

# MittBayNot

Begründet 1864

5 | 2025

September | Oktober 2025

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Benjamin Lorenz,  
Notarassessor  
Julia Weilhart,  
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 a. D., Roth

Dr. Felix Wobst,  
Notar in Gerolzhofen

## AUFSÄTZE

<b>Kemper:</b> Praxisupdate Steuerrecht	409
<b>Meier:</b> Praxisupdate Gesellschaftsrecht	419
<b>Volmer:</b> Praxisupdate Immobilienrecht	431
<b>Weidlich:</b> Praxisupdate Erbrecht	435
<b>Wobst:</b> Praxisupdate WEG	442

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

<b>Falkner zu BGH:</b> Sondereigentumsfähigkeit bei Mehrfachparkern	457
<b>Waldner zu OLG München:</b> Grundbuchfähigkeit eines Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG	463
<b>Husmann zu OLG München:</b> Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Enterbung für den Fall, dass der Erbe eine bestimmte Person heiratet	477
<b>Braun zu OLG Celle:</b> Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments bei Testierunfähigkeit eines Ehegatten	482
<b>Heitzer zu OLG Celle:</b> Zur Anwendung des Bewertungsprivilegs des § 48 Abs. 1 GNotKG, wenn der landwirtschaftliche Betrieb in eine bestehende GbR eingebracht ist, deren Mitgesellschafter der Erwerber ist	503

# 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](http://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 a. D., Roth  
Dr. Felix Wobst, Notar in Gerolzhofen

## Schriftleitung:

Notarassessor Benjamin Lorenz  
Notarassessorin Julia Weilhart

*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 5 | 2025

<b>AUFSÄTZE</b>	<b>409</b>
<b>Kemper:</b> Praxisupdate Steuerrecht	409
<b>Meier:</b> Praxisupdate Gesellschaftsrecht	419
<b>Volmer:</b> Praxisupdate Immobilienrecht	431
<b>Weidlich:</b> Praxisupdate Erbrecht	435
<b>Wobst:</b> Praxisupdate WEG	442
<b>RECHTSPRECHUNG</b>	<b>450</b>
<b>Bürgerliches Recht</b>	
ALLGEMEINES	
1. Entsprechende Anwendung des § 656c BGB auf einen Maklervertrag zwischen Makler und einem Dritten (BGH, Urteil vom 06.03.2025, I ZR 32/24) (LS)	450
2. Nichtigkeit einer Abwälzungsvereinbarung zur Zahlung des Maklerlohns durch den Käufer (BGH, Urteil vom 06.03.2025, I ZR 138/24)	450
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT	
3. Entstehung eines Vorkaufsrechts in analoger Anwendung des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Begründung von Teileigentum (BGH, Urteil vom 21.05.2025, VIII ZR 201/23) (LS)	453
4. Sondereigentumsfähigkeit bei Mehrfachparkern (BGH, Beschluss vom 07.03.2024, V ZB 46/23) mit Anmerkung <b>Falkner</b>	454 457
5. Grundbuchfähigkeit eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG (OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.06.2025, 2 W 47/25) (LS)	460
6. Grundbuchfähigkeit eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG (OLG München, Beschluss vom 10.02.2025, 34 Wx 328/24e) mit Anmerkung <b>Waldner</b>	460 463
7. Grundbuchfähigkeit eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24) (LS)	465
8. Eintragungsfähigkeit einer GbR, die einen Idealverein als Gesellschafter hat (KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24)	465
9. Auslegung der Gemeinschaftsordnung – Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums (KG, Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 21/24) (LS)	467
10. Eintragung einer Teilungserklärung bei Einreichung des Aufteilungsplans in Papierform in größerem Format als DIN A3 (OLG München, Beschluss vom 04.09.2024, 34 Wx 224/24e) (LS)	468
FAMILIENRECHT	
11. Zur Auslegung eines Ehe- und Verzichtsvertrags im Hinblick auf den Ausschluss auch des vorzeitigen Zugewinnausgleichs (OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 18.09.2024, II-25 UF 69/24)	468
12. Eigenständiger Anspruch des berufsmäßigen Ergänzungspflegers auf Aufwendungsersatz (OLG München, Hinweisbeschluss vom 13.05.2024, 16 WF 467/24e) (LS)	469
ERBRECHT	
13. Anforderungen an den Erbscheinsantrag eines Gläubigers zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (OLG Brandenburg, Beschluss vom 15.01.2025, 3 W 75/24)	470
14. Verzicht auf ein Nacherbenrecht bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers für den Nacherben (OLG Köln, Beschluss vom 25.11.2024, 2 Wx 200/24)	471
15. Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Enterbung für den Fall, dass der Erbe eine bestimmte Person heiratet (OLG München, Beschluss vom 23.09.2024, 33 Wx 325/23e) mit Anmerkung <b>Husmann</b>	472 477



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

## Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2025

16. Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments bei Testierunfähigkeit eines Ehegatten (OLG Celle, Beschluss vom 14.03.2024, 6 W 106/23)	479
mit Anmerkung <b>Braun</b>	482

### **Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht**

17. Nachreichen der einer Anmeldung einer Umwandlung beizufügenden Schlussbilanz des übertragenen Rechtsträgers (BGH, Beschluss vom 18.03.2025, II ZB 1/24) (LS)	484
--	-----

18. Zur Frage der Geeignetheit einer Internetdomain als Firma (BGH, Beschluss vom 11.03.2025, II ZB 9/24) (LS)	484
--	-----

19. Anforderungen an den Inhalt der Versicherung des Liquidators einer GmbH im Rahmen der Anmeldung (BGH, Beschluss vom 24.09.2024, II ZB 15/23)	485
--	-----

20. Keine Angabe der Wohnanschrift des Geschäftsführers im Rahmen einer Handelsregisteranmeldung (OLG Köln, Beschluss vom 09.01.2025, I-4 Wx 19/24)	486
---	-----

21. Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen durch zu Unrecht nicht zugelassene Aktionäre wegen eines Mitführungsverbots bestimmter privater Endgeräte (KG, Urteil vom 26.01.2024, 14 U 122/22)	489
--	-----

### **Internationales Privatrecht**

22. Unwirksamkeit einer Eheschließung bei Abgabe der Eheschließungserklärungen per Videotelefonie in Deutschland und fehlender Wahrung der hier vorgeschriebenen Form (BGH, Beschluss vom 25.09.2024, XII ZB 244/22)	493
--	-----

### **Beurkundungs- und Notarrecht**

23. Zur Übernahme eines selbstständigen Betreuungsauftrags durch Vereinbarung einer im Innenverhältnis eingeschränkten Vollmacht für den beurkundenden Notar, dessen Vertreter oder Amtsnachfolger – Amtshaftungsanspruch (BGH, Urteil vom 08.05.2025, III ZR 398/23)	496
---	-----

### **Kostenrecht**

24. Zur Anwendung des Bewertungsprivilegs des § 48 Abs. 1 GNotKG, wenn der landwirtschaftliche Betrieb in eine bestehende GbR eingebracht ist, deren Mitgesellschafter der Erwerber ist (OLG Celle, Beschluss vom 14.10.2024, 7 W 4/24)	502
mit Anmerkung <b>Heitzer</b>	503

### **Steuerrecht**

25. Unentgeltliche Übertragung von Wirtschaftsgütern eines Gewerbebetriebs unter Vorbehaltsnießbrauch (BFH, Urteil vom 29.01.2025, X R 35/19)	505
---	-----

26. Nur noch anteiliger Schuldzinsenabzug nach unentgeltlicher Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Vermietungsobjekt (BFH, Urteil vom 03.12.2024, IX R 2/24)	506
---	-----

27. Keine Steuerbefreiung bei Einbringung von Kommanditanteilen in eine erst kurz zuvor erworbene Vorrats-GmbH (BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 46/22) (LS)	508
--	-----

### **SONSTIGES**

**509**

<b>Veranstaltungshinweise</b>	509
-------------------------------	-----

<b>Ausschreibung</b>	512
----------------------	-----

<b>Neuerscheinungen</b>	513
-------------------------	-----


**AUFSÄTZE**
**Hinweis der Schriftleitung:**

Die nachfolgenden Praxisupdates sind Schriftfassungen der auf der ersten MittBayNot-Jahrestagung in München am 28.06.2025 gehaltenen Vorträge. Das neue Veranstaltungsformat des Bayerischen Notarvereins informiert schnell und punktgenau über die zentralen Entwicklungen des vergangenen Jahres in den notariellen Kernbereichen. Die nächste MittBayNot-Jahrestagung wird im Januar 2026 voraussichtlich in einem zweitägigen Format stattfinden. Der Termin wird unter [www.notare.bayern.de/mittbaynot](http://www.notare.bayern.de/mittbaynot) zeitnah bekanntgegeben.

# Praxisupdate Steuerrecht

Von Notarassessor Dr. **Constantin Kemper**, München

Das Praxisupdate schildert aktuelle steuerrechtliche Entwicklungen in den Jahren 2024 und 2025. Hinsichtlich der Auswirkungen durch das am 05.12.2024 verkündete „Jahressteuergesetz 2024“ wird auf die Darstellung in MittBayNot 2025, 103 ff. verwiesen.

## I. Einkommensteuer

### 1. BMF-Schreiben vom 04.09.2024: Steuerliche Anerkennung disquotaler Gewinnausschüttungen

Eine disquotale, d. h. von den Beteiligungsquoten abweichende Gewinnverteilung wird steuerrechtlich anerkannt, wenn der Gewinnverteilungsbeschluss zivilrechtlich wirksam ist. Das ist in der GmbH<sup>1</sup> der Fall, wenn der abweichende Verteilungsmaßstab in der Satzung selbst festgelegt ist oder die Satzung eine Öffnungsklausel enthält, die es den Gesellschaftern erlaubt, eine abweichende Gewinnverteilung zu beschließen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG).

Darüber hinaus hat der BFH mit Urteil vom 28.09.2022 entschieden, dass eine disquotale Gewinnverteilung steuerrechtlich anzuerkennen ist, wenn sie aufgrund eines satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlusses erfolgt, für den die Vorgaben des § 53 GmbHG nicht eingehalten wurden. Voraussetzung ist dann aber, dass der Beschluss die Satzung nur punktuell durchbricht und kein satzungswidriger Dauerzustand begründet wird.<sup>2</sup> Denn in diesem Fall

ist der Beschluss nur anfechtbar (§ 243 AktG analog), aber nicht wichtig.<sup>3</sup> Ob der Beschluss „punktuell“ oder „dauerhaft“ satzungsdurchbrechend wirkt, richtet sich nach dem Willen der Gesellschafter. Dabei wurde vom BFH nicht beanstandet, dass die Gesellschafter in vier aufeinanderfolgenden Jahren entsprechende Beschlüsse gefasst haben. Entscheidend ist für das Gericht, dass jedem Beschluss eine neue Willensbildung der Gesellschafter zugrunde lag. Dieser Sichtweise schließt sich nun auch die Finanzverwaltung an.<sup>4</sup>

**Hinweis:** Um Diskussionen bzgl. der „Dauerwirkung“ zu vermeiden, sollte mit einer Öffnungsklausel in der Satzung vorgesorgt werden.<sup>5</sup> Außerdem ist zu beachten, dass disquotale Gewinnausschüttungen auch schenkungsteuerrechtlich relevant werden können: Nach Auffassung der Finanzverwaltung kann hierin eine freigiebige Zuwendung zugunsten des „überquotal“ am Gewinn beteiligten Gesellschafters gesehen werden.<sup>6</sup> Besteht eine leistungsbezogene Rechtfertigung für die disquotale Gewinnausschüttung, sollte diese daher dokumentiert werden. In Zweifelsfällen kann es sich anbieten, ein Rückforderungsrecht für den Fall der Schenkungsteuerpflicht zu vereinbaren (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

1 Bei einer AG ist eine abweichende Gewinnverteilung nur aufgrund einer Satzungsregelung möglich, die den abweichenden Gewinnverteilungsschlüssel festlegt (§ 60 Abs. 3 AktG), BMF, Schreiben vom 04.09.2024, DStR 2024, 2125.

