Erste Erfahrungen aus der französischen
Rechtsprechung
Constantin Ringot-Namer, Nancy

14:15 Uhr Diskussion und Kaffeepause

Herausforderungen

15:00 Uhr Digitale Produkte in notariellen Verträgen
Prof. Dr. *Martin Schmidt-Kessel*,
Bayreuth

15:30 Uhr Das reformierte Kaufrecht in der
Gestaltungspraxis
Notar *Sebastian Herrler*, München

16:00 Uhr Diskussion

16:30 Uhr Schlusswort
Prof. Dr. *Christian Baldus*, Heidelberg

Empfang bis ca. 18:00 Uhr

Tagungsbeitrag: kostenlos

Die Tagung findet in Kooperation mit der Université de
Lorraine statt und wird deutsch-französisch verdolmetscht.

Kontakt/Anmeldung:

Anmeldungen per E-Mail an: notareg@igr.uni-heidelberg.de.

Veranstaltungen des DAI

1. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauβ)
03.11.2023, Heusenstamm (6 Zeitstd.)
Nr. 035035 (Präsenz) / 035036 (Live-Stream)
27.11.2023, Berlin (6 Zeitstd.)
Nr. 035070 (Präsenz) / 035071 (Live-Stream)
2. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
06.11.2023, Stuttgart (6 Zeitstd.)
Nr. 035121
3. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauβ)
07.11.2023, Bochum (6 Zeitstd.)
Nr. 035081 (Präsenz) / 035082 (Live-Stream)
24.11.2023, Papenburg (6 Zeitstd.)
Nr. 034942
25.11.2023, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 034948
4. **Aktuelles Notarkostenrecht**
(Stephan)
10.11.2023, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035089 (Präsenz) / 035090 (Live-Stream)
5. **Das MoPeG in der notariellen Praxis**
(Heckschen, Nolting, Salomon)
13.11.2023, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035068 (Präsenz) / 035069 (Live-Stream)
6. **Notarielle Nachlassgeschäfte in der Praxis**
(Wegerhoff)
16.11.2023, Bielefeld (6 Zeitstd.)
Nr. 034950
7. **Das MoPeG und weiteres aktuelles Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis**
(Berkefeld)
17.11.2023, Heusenstamm (6 Zeitstd.)
Nr. 035083 (Präsenz) / 035084 (Live-Stream)
8. **Der digitale Nachlass in der Gestaltungspraxis**
(Raude)
22.11.2023, Bochum (4 Zeitstd.)
Nr. 035019 (Präsenz) / 035020 (Live-Stream)
9. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
(Szalai, Staake)
01.12.-02.12.2023, Heusenstamm und Live-Stream
(10 Zeitstd.)
Nr. 035039 (Präsenz) / 035040 (Live-Stream)

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Ausschreibung

Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2024

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

Helmut-Schippel-Preis

in Höhe von **5.000 €** aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten

bis spätestens **30.06.2024**
bei der

Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei gedruckten Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) sowie als pdf-Datei an notrv@dnoti.de einzureichen (maßgebend ist der Eingang). Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preiserhalts zur Archivierung der Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2025 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt.

Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

Neuerscheinungen

1. Basty: Der Bauträgervertrag. 11. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 674 S., 159,00 €
2. Bauer/Schaub: GBO. Kommentar. 5. Aufl., Vahlen, 2023. 2380 S., 259,00 €
3. Bengel/Reimann/Holtz/Röhl: Handbuch der Testamentsvollstreckung. 8. Aufl., Beck, 2023. 1028 S., 139,00 €
4. Damrau/Zimmermann: Betreuungsrecht. Kommentar zum materiellen und formellen Recht. 5. Aufl., Kohlhammer, 2023. 1526 S., 209,00 €
5. Drasdo/Elzer: Münchener Handbuch des Wohnungseigentumsrechts. 8. Aufl., Beck, 2023. 2054 S., 209,00 €
6. Eden: Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen. 4. Aufl., Erich Schmidt, 2023. 600 S., 98,00 €
7. Erman: BGB. Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VbVG, VersAusglG, WEG - teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht in 3 Bänden. 17. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 7859 S., 499,00 €
8. Götz/Pach-Hanssenheimb: Handbuch der Stiftung. 5. Aufl., NWB, 2023. 871 S., 109,00 €
9. Jauernig: BGB mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO. Kommentar. 19. Aufl., Beck, 2023. 3099 S., 75,00 €
10. Kroiß/Horn/Solomon: Nachfolgerecht. Kommentar. 3. Aufl., Nomos, 2023. 2484 S., 199,00 €
11. Krug/Daragan/Bernauer: Die Immobilie im Erbrecht. 2. Aufl., Beck, 2023. 558 S., 149,00 €
12. Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler: NotarFormulare Erbrecht. 7. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 2416 S., 149,00 €
13. Loose/Broemel/Mörwald: Grunderwerbsteuer im Unternehmen. 1. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 1111 S., 169,00 €
14. Nerlich/Kreplin/Rhode: Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung. 4. Aufl., Beck, 2023. 1540 S., 219,00 €
15. Notarkasse München A. d. ö. R./Heitzer: Notarkosten. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 200 S., 24,90 €
16. Prütting/Gehrein: ZPO. Kommentar. 15. Aufl., Luchterhand, 2023. 4084 S., 139,00 €
17. Prütting/Wegen/Weinreich: BGB. Kommentar. 18. Aufl., Luchterhand, 2023. 1400 S., 129,00 €
18. Richter: Stiftungsrecht. 2. Aufl., Beck, 2023. 1234 S., 219,00 €
19. Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann: HGB. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 2800 S., 209,00 €
20. Saenger: ZPO. Familienverfahren | Gerichtsverfassung | Europäisches Verfahrensrecht. Kommentar. 10. Aufl., Nomos, 2023. 3480 S., 139,00 €
21. Schimanski: Workflows im Notariat. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 192 S., 54,00 €
22. Viskorf/Schuck/Wälzholz: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz. Kommentar. 7. Aufl., NWB, 2023. 2043 S., 199,00 €
23. Wallenhorst/Wallenhorst: Die Treuhandstiftung. 1. Aufl., Beck, 2023. 258 S., 69,00 €
24. Weise/Forst/Frense: Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht. 4. Aufl., Beck, 2023. 980 S., 169,00 €
25. Winkler: BeurkG. Kommentar. 21. Aufl., Beck, 2023. 1194 S., 179,00 €



STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 30.09.2023:

Notar Dr. Johann Frank, Amberg
Notar Dr. Daniel Siebenhaar, Augsburg

Mit Wirkung zum 01.11.2023:

Notar Dr. Wenzel Steinmetz, Schwandorf

Mit Wirkung zum 30.11.2023:

Notar Gerhard Regel, Schifferstadt

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.10.2023:

Amberg dem Notarassessor
Christoph Ritter
(bisher in Berlin)

Mit Wirkung zum 01.11.2023:

Augsburg dem Notar
(in Sozietät mit Dr. Sebastian Berkefeld Benjamin Weingarten)
Dr. Sebastian Berkefeld (bisher in Bad Brückenau)

Augsburg dem Notar
(in Sozietät mit Benjamin Weingarten Dr. Sebastian Berkefeld)
(bisher in Roding)

Bogen dem Notarassessor
Dr. Michael Böhme
(bisher in München,
Notarstellen Dr. Görk/
Dr. Berringer)

München der Notarin
Dr. Claudia Greipl
(bisher in Weiden
i. d. OPf.)

Schwandorf dem Notarassessor
Alexander König
(bisher in Würzburg,
DNotI)

Schwandorf dem Notarassessor
Dr. Wenzel Steinmetz
(Geschäftsführer der
BNotK)

Volkach der Notarassessorin
Anna Straub
(bisher Schwabmünchen,
Notarstellen Dr. Weigl/
Grob)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.09.2023:

Lukas Ciesla, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge in Würzburg)

Dr. Johannes Fischer, Eisenfeld
(Notarstelle Hertel in Weilheim in Oberbayern)

Dr. Florian Alexander Berger, Prien am Chiemsee
(Notarstellen Dr. Schreindorfer/Bosch in Straubing)

Dr. Toni Fickentscher, Amberg
(Notarstellen Dr. Tomasic/Dr. Giehl in Erlangen)

Mit Wirkung zum 01.10.2023:

Benedikt Wössner, München
(Notarstelle Dr. Benz in Kelheim)

Dr. Dominik Meier, Feucht
(Notarstellen Dr. Koch/Herrmann in Obernburg
am Main)

Dr. Daniel Kuhn, Würzburg
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon in Bayreuth)

4. Sonstige Veränderungen:

Notarin Maria Meier, Burglengenfeld, trägt nun infolge
Verehelichung den Nachnamen Körner.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarin Johanna Hasselbach
Bahnhofstraße 56, 96231 Bad Staffelstein
T. +49 (0) 9573 / 92593-0
F. +49 (0) 9573 / 92593-99
M. info@notarin-hasselbach.de

Notare Dr. Helene Ludewig und Dr. Till Schemann
Sonnenstraße 9, 80331 München
F. +49 (0) 89 / 5519676-29



Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