2 BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, DStR 2022, 2606, 2609 f. (entgegen BMF, Schreiben vom 17.12.2013, DStR 2014, 36).

3 M. w. N. Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 53 Rdnr. 19.

4 BMF, Schreiben vom 04.09.2024, DStR 2024, 2125.

5 Formulierungsvorschlag bei Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2025, § 6 Rdnr. 999.

6 R E 7.5 Abs. 7 Satz 11 ErbStR 2019 (dagegen Grever, RNotZ 2019, 1, 13).



## 2. LfSt Bayern, Verfügung vom 08.10.2024: Funktional-wesentliche Betriebsgrundlage land- und forstwirtschaftlicher Betriebe

Die unentgeltliche<sup>7</sup> Übertragung von Betriebsvermögen kann gemäß § 6 Abs. 3 EStG nur dann zum Buchwert (ohne Aufdeckung der stillen Reserven) erfolgen, wenn alle funktional wesentlichen<sup>8</sup> Betriebsgrundlagen übergeben werden.<sup>9</sup> Andernfalls werden sämtliche im Betrieb vorhandenen stillen Reserven aufgedeckt (§ 16 Abs. 3 EStG).<sup>10</sup> Gerade bei landwirtschaftlichen Hofübergaben wünscht der Übergeber aber häufig, einzelne (noch) landwirtschaftlich genutzte Flächen zurückzubehalten. Das LfSt Bayern<sup>11</sup> gibt diesbezüglich eine Orientierungshilfe für die Praxis: „Im Allgemeinen“ seien landwirtschaftliche Nutzflächen, deren Umfang bis zu 10 % sämtlicher zum Betriebsvermögen gehörender und im Eigentum des Betriebsinhabers stehender landwirtschaftlicher Nutzflächen ausmacht, *keine wesentlichen Betriebsgrundlagen*. Ihr Rückbehalt sei daher für § 6 Abs. 3 EStG unschädlich. Bei Berechnung dieser „10%-Grenze“ sind auch nicht selbstbewirtschaftete, zum Beispiel verpachtete oder brachliegende Flächen zu berücksichtigen.<sup>12</sup> Diese „10%-Grenze“ lässt sich meines Erachtens auch bei Anwendung der §§ 13a ff. ErbStG für die Frage, ob der *ganze* Betrieb übergeben wurde, fruchtbar machen.<sup>13</sup> Eine solche (wünschenswerte) einheitliche Auslegung von EStG und ErbStG ist aber nicht durch eindeutige Rechtsprechung gesichert.

**Hinweis:** Das steuerliche Schicksal zurückbehaltener (nicht wesentlicher) Flächen hängt von der weiteren Nutzung ab: Stellt der Übergeber sie dem Übernehmer (auch unentgeltlich) zur landwirtschaftlichen Nutzung zur Verfügung oder betreibt er hierauf selbst einen verkleinerten landwirtschaftlichen Betrieb, bleiben sie Betriebsvermögen und es findet keine Aufdeckung der stillen Reserven statt.<sup>14</sup> Werden sie hingegen betriebsfremden Zwecken gewidmet, zum Beispiel indem sie einem weichenden Geschwisterteil als Baugrund überlassen werden, findet eine Entnahme statt, die zur Aufdeckung der stillen Reserven hinsichtlich dieser Flä-

7 Eine Übertragung ist auch dann „unentgeltlich“, wenn der Erwerber betriebliche Verbindlichkeiten übernimmt und/oder die Übertragung gegen Versorgungsleistungen erfolgt, BFH, Urteil vom 05.07.1990, GrS 4-6/89, MittBayNot 1990, 372, 375.

8 Vgl. BMF, Schreiben vom 20.11.2019, DStR 2019, 2482.

9 Grundlegend BFH, Urteil vom 14.07.1993, X R 74-75/90, DStR 1993, 1854, 1855 (noch zu § 7 Abs. 1 EStDV).

10 Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Stand: November 2024, § 6 EStG Rdnr. 1732.

11 LfSt Bayern, Verfügung vom 08.10.2024, DStR 2025, 345. Das LfSt Bayern schließt sich damit einer älteren Rspr. des BFH an, BFH, Urteil vom 24.02.2005, IV R 28/00, BFH/NV 2005, 1162 (m. w. N.).

12 LfSt Bayern, Verfügung vom 08.10.2024, DStR 2025, 345, Tz. 2.2.1.

13 Vgl. Wachter in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, 8. Aufl. 2023, § 13b Rdnr. 65, 76.

14 BFH, Urteil vom 24.02.2005, IV R 28/00, BFH/NV 2005, 1162.

chen führt. Ist das von vornherein beabsichtigt, bietet sich eine Entnahme im Vorfeld der Betriebsübergabe an. Dann kann der Rückbehalt – unabhängig von der Größe der Flächen – die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 3 EStG nicht in Frage stellen, weil die Flächen im Zeitpunkt der Hofübergabe nicht mehr zum Betriebsvermögen gehören.<sup>15</sup> Dies soll nach neuerer Rechtsprechung auch dann gelten, wenn die Entnahme „eine juristische Sekunde“ vor der Betriebsübergabe erfolgt.<sup>16</sup>

## 3. BFH, Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20 und Urteil vom 29.01.2025, X R 35/19: Unentgeltliche Übertragung eines Gewerbetriebes unter Nießbrauchsvorbehalt

Mit Urteilen vom 08.08.2024 sowie 20.01.2025 haben sich sowohl der IV. als auch der X. Senat des BFH zur Übertragung von Einzelunternehmen unter Nießbrauchsvorbehalt geäußert. Der IV. Senat hatte dabei die Übertragung eines *verpachteten* Gewerbetriebes,<sup>17</sup> der X. Senat die eines *aktiven* Gewerbetriebes zu beurteilen.<sup>18</sup> In beiden Fällen ist der BFH zu dem Ergebnis gekommen, dass bei Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt keine Buchwertfortführung gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG möglich ist. Der Nießbrauch führt dazu, dass der Übergeber den Betrieb weiterführt, das Betriebsvermögen aber bereits den Übernehmern zuzurechnen sei. Da diese aufgrund des Nießbrauchs nicht betrieblich tätig werden, stelle sich der Vorgang als Entnahmehandlung des Übergebers und anschließende Übertragung von Privatvermögen dar. Das führt einerseits zu einer Aufdeckung der in den übertragenen Wirtschaftsgütern gespeicherten stillen Reserven, andererseits handelt es sich erbschaftsteuerlich nicht (mehr) um begünstigungsfähiges Betriebsvermögen im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.<sup>19</sup>

**Hinweis:** Die Übertragung eines gewerblichen Einzelunternehmens unter Vorbehalt des Nießbrauchs ist steuerschädlich! Gestaltungsalternative ist die Vereinbarung von Versorgungsleistungen gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG.<sup>20</sup> Steht bei Bemessung der Rentenzahlungen nicht die Ertragskraft oder der Wert des Unternehmens, sondern der Versorgungsbedarf des Übergebers im Vordergrund, liegt gleichwohl eine unentgeltliche Übertragung vor, sodass § 6 Abs. 3 EStG Anwendung findet.<sup>21</sup> Alternativ kann der Betrieb in eine GmbH & Co. KG eingebbracht werden (§ 24 UmwStG),

15 Voraussetzung ist allerdings, dass überhaupt noch ein lebensfähiger Betrieb übergeben wird.

16 BFH, Urteil vom 10.09.2020, IV R 14/18, DStR 2021, 18, 22.

17 BFH, Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20, DStR 2024, 2417 im Anschluss an Urteil vom 25.01.2017, X R 59/14, MittBayNot 2018, 75. Ebenso BMF, Schreiben vom 20.11.2019, DStR 2019, 2482 Tz. 7.

18 BFH, Urteil vom 29.01.2025, X R 35/19, in diesem Heft, S. 505 (LS) = DStR 2025, 946.

19 BFH, Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20, DStR 2024, 2417, 2420 ff.; instruktiv Stein, DStR 2025, 503, 504 ff.

20 Vgl. BFH, Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20, DStR 2024, 2417, 2421 ff.

21 BMF, Schreiben vom 11.03.2010, DStR 2010, 545 Tz. 5.

mit anschließender Übertragung des Mitunternehmeranteils des Übergebers unter Nießbrauchsvorbehalt auf den Übernehmer.<sup>22</sup>

**Abgrenzung:** Für die Übertragung *land- und forstwirtschaftlicher Betriebe* unter Nießbrauchsvorbehalt gilt nach Ansicht des BFH eine – schwer begründbare – „Bereichsausnahme“. Diesbezüglich stehe der Vorbehaltsnießbrauch § 6 Abs. 3 EStG nicht entgegen.<sup>23</sup> Andere Maßgaben gelten auch für die Übertragung von *Mitunternehmeranteilen* unter Nießbrauchsvorbehalt: Hier greift § 6 Abs. 3 EStG (nur), wenn der Übernehmer Mitunternehmer wird.<sup>24</sup> Dafür muss er (zumindest) in Grundlagenangelegenheiten selbst stimmberechtigt bleiben und der „Restbestand“ an Rechten bei der Nießbrauchsbestellung definiert werden.<sup>25</sup> Wird der Nießbrauch nur am *Sonderbetriebsvermögen*, nicht aber am Mitunternehmeranteil vorbehalten, so stellt dies nach wohl herrschender Meinung die Anwendung von § 6 Abs. 3 EStG nicht in Frage und führt auch nicht zur Entnahme des Sonderbetriebsvermögens. Im Einzelfall kann jedoch die Einholung einer verbindlichen Auskunft ratsam sein.<sup>26</sup>

#### 4. BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24 und Urteil vom 11.02.2025, IX R 14/24: Ablösung eines Nießbrauchs an Kapitalgesellschaftsanteilen

Die Entscheidungen betreffen den (Vorbehalt-)Nießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen. Im Kern steht dabei die Frage, ob der Umstand, dass die auf die laufende Geschäftstätigkeit<sup>27</sup> der Gesellschaft entfallenden Gewinnanteile dem Nießbraucher zustehen (§ 1068 Abs. 2, § 1030 i. V. m. § 99 Abs. 2, §§ 100, 101 Nr. 2 BGB) auch steuerrechtlich anerkannt wird. § 20 Abs. 5 Satz 1, 2 EStG bestimmt, dass die Einkünfte dem „Anteilseigner“ zuzurechnen sind. Das ist gemäß § 39 AO der (wirtschaftliche) Eigentümer der Geschäftsanteile im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses (§ 20 Abs. 5 Satz 2 EStG). Zwar bestimmt § 20

22 Demuth, MittBayNot 2020, 408, 409.

23 BFH, Urteil vom 08.05.2019, VI R 26/17, DStR 2019, 2020, 2021; Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20, DStR 2024, 2417, 2421.

24 BFH, Urteil vom 06.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 382, 384; BMF, Schreiben vom 20.11.2019, DStR 2019, 2482 Tz. 7.

25 BFH, Urteil vom 06.11.2019, II R 34/16, DStR 2020, 382, 385. Für die korrekte steuerliche Zuordnung der Einkünfte ist außerdem erforderlich, dass auch der Übergeber Mitunternehmer bleibt. Diesbezüglich wurde in jüngerer Zeit angezweifelt, ob es aufgrund des Nießbrauchs zu einer „Verdopplung“ der Mitunternehmerstellung kommen kann (vgl. BFH, Urteil vom 19.07.2018, IV R 10/17, DStR 2018, 2372, 2376). Um entsprechende Zweifel zu vermeiden, bietet es sich an, dem Übergeber einen „Zwerganteil“ zurückzubehalten (Demuth, MittBayNot 2020, 408, 410, 412).

26 FG Münster, Urteil vom 24.06.2014, 3 K 3886/12 F, ZEV 2014, 687; Demuth, MittBayNot 2020, 408, 413 f.

27 Vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen verbleiben „Substanzausschüttungen“ hingegen dem Gesellschafter, vgl. BGH, Urteil vom 20.04.1972, II ZR 143/69, NJW 1972, 1755; BFH, Urteil vom 01.03.1994, VIII R 35/92, BStBl. II 1995, S. 241, 244; Frank, MittBayNot 2010, 96, 100.

Abs. 5 Satz 3 EStG: „Sind einem Nießbraucher [...] die Einnahmen [...] zuzurechnen, gilt er als Anteilseigner“. Hierbei handelt es sich nach Ansicht des BFH jedoch um eine Klärstellung ohne eigenen Regelungsinhalt:<sup>28</sup> Auch bei nießbrauchsbelasteten Geschäftsanteilen ist für die steuerliche Zurechnung festzustellen, wer wirtschaftlicher Eigentümer und damit Anteilseigner ist.<sup>29</sup>

Mit den Entscheidungen vom 20.09.2024<sup>30</sup> und 11.02.2025<sup>31</sup> hat der BFH seine (restriktive) Linie zur Einkünftezurechnung an den Nießbraucher konkretisiert: Der Nießbrauch ist grundsätzlich auf den Empfang der Gewinnanteile beschränkt und begründet als solches kein wirtschaftliches Eigentum. Erforderlich sei vielmehr eine „einem Gesellschafter gleiche“ Dispositionsbefugnis über den Geschäftsanteil.<sup>32</sup> Das macht es – erstens – notwendig, dem Nießbraucher Mitverwaltungs-, insbesondere Stimmrechte zuzuweisen, zum Beispiel durch Erteilung einer umfassenden Stimmrechtsvollmacht.<sup>33</sup> Zweitens scheint der BFH nun zu fordern, dass auch das Risiko einer Wertminderung bzw. die Chance einer Wertsteigerung des Geschäftsanteils auf den Nießbraucher übergehen müssen.<sup>34</sup> Damit sind kaum noch Situationen denkbar, in denen die Einkünfte auch steuerrechtlich dem Nießbraucher zuzurechnen sind: Erforderlich wäre entweder die zusätzliche Vereinbarung eines freien Rückforderungsrechts<sup>35</sup> oder eine Regelung, nach der dem Nießbraucher nicht nur die laufenden Erträge, sondern auch der Veräußerungserlös sowie Gewinne aus der Aufdeckung stiller Reserven zustehen.

In den Entscheidungssachverhalten hat sich die restriktive Linie des BFH zugunsten der Steuerpflichtigen ausgewirkt: Verfahrensgegenständlich war die entgeltliche Ablösung eines Vorbehaltsnießbrauchs. Der BFH hat dabei konse-

28 BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24, DStR 2024, 2682 Rdnr. 16.

29 So bereits BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 30/18, MittBayNot 2023, 306 Rdnr. 16 m. Anm. Kemper; Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24, DB 2024, 3075, 3076 Rdnr. 16.

30 BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24, DStR 2024, 2682.

31 BFH, Urteil vom 11.02.2025, IX R 14/24, DStR 2025, 1084 m. Anm. Trossen.

32 BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24, DStR 2024, 2682 Rdnr. 15 ff.; Urteil vom 14.02.2022, VIII R 30/18, MittBayNot 2023, 306, Rdnr. 16.

33 BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24, DStR 2024, 2682 Rdnr. 15; Urteil vom 14.02.2022, VIII R 30/18, MittBayNot 2023, 306 Rdnr. 16. Zivilrechtlich ist allerdings unklar, inwiefern Stimmrechte auf den Nießbraucher übertragen werden können, vgl. Verf., MittBayNot 2023, 306, 312 f. m. w. N.

34 BFH, Urteil vom 11.02.2025, IX R 14/24, DStR 2025, 1084, 1085 Rdnr. 13; Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24, DStR 2024, 2682 Rdnr. 17 unter Verweis auf Urteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, DStRE 2012, 581 Rdnr. 15.

35 Str., ob zulässig oder als „freie Hinauskündigungsklausel“ gemäß § 138 BGB unwirksam, vgl. Dilling in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 17 Rdnr. 212.



quent entschieden, dass diese Ablöse nicht steuerbar ist.<sup>36</sup> Da dem Nießbraucher die Gewinnanteile nicht zuzurechnen waren, konnte auch die Ablöse nicht als Entschädigung für entgangene künftige Einnahmen steuerbar sein (§ 20 Abs. 1 Nr. 1, § 24 Nr. 1 lit. a) EStG).

**Hinweis:** Zukünftig muss davon ausgegangen werden, dass zivil- und steuerrechtliche Einkünftezurechnung voneinander abweichen, der Gesellschafter die Einkünfte also zu versteuern hat, obwohl er sie an den Nießbraucher auskehren muss. Da die Gewinnanteile durch Abzug an der Quelle besteuert (§ 43 Abs. 1 EStG) und „automatisch“ ohne Steueranteil an den Nießbraucher ausgeschüttet werden, wird sich das häufig nicht auswirken. Belastungsunterschiede können sich aber ergeben, wenn Nießbraucher und Gesellschafter verschiedenen Besteuerungsregimen unterworfen sind.<sup>37</sup> Bei Bestellung eines Nießbrauchs sollte daher vorsichtshalber vereinbart werden, dass dem Nießbraucher nur der „Netto-Gewinnanteil“ (nach Abzug der konkreten Steuerbelastung des Gesellschafters) zusteht.<sup>38</sup> Da bislang ungeklärt ist, welche sonstigen steuerlichen Auswirkungen die „Weiterleitung“ der Einkünfte aufgrund des Nießbrauchs hat,<sup>39</sup> sollte die Nießbrauchsbestellung in jedem Fall nur nach steuerlicher Prüfung (ggf. abgesichert mit verbindlicher Auskunft) erfolgen.

## 5. BFH, Urteil vom 20.11.2024, VI R 21/22: Kein Arbeitslohn bei schenkweiser Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen zur Sicherung der Unternehmensnachfolge

Werden Gesellschaftsanteile an einer GmbH oder einer Personengesellschaft unentgeltlich auf Abkömmlinge oder nahe Verwandte des Gesellschafters übertragen, kann davon ausgegangen werden, dass eine freigebige Zuwendung im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegt. Das gilt auch dann, wenn die Abkömmlinge bereits vor der Übertragung als Beschäftigte in der Gesellschaft mitarbeiten, da die Zuwendung in der Regel trotzdem evident durch das persönliche Näheverhältnis und nicht durch die Tätigkeit in der Gesellschaft veranlasst ist. Anders ist es, wenn Unternehmensanteile auf nicht oder nur entfernt verwandte Personen übertragen werden, die für die Gesellschaft tätig sind. Hier liegt die Annahme nahe, dass es sich eben nicht um eine freigebige Zuwendung, sondern um Arbeitslohn gemäß § 19 EStG handelt. Es handelt sich dabei aber nicht um ei-

nen „Automatismus“: Wie der VI. Senat des BFH zutreffend herausstellt, ist im Einzelfall zu ermitteln, ob die Zuwendung tatsächlich durch das Dienst- oder Arbeitsverhältnis veranlasst ist oder in Umsetzung eines konkreten Nachfolgekonzepts erfolgt.<sup>40</sup>

**Hinweis:** Es empfiehlt sich, den Anlass der Zuwendung (Situation, Ziele, Motivlage) in der notariellen Urkunde zu dokumentieren.<sup>41</sup> Soll die Einstufung als Arbeitslohn verhindert werden, ist außerdem sicherzustellen, dass die Übertragung unabhängig vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist,<sup>42</sup> d. h. insbesondere keine Rückforderung, Einziehung oder Zwangsabtretung erfolgen kann, wenn der Erwerber aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Umgekehrt dürften die üblichen Rückforderungsrechte (Vorversterben, Insolvenz, Veräußerung etc.) unschädlich sein.<sup>43</sup>

## 6. BFH, Urteil vom 03.12.2024, IX R 2/24: Schuldzinsenabzug bei unentgeltlicher Übertragung eines Teils des Vermietungsobjekts

Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG sind Schuldzinsen Werbungskosten, soweit sie in einem Veranlassungszusammenhang mit der Erzielung von Einkünften stehen. Zinsen, die für ein Darlehen zum Erwerb einer fremdvermieteten Immobilie (und damit zwecks Erzielung von Einkünften gemäß § 21 EStG) geleistet werden, sind somit abzugsfähig. Mit der Entscheidung vom 03.12.2024<sup>44</sup> stellt der BFH allerdings klar, dass dieser Veranlassungszusammenhang entfällt, wenn der vermietete Grundbesitz unentgeltlich übertragen wird und keine Schuldübernahme stattfindet. Ab diesem Zeitpunkt dient das Darlehen nicht mehr der Erzielung von Einkünften, sondern der Finanzierung der unentgeltlichen Zuwendung, sodass auch die geleisteten Schuldzinsen nicht mehr abzugsfähig sind. Das gilt insbesondere, wenn ein Miteigentumsanteil unentgeltlich übertragen wird: Der Schuldzinsenabzug fällt dann anteilig weg.<sup>45</sup>

**Hinweis:** Findet hingegen eine Schuldübernahme statt (und nicht nur die Übernahme der dinglichen Haftung für etwaige Grundpfandrechte),<sup>46</sup> kann der Übernehmer die Schuldzinsen abziehen. Dann liegt aber keine unentgeltliche, sondern eine (teil-)entgeltliche Veräußerung vor: Wenn die „Spekulationsfrist“ noch nicht abgelaufen ist, kann dadurch ein steuerbarer Veräußerungsgewinn des Übergebers gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG realisiert werden. Außerdem beginnt in Höhe der „Entgeltlichkeitsquote“ eine neue Spekulationsfrist für den Übernehmer; AfA kann er anteilig aus-

36 BFH, Urteil vom 11.02.2025, IX R 14/24, DStR 2025, 1084, 1085 f. Rdnr. 11 ff.; Urteil vom 20.09.2024, X R 5/24, DStR 2024, 2682 Rdnr. 13 ff.

37 Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die Gewinnanteile beim Nießbraucher der Abgeltungsteuer unterliegen, beim Gesellschafter hingegen im Teileinkünfteverfahren oder gemäß § 8b Abs. 1, 5 KStG zu berücksichtigen sind. Zu weiteren Fallgestaltungen, in denen sich Belastungsunterschiede ergeben, vgl. Stein, DStR 2025, 1177, 1181 ff.

38 Formulierungsbeispiel bei *Dilling* in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 17 Rdnr. 202.

39 Trossen, DStR 2025, 1084 geht davon aus, dass die Weiterleitung eine unbeachtliche Einkommensverwendung darstellt, sich (ertragsteuerlich) also nicht auswirkt.

40 BFH, Urteil vom 20.11.2024, VI R 21/22, DStR 2025, 145 Rdnr. 14 ff.

41 Vgl. Zrenner, DStR 2025, 145, 148.

42 BFH, Urteil vom 20.11.2024, VI R 21/22, DStR 2025, 145 Rdnr. 24.

43 Wighardt/Perpetua, ZEV 2025, 132 f.

44 BFH, Urteil vom 03.12.2024, IX R 2/24, in diesem Heft, S. 506 = DStR 2025, 896 m. Anm. Trossen.

45 BFH, Urteil vom 03.12.2024, IX R 2/24, in diesem Heft, S. 506, 507 Rdnr. 19 = DStR 2025, 896.

46 BFH, Urteil vom 03.09.2019, IX R 8/18, DStR 2020, 33, 34 f. Rdnr. 15.



gehend von den eigenen Anschaffungskosten geltend machen.<sup>47</sup> Alternativ kann die Übergabe unter Nießbrauchs vorbehalt erfolgen: Es liegt dann trotzdem eine unentgeltliche Übertragung vor.<sup>48</sup> Da dem Nießbraucher weiterhin die (gesamten) Vermietungseinkünfte zustehen, wird der Veranlassungszusammenhang zum Darlehen nicht gelöst und der Schuldzinsenabzug bleibt erhalten.

## II. Betriebliche Umstrukturierungen

### 1. BMF vom 02.01.2025: Umwandlungsteuererlass 2025

Mit Schreiben vom 02.01.2025 hat das BMF den Umwandlungsteuererlass neu gefasst.<sup>49</sup> Eine Darstellung kann an dieser Stelle nicht erfolgen.<sup>50</sup>

### 2. BFH, Urteil vom 01.02.2024, IV R 9/20: Gewährung von Gesellschafterrechten bei „Ein-Personen-Gesellschaft“

Gemäß § 24 Abs. 1, 2 Satz 2 UmwStG kann ein (Teil-)Betrieb oder ein Mitunternehmeranteil auf Antrag zum Buchwert in eine Personengesellschaft eingebbracht werden, wenn (u. a.) „der Einbringende Mitunternehmer der [aufnehmenden, *Einf. d. Verfassers*] Gesellschaft wird.“ Der BFH hat klargestellt, dass hierfür eine absolute Erhöhung der Gesellschafterrechte des Einbringenden ausreichend ist.<sup>51</sup> Es ist also nicht nötig, dass der Einbringende erstmals Mitunternehmer wird oder dass sich seine Gesellschafterrechte relativ im Verhältnis zu Mitgesellschaftern erhöhen. Deshalb kann § 24 UmwStG auch bei Einbringung in eine GmbH & Co. KG verwirklicht werden, an deren Vermögen, Gewinn, Verlust und Stimmrecht der Einbringende bereits zu 100 % beteiligt ist. Es genügt, dass durch die Einbringung ein Gesellschafterrechte vermittelndes Kapitalkonto erhöht wird (in der Regel als „Kapitalkonto I“ bezeichnet).<sup>52</sup> Die Erhöhung braucht dabei nicht dem Wert des eingebrochenen Vermögens entsprechen; ein etwaiger Überschuss kann auf einem anderen Eigenkapitalkonto (zum Beispiel einem Rücklagenkonto) erfasst werden.<sup>53</sup> Wird die Einbringung allerdings auch einem Fremdkapitalkonto des Gesellschafters gutgeschrieben, ist das als „sonstige Gegenleistung“ gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Satz 4 UmwStG steuerschädlich, wenn die dort geregelten Höchstbeträge überschritten werden.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> Trossen, DStR 2025, 896, 899.

<sup>48</sup> BFH, Urteil vom 03.09.2019, IX R 8/18, DStR 2020, 33, 35 Rdnr. 17.

<sup>49</sup> BMF, Schreiben vom 02.01.2025, BStBl. I 2025, S. 92.

<sup>50</sup> Ausführlich z. B. Sparr, DStR 2025, 425 ff. und 494 ff.

<sup>51</sup> BFH, Urteil vom 01.02.2024, IV R 9/20, DStR 2024, 744, 750 Rdnr. 61.

<sup>52</sup> Vgl. Fuhrmann in Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 24 UmwStG Rdnr. 376.

<sup>53</sup> Brandis/Heuermann/Nitschke, Ertragsteuerrecht, Stand: Februar 2025, § 24 UmwStG Rdnr. 56.

<sup>54</sup> BFH, Urteil vom 01.02.2024, IV R 9/20, DStR 2024, 744, 751 Rdnr. 67, BMF, Schreiben vom 02.01.2025, BStBl. I 2025, S. 92 Tz. 24.07.

**Hinweis:** Aus notarieller Perspektive ist es regelmäßig nicht empfehlenswert, das genaue Zielkonto in der Urkunde zu benennen. Oft fehlt dem Notar die Kenntnis, welche Konten nach dem konkreten Gesellschaftsvertrag Eigen- oder Fremdkapitalcharakter haben. Sicherer ist es, das gewünschte Ergebnis zu formulieren (zum Beispiel „Die Einbringung erfolgt gegen Gewährung von Gesellschafterrechten.“). Die buchungstechnische Ausführung erfolgt dann durch die steuerlichen Berater. Außerdem hatte sich der BFH in der Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob die (bei der Einbringung vergessene) Beteiligung an einer Komplementär-GmbH wesentliche Betriebsgrundlage des eingebrachten Mitunternehmeranteils ist (mit der Folge, dass ein Rückbehalt steuerschädlich ist).<sup>55</sup> Zur Vermeidung von Auseinandersetzungen ist der Praxis zu empfehlen, diese Anteile immer mit einzubringen. Am leichtesten lässt sich ein „Vergessen“ der Anteile durch Errichtung von Einheits-GmbH & Co. KGs verhindern.

## III. Grunderwerbsteuer

### 1. Ergänzungstatbestände bei „Share Deals“ und gleichlautende Ländererlasse zu §§ 5, 6 GrEStG

BFH<sup>56</sup> und Finanzverwaltung<sup>57</sup> haben sich in jüngerer Zeit mehrfach zur Auslegung der Ergänzungstatbestände bei „Share Deals“ gemäß § 1 Abs. 2a-3a GrEStG geäußert. Einzelheiten können an dieser Stelle nicht behandelt werden. Zudem haben die obersten Finanzbehörden der Länder einen gleichlautenden Erlass zur Anwendung der §§ 5, 6 GrEStG veröffentlicht, der aber keine für die notarielle Praxis wesentlichen Änderungen bringt.<sup>58</sup>

### 2. BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 2/22 und II R 46/22: § 6a GrEStG bei Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine GmbH

Mit der Entscheidung unter dem Aktenzeichen II R 2/22<sup>59</sup> hat sich der BFH zu der praxisrelevanten Konstellation der Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Neugründung einer GmbH geäußert: Gehört zu dem ausgegliederten Einzelunternehmen ein Grundstück, verwirklicht die

<sup>55</sup> BFH, Urteil vom 01.02.2024, IV R 9/20, DStR 2024, 744, 748 ff. Rdnr. 38 ff.; zur umfangreichen Kasuistik siehe Urteil vom 25.11.2009, I R 72/08, DStR 2010, 269, 270 Rdnr. 20; Levedag/Oser, Münchner Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 2, 6. Aufl. 2024, § 59 Rdnr. 83; Fuhrmann in Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 24 UmwStG Rdnr. 273 ff.

<sup>56</sup> BFH, Urteil vom 28.02.2024, II R 7/22, DStR 2024, 1499; Urteil vom 21.08.2024, II R 16/22, DStR 2025, 155; Urteil vom 21.09.2024, II R 16/22, DStR 2025, 155.

<sup>57</sup> Gleichlautender Ländererlass vom 05.03.2024, BStBl. I 2024, S. 383 (§ 1 Abs. 3 GrEStG); vom 05.03.2024, BStBl. I 2024, S. 393 (Organschaftsfälle).

<sup>58</sup> Gleichlautender Ländererlass vom 05.03.2024, BStBl. I 2024, S. 410.

<sup>59</sup> BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 2/22, DStR 2025, 408 m. Anm. Kugelmüller-Pugh.

Ausgliederung den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.<sup>60</sup> Der Vorgang ist allerdings gemäß § 6a Satz 1 GrEStG steuerbefreit. Der BFH stellt sich damit gegen die Auffassung der Finanzverwaltung, die meint, bei Beteiligung eines Einzelunternehmens könne nicht von einem begünstigten „Konzernsachverhalt“ gesprochen werden.<sup>61</sup> Der BFH hält demgegenüber zu Recht fest, dass § 6a Satz 1 GrEStG seinem Wortlaut nach sämtliche Vorgänge nach dem UmwG erfasst, auch die Ausgliederung eines Einzelunternehmens (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 3 Nr. 2, §§ 152 ff. UmwG).<sup>62</sup> Unschädlich ist, dass in Bezug auf die neugegründete GmbH die Vorhaltefrist gemäß § 6a Satz 4 GrEStG nicht eingehalten wurde: Die Fristehaltung ist nicht erforderlich, wenn dies aufgrund des begünstigten Umwandlungsvorgangs unmöglich ist.<sup>63</sup> Bei einer Ausgliederung zur Neugründung kann die Vorhaltefrist hinsichtlich der neu gegründeten Gesellschaft nicht eingehalten werden. Erforderlich, aber auch ausreichend, ist dann, dass der ausgliedernde Einzelunternehmer hinsichtlich der neugegründeten GmbH die fünfjährige Nachhaltefrist gemäß § 6a Satz 4 GrEStG beachtet.<sup>64</sup>

Mit einer weiteren Entscheidung zu § 6a GrEStG vom gleichen Tag<sup>65</sup> verdeutlicht der BFH, dass der Verzicht auf die grunderwerbsteuerrechtlichen Haltefristen gemäß § 6a Satz 4 GrEStG nur gerechtfertigt ist, wenn die Einhaltung „umwandlungsbedingt“ unmöglich ist. Im Entscheidungssachverhalt erfolgten Einbringungen in kurz zuvor erworbene Vorrats-Gesellschaften. Hierzu stellt der BFH fest, dass es ohne Weiteres möglich gewesen wäre, entsprechende Vorrats-Gesellschaften bereits fünf Jahre vor der Umstrukturierung zu erwerben und die Vorhaltefrist einzuhalten. Der Fall sei nicht mit einer Umwandlungsmaßnahme zur Neugründung vergleichbar.<sup>66</sup> Unerheblich sei auch, dass die „Aktivierung“ der Vorrats-Gesellschaften handelsrechtlich als „wirtschaftliche Neugründung“ behandelt werde.<sup>67</sup> Das diene nur dem Gläubigerschutz und sei für § 6a GrEStG irrelevant.<sup>68</sup>

60 Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, GrEStG, 6. Aufl. 2021, S. 48.

61 Gleichlautender Ländererlass vom 25.05.2023, BStBl. I 2023, S. 995 Tz. 2.1 a. E.; dazu kritisch Wälzholz, DNotZ 2024, 324, 340.

62 BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 2/22, DStR 2025, 408, 409 Rdnr. 17 ff.

63 So bereits BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 21/19, DStRE 2020, 429 Rdnr. 27; Urteil vom 03.05.2023, II B 27/22, BFH/NV 2024, 920 Rdnr. 9 f.

64 BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 2/22, DStR 2025, 408, 410 Rdnr. 22 ff.

65 BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 46/22, DStR 2025, 404 m. Anm. Kugelmüller-Pugh = in diesem Heft, S. 508 (LS).

66 BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 46/22, DStR 2025, 404, 406 Rdnr. 27 ff. = in diesem Heft, S. 508 (LS); Kugelmüller-Pugh, DStR 2025, 404, 408.

67 BGH, Urteil vom 09.12.2002, II ZB 12/02, MittBayNot 2003, 230.

68 BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 46/22, DStR 2025, 404, 407 = in diesem Heft, S. 508 (LS); hierzu krit. (aber m. E. nicht überzeugend) Wu, NZG 2025, 524, 528.

**Hinweis:** Die „Überführung“ eines Einzelunternehmens in eine GmbH kann grunderwerbsteuerneutral gestaltet werden. Dafür ist aber zwingend der Weg der Ausgliederung zur Neugründung zu wählen. Bei einer Ausgliederung zur Aufnahme muss hinsichtlich der aufnehmenden Gesellschaft die fünfjährige Vorhaltefrist eingehalten werden.<sup>69</sup> Eine Einzelrechtsübertragung auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (zum Beispiel im Rahmen einer Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung) scheidet aus grunderwerbsteuerlicher Perspektive aus, wenn ein Grundstück eingebracht werden soll. Es wird dann nicht § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG, sondern § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht. Auf diesen Steuertatbestand ist § 6a GrEStG aber von vornherein nicht anwendbar.<sup>70</sup>

### 3. BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21: Keine Steuerbefreiung gemäß § 7 Abs. 1 GrEStG bei Aufhebung von Sondereigentum

Die Aufhebung des Sondereigentums, § 4 Abs. 1 Alt. 2 WEG, führt dazu, dass das (gesamte) Grundstück den Miteigentümern in Bruchteilsgemeinschaft zusteht.<sup>71</sup> Grunderwerbsteuerrechtlich werden dadurch wechselseitige Tauschgeschäfte verwirklicht: Bleiben die Bruchteile – wie in der Regel – unverändert, tritt zwar hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums keine Rechtsänderung ein. Jeder Miteigentümer gibt jedoch die Alleinberechtigung an seinem Sondereigentum auf und erwirbt dafür eine bruchteilmäßige Mitberechtigung an den Sondereigentumseinheiten der übrigen Miteigentümer. Dieser Erwerb ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG steuerbar.<sup>72</sup> Bislang ist die herrschende Ansicht davon ausgegangen, dass hierfür die Steuerbegünstigung gemäß § 7 Abs. 1 GrEStG eingreift.<sup>73</sup> Die Vorschrift gilt ihrem Wortlaut nach zwar nur für die flächenweise Teilung von Grundstücken. Sie wird aber – wie der BFH bestätigt hat – analog auf die Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG angewendet.<sup>74</sup> Es lag daher nahe, auch die Aufhebung des Wohnungseigentums als „spiegelbildlichen“ Vorgang zu begünstigen.

69 Vgl. Heckschen, GwR 2025, 126.

70 Viskorf/Kugelmüller-Pugh, GrEStG, 21. Aufl. 2024, § 6a Rdnr. 39, 40.

71 BeckOK-WEG/Leidner, Stand: 02.04.2025, § 4 Rdnr. 5.

72 Vgl. Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, GrEStG, S. 380.

73 Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, GrEStG, S. 380 f. m. w. N.; wohl auch gleichlautender Ländererlass vom 05.03.2024, BStBl. I 2024, S. 410 ff. Rdnr. 7. Uneindeutig Viskorf/Viskorf, GrEStG, § 7 Rdnr. 69.

74 BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21, DStR 2024, 2764 m. Anm. Kugelmüller-Pugh. Bei Begründung durch Teilungs erklä rung gemäß § 8 WEG liegt kein grunderwerbsteuerbarer Rechtsträgerwechsel vor. Werden die gebildeten Sondereigentumseinheiten anschließend einzelnen Miteigentümern zu Alleineigentum zugewiesen, soll diese Zuweisung nach h. M. analog § 7 Abs. 1 WEG begünstigt sein, wenn sie in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der Teilung erfolgt, Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, GrEStG, S. 379.



Das sieht der BFH anders und lehnt die „doppelt analoge“ Anwendung von § 7 Abs. 1 GrEStG ab.<sup>75</sup> Eine der flächenmäßigen Teilung vergleichbare Interessenlage sei nicht gegeben, weil es zu einer abweichenden „Flächenzuordnung“ hinsichtlich des vormaligen Sondereigentums komme.<sup>76</sup> Die Aufhebung von Wohnungseigentum sei somit grunderwerbsteuerpflichtig. Bemessungsgrundlage ist gemäß § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG, § 9 BewG der gemeine Wert der Tauschleistung des anderen Vertragsteils. Tauschleistung ist dabei die erworbene anteilige Mitberechtigung an den (vormaligen) Sondereigentumseinheiten der übrigen Miteigentümer. Der BFH scheint dabei auf den Wert abzustellen, der bei einer Veräußerung der jeweiligen Wohn- bzw. Teileigentumseinheiten erzielt werden könnte.<sup>77</sup> Das lässt außer Acht, dass dieser „Veräußerungswert“ maßgeblich durch den mit dem Sondereigentum verbundenen Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum (Grundstück sowie nahezu gesamte Bausubstanz) bestimmt wird. Diesbezüglich kommt es durch die Aufhebung des Sondereigentums aber nicht zu einem Rechtsträgerwechsel. Letztlich wird Miteigentum an einem „leeren Raum“ (dem früheren Sondereigentum) erworben. Das muss sich auch in der Bewertung der Tauschleistung niederschlagen.

**Hinweis:** Im Entscheidungssachverhalt beabsichtigten die Beteiligten die „Zusammenlegung“ zweier WEG an benachbarten Grundstücken. Zu diesem Zweck wurden im Anschluss an die grunderwerbsteuerpflichtige Aufhebung des Wohnungseigentums Miteigentumsanteile vertauscht, um in beiden Bruchteilsgemeinschaften identische Beteiligungsverhältnisse herzustellen. Dadurch wurde erneut § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG verwirklicht.<sup>78</sup> Eine solche zweifache Belastung lässt sich ggf. durch eine direkt „passende“ abweichende Festlegung der Miteigentumsanteile bei Aufhebung des Sondereigentums vermeiden (etwaige Ausgleichszahlungen erhöhen jedoch die Bemessungsgrundlage, § 9 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG).<sup>79</sup> Außerdem führt die Auffassung des BFH für den in der Praxis häufigen Fall der Aufhebung einer Wohnungseigentümergemeinschaft mit anschließender Realteilung (Doppelhaushälfte) zur Grunderwerbsteuerpflicht: Während der zweite Schritt, die flächenweise Teilung, ohne Weiteres gemäß § 7 Abs. 1 GrEStG begünstigt ist, trifft das für den ersten Schritt, die Aufhebung der WEG, nicht (mehr) zu. Unklar ist, ob die Finanzverwaltung vor dem Hintergrund der BFH-Entscheidung an

ihrer bisherigen Auffassung, auch die Aufhebung zu begünstigen, festhält.<sup>80</sup>

#### IV. Erbschaftsteuer

##### 1. BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21: Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft

Mit der Entscheidung vom 10.04.2024<sup>81</sup> trifft der BFH praxisrelevante Aussagen zum Zuwendungstatbestand des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG. Die Norm regelt, dass auch dann eine schenkungsteuerbare Zuwendung an den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft vorliegt, wenn diese nicht direkt an den Gesellschafter erfolgt (dann: § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), sondern wenn durch eine Leistung an die Kapitalgesellschaft der Wert des Anteils des Gesellschafters erhöht wird. Der BFH stellt hierzu fest, dass (a) für § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG – anders als für den Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG – kein subjektiver Zuwendungswille („Freigebigkeit“) erforderlich ist<sup>82</sup> und (b) für § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG die Betriebsvermögensbegünstigungen gemäß §§ 13a ff. ErbStG nicht gewährt werden können.<sup>83</sup> Entscheidend ist allein, dass es durch die Leistung des Zuwendenden zu einer Wertsteigerung der Anteile des Gesellschafters kommt. Zuwendungsgegenstand ist diese Wertsteigerung, die nicht gemäß § 13b ErbStG begünstigungsfähig ist.

Für die Gestaltungspraxis folgt daraus, dass § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG vermieden werden muss. Das ist insbesondere in folgenden Konstellationen relevant:

- Im Entscheidungssachverhalt wurden der Gesellschaft durch Mitgesellschafter eigene Anteile teilentgeltlich zugewendet, wodurch sich der Wert der Beteiligung der anderen Gesellschafter erhöhte (§ 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG).<sup>84</sup> Aus steuerlicher Sicht wäre es sinnvoller gewesen, die Anteile direkt den anderen Gesellschaftern zuzuwenden: Dann wäre § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG einschlägig gewesen und es hätte einerseits der „Freigebigkeit“ als zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal bedurft, andererseits hätten die Verschonungsabschläge gemäß §§ 13a, 13b ErbStG gewährt werden können.
- Satzungen (oder begleitende Gesellschaftervereinbarungen) sehen regelmäßig für bestimmte Fälle vor, dass die Geschäftsanteile eines Gesellschafters eingezogen werden dürfen oder an die Gesellschaft abzutreten sind und dafür nur eine Abfindung unter dem Verkehrswert zu leisten ist. Sowohl für die Einziehung

75 BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21, DStR 2024, 2764 m. Anm. Kugelmüller-Pugh.

76 BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21, DStR 2024, 2764, 2767 Rdnr. 22.

77 Vgl. BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21, DStR 2024, 2764, 2767 Rdnr. 25 f.

78 BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21, DStR 2024, 2764, 2767 Rdnr. 27.

79 § 11 Abs. 3 Satz 1 WEG (bei Aufhebung von Sondereigentum entsprechend anwendbar) ist nach h. M. dispositiv, Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 11 Rdnr. 16; BeckOK-WEG/Müller, § 11 Rdnr. 57.

80 Vgl. gleichlautender Ländererlass vom 05.03.2024, BStBl. I 2024, S. 410 ff. Tz. 7.

81 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116 m. Anm. Kugelmüller-Pugh.

82 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116, 2117 Rdnr. 17.

83 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116, 2119 f. Rdnr. 33 ff.

84 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116, 2118 Rdnr. 21 ff.

(§ 7 Abs. 7 Satz 2 ErbStG)<sup>85</sup> als auch für die Abtretung an die Gesellschaft (§ 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG) ist irrelevant, dass der ausgeschlossene Gesellschafter regelmäßig keinen Zuwendungswillen hat. Alternativ sollte daher stets auch die Möglichkeit einer Abtretung an einen von der Gesellschaft benannten Dritten (zum Beispiel Mitgesellschafter) vorgesehen werden. Dann ist § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu prüfen, der mangels Zuwendungswillen in der Regel ausscheidet.<sup>86</sup>

- Häufig verpflichten sich Gesellschafter bei Gründung oder Kapitalerhöhung zu Zuzahlungen in das Eigenkapital der Gesellschaft gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB (Agio). Solche Einlagen sind „Leistungen“ im Sinne von § 7 Abs. 8 ErbStG.<sup>87</sup> Erfolgt die Zuzahlung durch eine Kapitalgesellschaft gilt § 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG, der ausdrücklich eine Bereicherungsabsicht fordert, die unter fremden Dritten in der Regel nicht feststellbar ist.<sup>88</sup> Bei Zuzahlung durch eine natürliche Person kommt es zwar gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG nicht auf die subjektive Freigebigkeit an. Allerdings führt die Einlage nicht zu einer Werterhöhung der Anteile der übrigen Gesellschafter, wenn die Beteiligten in nachvollziehbarer Weise und unter fremdüblichen Bedingungen davon ausgehen, dass die Leistungen insgesamt ausgeglichen sind.<sup>89</sup> Das ist der Fall, wenn das Agio im Sinne eines Kaufpreises den wahren Wert der ausgegebenen Anteile widerspiegelt. Außerdem ist unter fremden Dritten von der Ausgeglichenheit der Leistungen auszugehen.<sup>90</sup> Führt das Agio im Einzelfall tatsächlich zu einer Werterhöhung der Anteile anderer Gesellschafter, können schenkungsteuerliche Folgen durch Vereinbarung einer gesellschafterspezifischen Rücklage vermieden werden (siehe unten).

## 2. BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21: Disquotale Einlage

Der BFH hat mit seiner Entscheidung vom 16.09.2024<sup>91</sup> bestätigt, dass die Zuwendung an eine Kapitalgesellschaft durch einen Gesellschafter, steuerneutral gestaltet werden kann, indem die Einlage einer gesellschafterspezifischen Rücklage zugeführt wird. Der BFH führt hierzu aus, dass die Kapitalrücklage als Bestandteil des Eigenkapitals allein der

Gesellschaft zusteht. Daraus folgt im Ausgangspunkt, dass die disquotale Einlage eines Gesellschafters grundsätzlich zu einer (nach geltender Rechtslage gemäß § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG)<sup>92</sup> steuerbaren Werterhöhung der Anteile der übrigen Gesellschafter führt.<sup>93</sup> Das lässt sich allerdings vermeiden, wenn die Kapitalrücklage in entsprechender Anwendung von § 29 Abs. 3 Satz 2, § 72 Satz 2 GmbHG „gesellschafterbezogen“ ausgestaltet wird, sodass bei Liquidation oder Auflösung der Kapitalrücklage die geleisteten Beträge nur dem einlegenden Gesellschafter zustehen. Voraussetzung hierfür ist, dass eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage nach der Satzung möglich ist und die Gesellschafter die abweichennde Zuordnung bei der Einlage wirksam beschließen.<sup>94</sup>

**Hinweis:** Anders als im Entscheidungssachverhalt sollten Möglichkeit und Durchführung der gesellschafterbezogenen Rücklage in der Satzung genau geregelt werden, um gesellschaftsrechtliche Konflikte zu vermeiden und die steuerrechtliche Anerkennung zu sichern. Gibt es eine gesellschafterbezogene Rücklage, muss beachtet werden, dass diese nicht – wie im BFH-Fall geschehen – (versehentlich) wieder abgeschafft wird (zum Beispiel bei Neufassung der Satzung):<sup>95</sup> In der „Abschaffung“ der disquotalen Rücklage sieht der BFH einen Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch des einlegenden Gesellschafters gegenüber den anderen Gesellschaftern, der seinerseits schenkungsteuerbar ist.<sup>96</sup>

## 3. BFH, Urteil vom 21.08.2024, II R 11/21: Ausführung einer gemischt-freigebigen Grundstückszuwendung

Grundsätzlich ist eine Zuwendung mit dem Übergang der dinglichen Rechtszuständigkeit ausgeführt, § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.<sup>97</sup> Anders verhält es sich bei der Zuwendung von Grundstücken: Sie ist bereits dann ausgeführt, „wenn die Vertragsparteien die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte auf Grund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim Grundbuchamt die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken.“<sup>98</sup> Die Grundstückszuwendung ist daher grundsätzlich ausgeführt, wenn die Beteiligten die Auflassung erklärt haben und

85 BFH, Urteil vom 17.11.2021, II R 21/20, DStR 2022, 1042, 1043 Rdnr. 17.

86 Vgl. Wighardt/Perpetua, NZG 2024, 1429, 1433. Bei Zwangabtretung durch die Erben aufgrund Todes des Gesellschafters wird die freigebige Zuwendung allerdings gemäß § 7 Abs. 7 Satz 3 ErbStG fingiert, vgl. Fischer in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 7 Rdnr. 548.

87 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116, 2118 Rdnr. 15.

88 Viskorf, ZEV 2012, 442, 445.

89 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116, 2119 Rdnr. 25; R E 7.5 Abs. 12 Satz 9 ErbStR 2019.

90 Viskorf/Löcherbach, ZEV 2024, 769, 774.

91 BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21, DStR 2024, 2319 m. Anm. Kugelmüller-Pugh = MittBayNot 2025, 293 m. Anm. Loose.

92 Auch wenn § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG im Entscheidungssachverhalt noch nicht anwendbar war, gelten die Aussagen des BFH m. E. entsprechend, so wohl auch Loose, MittBayNot 2025, 293, 299; R E 7.5 Abs. 11 Satz 14 ErbStR 2019.

93 Vgl. BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, DStR 2024, 2116, 2118 Rdnr. 15.

94 BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21, DStR 2024, 2319, 2312 Rdnr. 22.

95 Wighardt/Perpetua, ZEV 2024, 774, 778.

96 BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21, DStR 2024, 2319, 2312 Rdnr. 23.

97 Vgl. BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 8/19, ZEV 2022, 108, 109; Urteil vom 28.07.2015, II B 145/14, BFH/NV 2020, 891; Kepper in Kapp/Ebeling, ErbStG, Stand: 95. EL 2023, § 9 Rdnr. 62.

98 R E 9.1 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2019.



der Schenker die Eintragung in das Grundbuch gemäß § 19 GBO bewilligt hat.<sup>99</sup> Das führt vor allem im Zusammenhang mit der Übertragung von Mitunternehmeranteilen<sup>100</sup> zu Problemen: Gehört zu der Beteiligung ein im Sonderbetriebsvermögen gehaltenes Grundstück, ist für die Anwendung der §§ 13a ff. ErbStG erforderlich, dass die Ausführung der Zuwendung der Gesellschafterstellung mit der Ausführung der Zuwendung des Grundstücks „synchronisiert“ wird. Es muss insbesondere vermieden werden, dass die Gesellschafterstellung aufschiebend bedingt auf einen bestimmten Stichtag abgetreten, die Grundstückszuwendung aber aufgrund Erklärung von Auflassung und (unbedingter) Bewilligung sofort (und dadurch zu früh) ausgeführt wird.<sup>101</sup>

Diesbezüglich schafft die Entscheidung vom 21.08.2024<sup>102</sup> Gestaltungssicherheit: Der BFH konkretisiert eine ältere Rechtsprechung,<sup>103</sup> wonach die Grundstückszuwendung trotz erklärter Auflassung und Bewilligung noch nicht ausgeführt ist, wenn der Beschenkte aufgrund vertraglicher Abreden von der Eintragungsbewilligung erst zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch machen darf. Auch in diesem Fall habe es der Beschenkte nicht in der Hand, die dingliche Rechtsänderung herbeizuführen, sodass eine Vorverlegung des Ausführungszeitpunkts nicht gerechtfertigt sei. Die übereinstimmende Anweisung an den Notar, den Grundbuchvollzug erst zu einem bestimmten Zeitpunkt zu betreiben, sei eine solche „vollzugshemmende Vereinbarung“<sup>104</sup>.

**Hinweis:** Der BFH hat vorliegend zur sog. „Kopierlösung“ entschieden. Die Ausführungen lassen sich aber auf die „Bewilligungslösung“ übertragen, da auch hier der Vollzug durch eine entsprechende Anweisung an den Notar gehemmt ist.<sup>105</sup> Schließlich ist die Grundstückszuwendung auch nicht (sofort) ausgeführt, wenn die Auflassung ausgesetzt und eine Vertragspartei bevollmächtigt wird, diese

erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erklären.<sup>106</sup> Positiv hervorzuheben ist, dass der BFH ausdrücklich betont, die Schenkung sei mit dem vereinbarten späteren Zeitpunkt ausgeführt.<sup>107</sup> Es scheint für den BFH also nicht darauf anzukommen, dass der Notar die Vollzugsanweisung auch im „richtigen Moment“ umsetzt. Das minimiert das Haftungsrisiko: Auch eine „zu späte“ Ausführung der Grundstückszuwendung wäre nämlich steuerschädlich.<sup>108</sup>

#### 4. BFH, Urteil vom 15.05.2024, II R 12/21: Begünstigungstransfer bei der Erbschaftsteuer

In Bezug auf die Steuerbefreiungen für das eigengenutzte Familienheim, Betriebsvermögen und vermietete Wohnimmobilien sieht das Gesetz einen sog. „Begünstigungstransfer“ vor (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a Satz 3, 4; § 13 Nr. 4b Satz 3, 4; § 13a Abs. 5 Satz 2, 3; § 13d Abs. 2 Satz 2, 3 ErbStG). Der Mechanismus ist stets der gleiche: Erben mehrere gemeinsam begünstigtes Vermögen, kann zunächst jeder für sich die Steuerbefreiung in Anspruch nehmen. Gibt ein Miterbe im Rahmen der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft das begünstigte Vermögen „aus der Hand“, verliert er die Steuerbegünstigung. Die Regelungen zum „Begünstigungstransfer“ nehmen sodann den Miterben in den Blick, der das begünstigte Vermögen im Rahmen der Auseinandersetzung erhält: Für ihn erhöht sich der Umfang der Steuerbefreiung,<sup>109</sup> aber nur insoweit, als er für den Erwerb andere, nach der konkreten Befreiungsvorschrift nicht begünstigte Vermögenswerte, die er vom Erblasser erworben hat, hingibt.<sup>110</sup>

Voraussetzung für den Begünstigungstransfer ist, dass der Austausch der Vermögenswerte „im Rahmen der Teilung des Nachlasses“ erfolgt. Die Finanzverwaltung meint diesbezüglich, dass eine „transferfähige“ Nachlassteilung nur vorliege, wenn die Auseinandersetzung innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall vorgenommen werde.<sup>111</sup> Andernfalls verliere zwar der hingebende Miterbe die Begünstigung; umgekehrt komme es aber nicht zu einer Begünstigungserweiterung des empfangenden Miterben. Diese einschränkende Voraussetzung hat der BFH mit seiner Entscheidung vom 15.05.2024<sup>112</sup> verworfen. Der BFH fordert stattdessen, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Nachlassteilung und dem Erbfall besteht. Hiervon ist

99 Fischer in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 9 Rdnr. 100; Kepper in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 9 Rdnr. 70; Stein/Dorn, DStR 2022, 1238, 1239.

100 Für die Übertragung eines Einzelunternehmens, zu dessen Betriebsvermögen Grundbesitz gehört, ist das Erfordernis einer „synchronen“ Übertragung noch nicht höchstrichterlich entschieden. Zur Vermeidung von Auseinandersetzungen mit der Finanzverwaltung sollte aber auch insofern auf einen einheitlichen Zuwendungszeitpunkt Wert gelegt werden, vgl. Kaiser, MittBayNot 2023, 214 ff.

101 Vgl. BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 38/17, DStR 2020, 2539, 2541; Ausführung der Grundstücksschenkung am 30.12., wirtschaftlicher Stichtag am 01.01.

102 BFH, Urteil vom 21.08.2024, II R 11/21, DStR 2024, 2752.

103 BFH, Urteil vom 02.02.2005, II R 26/02, DStR 2005, 518. So auch die Finanzverwaltung, R E 9.1 Abs. 1 Satz 7, 8 ErbStR 2019.

104 BFH, Urteil vom 21.08.2024, II R 11/21, DStR 2024, 2752, 2753 Rdnr. 17 ff.

105 ErbStR 2019, R E 9.1 Abs. 1 Satz 7. Zu den verschiedenen Gestaltungen mit Formulierungsvorschlägen siehe Wachter, MittBayNot 2021, 551, 553 ff. und (insbesondere zum Umgang mit Genehmigungserfordernissen) Kaiser, MittBayNot 2023, 214, 219.

106 R E 9.1 Abs. 1 Satz 3 ErbStR 2019.

107 BFH, Urteil vom 21.08.2024, II R 11/21, DStR 2024, 2752, 2753 Rdnr. 17.

108 Vgl. Stein/Dorn, DStR 2022, 1238, 1239.

109 Es findet (nur) eine rechnerische Erhöhung des Begünstigungsvolumens statt, die Zuordnung der Erwerbsgegenstände bleibt aufgrund des Stichtagsprinzips (§ 11 ErbStG) unverändert, BFH, Urteil vom 15.05.2025, II R 12/21, DStR 2024, 2056, 2057 Rdnr. 15; Kober in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13 Rdnr. 38, 43.

110 BFH, Urteil vom 15.05.2025, II R 12/21, DStR 2024, 2056, 2057 Rdnr. 15; Kober in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13 Rdnr. 38, 43.

111 H E 13 a.11 ErbStH 2019; BMF, Schreiben vom 14.03.2006, BStBl. I 2006, S. 253 = ZEV 2006, 154 Rdnr. 8.

112 BFH, Urteil vom 15.05.2024, II R 12/21, DStR 2024, 2056 m. Anm. Kugelmüller-Pugh.

auszugehen, wenn die Miterben zeitnah zum Erbfall den Entschluss gefasst haben, den Nachlass entsprechend auseinanderzusetzen. Dauert die Umsetzung dieses Entschlusses länger als sechs Monate (im Entscheidungssachverhalt: drei Jahre) ist das unschädlich. Umgekehrt liegt keine „transferfähige“ Nachlassteilung vor, wenn der Nachlass zunächst willentlich ungeteilt belassen wird oder der Entschluss zur Nachlassauseinandersetzung vorübergehend aufgegeben wird.<sup>113</sup>

**Hinweis:** Die Erbauseinandersetzung sollte immer möglichst zeitnah erfolgen. Ist absehbar, dass sie länger als sechs Monate dauert, sollte dokumentiert werden, dass die Miterben stets auf eine zügige Erbauseinandersetzung hingearbeitet haben. Zeitnah nach dem Todesfall sollte von den Miterben ein entsprechender Beschluss gefasst werden. Es empfiehlt sich, diese Umstände in einer Präambel zum Erbauseinandersetzungsvortrag festzuhalten.

**Hinweis:** Engere Voraussetzungen gelten für die Begünstigung des eigengenutzten Familienheims: Der Miterbe, der das Familienheim im Rahmen der Erbauseinandersetzung zu Alleineigentum erhält, muss dieses unverzüglich nach dem Erbfall zu eigenen Wohnzwecken nutzen. Die Aufnahme der Eigennutzung (nicht aber die Erbauseinandersetzung)<sup>114</sup> muss in der Regel innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall erfolgen.<sup>115</sup> Auf die Nutzung durch den „hingebenden“ Miterben kommt es nicht an. Ein Begünstigungstransfer soll nach Ansicht des BFH aber nur möglich sein, wenn auch der hingebende Miterbe potenziell die Begünstigung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b, 4c ErbStG in Anspruch nehmen könnte, d. h. Ehegatte, Lebenspartner, Kind oder Kind eines verstorbenen Kindes des Erblassers ist.<sup>116</sup> Die (Mit-)Erbinsetzung von in § 13 Abs. 1 Nr. 4b, 4c ErbStG nicht genannten Personen lässt die Begünstigung somit teilweise entfallen, auch wenn das Familienheim im Rahmen der Nachlassteilung beim „richtigen“ Miterben ankommt. Diese – nicht im Gesetz angelegte und abzulehnende – Einschränkung lässt sich meines Erachtens vermeiden, indem das Familienheim vermächtnisweise einer begünstigungsfähigen Person zugewendet wird.

## 5. BFH, Urteil vom 28.02.2024, II R 27/21: Keine Betriebsvermögensbegünstigung bei Dritten zur Nutzung überlassenen Grundstücken („Parkhaus“)

Mit Urteil vom 28.02.2024 hat der BFH entschieden, dass Dritten zur Nutzung überlassener Grundbesitz auch dann

113 BFH, Urteil vom 15.05.2024, II R 12/21, DStR 2024, 2056, 2058 Rdnr. 17.

114 BFH, Urteil vom 15.05.2024, II R 12/21, DStR 2024, 2056, 2059 Rdnr. 33.

115 BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, DStR 2015, 2066, 2068 Rdnr. 25. Kugelmüller-Pugh weist darauf hin, dass bei Streit in der Erbengemeinschaft, wer letztlich das Familienwohnheim erhalten soll, ein Abweichen von der Sechs-Monats-Frist gerechtfertigt sein kann, DStR 2024, 2060.

116 BFH, Schreiben vom 15.05.2024, II R 12/21, DStR 2024, 2056, 2059 Rdnr. 32.

(schädliches) Verwaltungsvermögen gemäß § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 ErbStG ist, wenn die Nutzungsüberlassung nur kurzfristig oder eingebettet in ein Bündel gewerblicher Zusatzleistungen erfolgt.<sup>117</sup> Die vermieteten Stellflächen in einem Parkhaus seien daher kein begünstigtes Vermögen. Der BFH verdeutlicht dabei, dass er die Regelungen zur Betriebsvermögensbegünstigung eng anhand des Wortlauts anwendet. Erweiternde oder einschränkende Auslegungen lehnt der BFH aufgrund des abschließenden Charakters ab.

**Hinweis:** Die Bedeutung der Entscheidung resultiert daraus, dass sie sich auf sämtliche Betriebe übertragen lässt, die gewerblich Grundstücke oder „Grundstücksteile“ überlassen (zum Beispiel Business-Center, Sportplätze, Einkaufszentren etc.). Auch Senioren- oder Studentenwohnanheime sind betroffen, soweit es sich nicht um „Wohnungsunternehmen“ gemäß § 13b Abs. 4 Nr. 1 lit. d) ErbStG handelt.<sup>118</sup> Insbesondere erstreckt der BFH seine Ausführungen auf Beherbergungsbetriebe (zum Beispiel Hotels, Pensionen, Campingplätze),<sup>119</sup> die nach Ansicht der Finanzverwaltung bislang insgesamt begünstigtes Vermögen dargestellt haben.<sup>120</sup> Die Finanzverwaltung hat zwischenzeitlich mit einem „Nichtanwendungserlass“ bestätigt, dass sie an ihrer Auffassung festhält, wonach Beherbergungsbetriebe nicht als Verwaltungsvermögen zu behandeln sind.<sup>121</sup> Der Erlass entfaltet allerdings keine Außenwirkung, die Finanzverwaltung (oder auch ein einzelner Finanzbeamter) könnte hiervon beliebig abweichen; die Finanzgerichtsbarkeit braucht solche Erlasse erst recht nicht zu berücksichtigen. Sicherheitshalber sollte daher vor der unentgeltlichen Übertragung eines Beherbergungsbetriebs eine verbindliche Auskunft eingeholt werden (die in einem späteren finanzgerichtlichen Verfahren auch für das Finanzgericht bindend wäre).

117 BFH, Urteil vom 28.02.2024, II R 27/21, DStR 2024, 1484 m. Anm. Kugelmüller-Pugh – Verfassungsbeschwerde ist unter dem Az. BVerfG I BvR 1761/24 anhängig.

118 Dafür muss einerseits der strenge Wohnungsbummel des § 181 Abs. 9 BewG erfüllt werden, andererseits geht die Finanzverwaltung i. d. R. erst ab einem Bestand von 300 Wohnungen vom Vorliegen eines „Wohnungsunternehmens“ aus, R E 13 b.17 Abs. 3 Satz 2 ErbStR 2019. A. A. FG Münster, Urteil vom 10.10.2024, 3 K 751/22 F, DStR 2025, 508: Zahl der Wohnungen nicht entscheidend; es komme darauf an, ob Vermietung Einrichtung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erforderlich, Revision anhängig unter BFH, II R 39/24.

119 BFH, Urteil vom 28.02.2024, II R 27/21, DStR 2024, 1484, 1488 Rdnr. 42; Kugelmüller-Pugh, DStR 2024, 1490.

120 R E 13 b.13 S. 3 ErbStR 2019.

121 Gleichlautender Ländererlass vom 19.11.2024, DStR 2024, 2832.

# Praxisupdate Gesellschaftsrecht

Von Priv.-Doz. Dr. **Patrick Meier**, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön, Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Das Gesellschaftsrecht gehört unbestreitbar zu den Kernmaterien der notariellen Praxis. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil vor allem das reformierte Personengesellschaftsrecht erhebliche Querbezüge zum Immobilienrecht aufweist, sodass auch außerhalb von unmittelbar gesellschaftsrechtlichen Vorgängen die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts von Relevanz sein können. Im vergangenen Jahr haben sich zahlreiche Entwicklungslinien und Einzelentscheidungen ergeben, deren Kenntnis für den Berufsträger elementar sind und die im Nachfolgenden dargestellt und eingeordnet werden sollen.

## I. Personengesellschaftsrecht

### 1. Die GbR im Grundbuch

#### a) Voreintragungsobliegenheit

Nach § 47 Abs. 2 GBO sollen Rechte für eine GbR im Grundbuch nur dann vermerkt werden, wenn die Gesellschaft zuvor im Gesellschaftsregister eingetragen worden ist. Daselbe gilt nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB für Eintragungen in Bezug auf bestehende Rechte zugunsten einer GbR. Auch insoweit sollen diese nur vorgenommen werden, wenn die GbR ihrerseits in das Gesellschaftsregister eingetragen ist. Die vom Gesetzgeber formulierte Soll-Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass die entsprechende Regelung zwar für das Grundbuchamt als formelles Recht verbindlich ist und dieses daher Eintragungen im Grundbuch nicht durchführen darf, solange die Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister nicht erfolgt ist. Handelt das Grundbuchamt dieser Regelung zuwider, wird die gleichwohl vorgenommene Eintragung aber nicht unwirksam.<sup>1</sup> Da das Grundbuchamt sich allerdings typischerweise an die formellen Vorgaben halten wird, besteht zumindest ein faktischer Zwang zur Eintragung einer Gesellschaft in das Gesellschaftsregister, wenn diese ein Recht erwerben oder eine Veränderung an einem bestehenden Recht bewirken will.<sup>2</sup>

Zwei jüngere Entscheidungen haben sich nunmehr mit der Thematik befasst, ob eine solche Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB auch dann erforderlich ist, wenn es sich um die Löschung des für die GbR eingetragenen

Rechts handelt,<sup>3</sup> insbesondere wenn die GbR das Eigentum an dem für sie gebuchten Grundstück übertragen will.<sup>4</sup> Beide Gerichte haben dabei diese Frage im Sinne der bereits zuvor herrschenden Ansicht im Schrifttum<sup>5</sup> entschieden und das Erfordernis der Voreintragung bejaht.<sup>6</sup> Die Senate lehnen es zu Recht ab, Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB teleologisch zu reduzieren<sup>7</sup> oder § 40 GBO auf derartige Sachverhalte analog<sup>8</sup> anzuwenden.<sup>9</sup> Dies ergibt sich bereits daraus, dass keine vergleichbare Wertungslage<sup>10</sup> besteht, weil die GbR durch die Veräußerung eines Grundstücks oder die sonstige Löschung eines für sie eingetragenen Rechts nicht erlischt und daher schon von vornherein kein zu § 40 GBO ähnlicher Fall gegeben ist.<sup>11</sup> Letztlich entscheidend ist allerdings der Umstand, dass der Gesetzgeber die Problematik gesehen und sich bewusst dafür entschieden hat,<sup>12</sup> auch in diesen Fällen die Voreintragungsobliegenheit festzuschreiben.<sup>13</sup> Es fehlt mithin an der für die Rechtsfortbildung unbedingt erforderlichen planwidrigen Regelungslücke,<sup>14</sup> da die Voreintragung der GbR im Falle der Löschung des Rechts gleichermaßen dem Plan des Gesetzgebers entspricht. Für die Sichtweise des Gesetzgebers streitet

3 OLG Dresden, Beschluss vom 24.07.2024, 17 W 396/24, MittBayNot 2025, 257, 257 f.; OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 34 Wx 192/24e, DNotZ 2025, 73, 77.

4 Siehe OLG Celle, Beschluss vom 16.04.2024, 20 W 23/24, DNotZ 2024, 857, 859; OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, NJW 2025, 81, 82.

5 Siehe hierzu etwa *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 174; *Kratzlmeier*, ZfIR 2023, 197, 203; BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rdnr. 94. Vgl. auch *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457.

6 OLG Celle, Beschluss vom 16.04.2024, 20 W 23/24, DNotZ 2024, 857, 859; OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, NJW 2025, 81, 82.

7 So *Servatius*, GbR, 1. Aufl. 2023, § 713 BGB Rdnr. 14.

8 So etwa *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 329; KEHE/Keller, GBO, § 47 Rdnr. 53; *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 458.

9 OLG Celle, Beschluss vom 16.04.2024, 20 W 23/24, DNotZ 2024, 857, 859; OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, NJW 2025, 81, 82.

10 Siehe hierzu *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392, 396 f.

11 *Kratzlmeier*, ZfIR 2023, 197, 203f.; *Meier*, NJW 2024, 465, 466; *Wobst*, ZPG 2023, 58, 60.

12 BT-Drucks. 19/27635, S. 216.

13 OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, NJW 2025, 81, 82; OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.02.2025, 15 W 2087/24, NZG 2025, 420, 420 f.

14 OLG Celle, Beschluss vom 16.04.2024, 20 W 23/24, DNotZ 2024, 857; OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, NJW 2025, 81, 82; OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.02.2025, 15 W 2087/24, NZG 2025, 420, 420 f.

1 BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 01.12.2024, Art. 229 EGBGB § 21 Rdnr. 9; KEHE/Keller, GBO, 9. Aufl. 2023, § 47 Rdnr. 47; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 01.06.2025, § 47 Rdnr. 88; *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 458.

2 BT-Drucks. 19/27635, S. 207.



insbesondere der Gedanke der Rechtssicherheit, weil sich dann die Vertretung der Gesellschaft mit Rechtsscheinswirkung aus dem Gesellschaftsregister ergibt und somit ein Baustein zur Sicherheit des Grundbuchverkehrs erbracht wird.<sup>15</sup>

Für die notarielle Praxis ist mithin auch weiterhin davon auszugehen, dass im Grundbuch eingetragene GbR stets in das Gesellschaftsregister einzutragen sind, bevor eine Verfügung über ein im Grundbuch zugunsten der GbR vermerktes Recht erfolgen kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses Recht auf einen anderen übertragen oder es insgesamt gelöscht werden soll. In beiden Fällen muss die GbR zunächst registriert werden, um sodann die Vertretungsverhältnisse offenlegen zu können. Nicht nötig ist die Voreintragung aber dann, wenn nur ein Recht an einem Grundstück gelöscht werden soll, das der GbR gehört, weil dann keine Eintragung in Bezug auf das Recht der GbR erfolgt.<sup>16</sup>

#### b) Ausnahmen vom Voreintragungserfordernis

Eine Ausnahme vom Voreintragungserfordernis gilt nur, wenn die GbR tatsächlich materiellrechtlich nicht mehr existiert. In diesem Fall würde das Register inhaltlich unrichtig, wenn eine nicht (mehr) bestehende Gesellschaft in dieses eingetragen würde. Ein derartiges Vorgehen würde den Zwecken des Registers widersprechen, Rechtssicherheit durch eine verlässliche Kundgabe der Gesellschaftsverhältnisse zu erreichen.<sup>17</sup> Infolgedessen ist in derartigen Fällen grundsätzlich auf die Eintragung der Gesellschaft zu verzichten.<sup>18</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es zutreffend, dass das OLG München bestätigt hat, dass die Voreintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister nicht erforderlich ist, wenn die GbR durch Änderung ihres Gesellschaftsvertrags in eine KG umgewandelt und diese sodann in das Handelsregister eingetragen wurde.<sup>19</sup> Soll nunmehr das Grundbuch auf die KG durch Korrektur der Eigentümerbezeichnung richtiggestellt werden, kann dies geschehen, auch wenn die GbR nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen ist oder war.<sup>20</sup> Dies ergibt sich daraus, dass die GbR nicht mehr existiert und damit eine Eintragung im Gesellschaftsregister materiellrechtlich unrichtig wäre. Zudem könnte die Eintragung nicht erfolgen, weil die Gesellschafter nach § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB zu versichern hätten, dass die angemeldete Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, was aber objektiv unwahr wäre. Zur Richtigstellung der Eigentümerbezeichnung im Grundbuch ist mithin lediglich

die Bewilligung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter der GbR und der einzutragenden KG, vertreten durch ihre Organe oder einen rechtsgeschäftlichen Vertreter, erforderlich.<sup>21</sup>

In gleicher Weise muss die GbR auch dann nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen werden, wenn sie materiell erloschen ist, weil lediglich ein Gesellschafter in ihr verblieben ist. Eine Ein-Personen-Personengesellschaft existiert im deutschen Recht grundsätzlich nicht,<sup>22</sup> sodass das gesamte Vermögen der GbR im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten verbleibenden Gesellschafter übergeht (§ 712a Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch in einem solchen Fall kann die Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister nicht mehr erfolgen, weil dieses durch die Registrierung unrichtig würde. Vielmehr muss unmittelbar der Alleingesellschafter als neuer Grundstückseigentümer eingetragen werden, wofür allerdings eine Bewilligung sämtlicher im Grundbuch eingetragener Gesellschafter und des neuen Eigentümers nach § 19 GBO erforderlich ist, soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nach § 22 GBO durch Vorlage öffentlicher Urkunden nachgewiesen werden kann. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn die Übertragung sämtlicher Anteile auf einen Gesellschafter notariell beurkundet wurde, weil dann durch die Urkunde der Untergang der Gesellschaft nachweisbar ist und sich unmittelbar aus der Urkunde ergibt, dass der verbleibende Alleingesellschafter Gesamtrechtsnachfolger der GbR und somit auch Eigentümer des Grundstücks, das zuvor der GbR zustand, ist.

Für die notarielle Praxis bleibt damit zusammenfassend festzuhalten, dass eine im Grundbuch bereits eingetragene GbR grundsätzlich zu registrieren ist, bevor diese eine Verfügung über das zu ihren Gunsten vermerkte Recht vornehmen kann.<sup>23</sup> Eine Ausnahme hiervon ist lediglich dann zu machen, wenn die im Grundbuch eingetragene GbR materiellrechtlich nicht mehr existiert. In diesem Fall kann sie nicht mehr in das Gesellschaftsregister eingetragen werden, weil dieses ansonsten inhaltlich unzutreffend würde. Daher muss auch grundbuchverfahrensrechtlich auf die Voreintragung verzichtet werden, sodass zur Richtigstellung oder Berichtigung des Grundbuchs analog Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB die Bewilligung sämtlicher noch eingetragener Gesellschafter und des neuen Eigentümers im Grundbuch ausreichend ist.

#### c) Nachweisproblematiken

Tritt eine GbR als Erwerber oder Veräußerer auf, ist zu beachten, dass diese auch dann in vollem Umfang rechtsfähig ist, wenn sie nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen

15 Vgl. auch BT-Drucks. 19/27635, S. 216.

16 BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rdnr. 96; Wilsch, MittBayNot 2023, 457.

17 Dazu auch Meier, DNotZ 2024, 857, 863; ders., NJW 2024, 465, 466.

18 Meier, DNotZ 2024, 857, 863; ders., NJW 2024, 465, 466.

19 OLG München, Beschluss vom 22.05.2025, 34 Wx 71/24e, MittBayNot 2025, 160, 162.

20 OLG München, Beschluss vom 22.05.2025, 34 Wx 71/24e, MittBayNot 2025, 160, 162.

21 Vgl. OLG München, Beschluss vom 22.05.2025, 34 Wx 71/24e, MittBayNot 2025, 160, 162.

22 BGH, Beschluss vom 10.12.1990, II ZR 256/89, BGHZ 113, 132, 133; BeckOGK-BGB/Kafka, Stand: 01.07.2025, § 712a Rdnr. 3.

23 OLG Celle, Beschluss vom 16.04.2024, 20 W 23/24, DNotZ 2024, 857; OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, NJW 2025, 81, 82; OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.02.2025, 15 W 2087/24, NZG 2025, 420, 420 f.



ist, wie sich bereits aus § 705 Abs. 2 Hs. 1 BGB ergibt. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, die Rechtsfähigkeit von der Eintragung abhängig zu machen, weshalb die GbR, sobald sie wirksam gegründet ist, am Rechtsverkehr teilnehmen und daher Partei sowohl von schuldrechtlichen als auch von dinglichen Verträgen sein kann.<sup>24</sup> Die Registrierung im Gesellschaftsregister ist ausschließlich Voraussetzung für ihre Eintragung im Grundbuch oder für die Eintragung einer Verfügung in Bezug auf ein für die GbR eingetragenes Recht im Grundbuch.

Bestehen damit materiellrechtlich keine Hindernisse, sich an einer Verfügung über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken zu beteiligen, kann diese allerdings nicht im Grundbuch vollzogen und damit wirksam werden, ehe die GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen ist. Handelt eine Gesellschaft vor ihrer Eintragung im Register, stellt sich die Frage, wie dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann, dass die handelnde und die im Nachgang in das Gesellschaftsregister eingetragene Gesellschaft identisch sind, mithin dass die Eintragung zugunsten der eGbR mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt.<sup>25</sup> Dieser Nachweis ist dann geführt, wenn dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO hinreichende Belege vorliegen, dass die handelnde GbR und die eGbR identisch sind. Keine Schwierigkeiten können sich freilich ergeben, soweit die Gesellschaft im Moment der Beurkundung bereits im Gesellschaftsregister eingetragen ist, da dann in der Urkunde auf die Registernummer Bezug genommen wird und somit eindeutig ist, welche Gesellschaft gehandelt hat.

Die Rechtsprechung hat nunmehr einen bereits zuvor in der Literatur vorgeschlagenen Weg<sup>26</sup> gebilligt und als Nachweis eine notarielle Identitätsbescheinigung analog § 21 BNotO anerkannt.<sup>27</sup> Eine solche Bescheinigung kann durch den Notar in der Weise erstellt werden, dass er bescheinigt, dass die handelnde GbR aufgrund für ihn nachvollziehbarer Umstände identisch mit der im Gesellschaftsregister eingetragenen ist.<sup>28</sup> Diese Gewissheit ergibt sich für den Notar, wenn er zuverlässig feststellen kann, dass die handelnde GbR ihre Anmeldung zum Handelsregister bewirkt hat und sodann aufgrund dieser Anmeldung die Eintragung unter der konkreten Nummer erfolgt ist. Aufgrund welcher Anmeldung die Eintragung geschehen ist, ergibt sich aus den Registerdokumenten und ist deshalb für den Notar ohne Weiteres nachvollziehbar. Schwierigkeiten können sich aller-

dings auf erster Stufe ergeben, da der Notar nachvollziehen können muss, dass und mittels welcher Anmeldung die handelnde GbR zum Gesellschaftsregister angemeldet worden ist. Eine ausreichende Sicherheit ergibt sich für den Notar jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft bereits zuvor eine entsprechende Anmeldung abgegeben hat und auf diese im Kaufvertrag Bezug genommen wird, weil dann klar nachvollziehbar ist, dass die handelnde Gesellschaft diejenige ist, die auch in der Anmeldung beschrieben ist und sie damit identisch ist mit der Gesellschaft, die aufgrund der Anmeldung später in das Register eingetragen wird. Als Alternative kann der Notar in der Urkunde zur Anmeldung der handelnden GbR bevollmächtigt werden, da er auch dann nachvollziehen kann, dass die Eintragung der Gesellschaft im Register aufgrund der Anmeldung, die in Vollmacht für die handelnde GbR abgegeben wurde, erfolgt ist. Beide Wege sind grundsätzlich gleichwertig, weil sie dem Notar eine sichere Zuordnung ermöglichen.<sup>29</sup> Die Vollmachtlösung ist allerdings dann vorzugswürdig, wenn eine Anmeldung im Vorfeld der Beurkundung nicht möglich ist, insbesondere nicht sämtliche Gesellschafter anwesend sind. In diesem Fall wird die Vollmacht mit den erforderlichen Genehmigungen wirksam und kann sodann vom Notar zur Anmeldung verwendet werden, sodass die Zulässigkeit der Identitätsbescheinigung auch in diesem Fall gegeben ist.

#### d) Verstorbene Gesellschafter

Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn Gesellschafter bereits materiell aus der Gesellschaft ausgeschieden sind, dies aber im Grundbuch bislang nicht verlautbart worden ist. Eine Grundbuchberichtigung hinsichtlich der eingetragenen Gesellschafter kann wegen Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB nicht mehr vorgenommen werden. Vielmehr muss auch in diesem Fall eine Richtigstellung auf die eGbR erfolgen. Hierzu ist die Bewilligung sämtlicher eingetragener Gesellschafter erforderlich, wobei es nicht darauf ankommt, ob diese noch materiell Gesellschafter der GbR sind. Vielmehr handelt es sich um eine formelle Erklärung, die stets von denjenigen abgegeben werden muss, welche im Grundbuch verzeichnet sind. Kann die Erklärung nicht mehr von sämtlichen eingetragenen Gesellschaftern abgegeben werden, weil einer oder mehrere von diesen verstorben sind, sind die zum alten Recht entwickelten Grundsätze über die Berichtigung des Grundbuchs<sup>30</sup> entsprechend anzuwenden.<sup>31</sup> Es bedarf daher der Bewilligung sämtlicher Erben des verstorbenen Gesellschafters, wobei diese sich durch förmlichen Erbnachweis (Erbschein oder notarielle Verfügung von Todes wegen) zu legitimieren haben. Ob daneben, wie zum bisherigen Recht, die nachvollziehbare Darlegung der gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen des Todes erforderlich ist, erscheint dagegen zweifelhaft. Das Erfordernis röhrt aus den spezifischen An-

24 Die Eintragung ist deklaratorischer Natur; siehe auch BeckOGK-BGB/Geibel, Stand: 15.12.2024, § 705 Rdnr. 232; BeckOGK-BGB/Kafka, § 707 Rdnr. 4.

25 Dazu Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167, 175; Böttcher, ZNotP 2023, 333, 334; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328; Meier, NJW 2024, 465, 468 f.

26 Meier, NJW 2024, 465, 468 f.

27 OLG Dresden, Beschluss vom 24.07.2024, 17 W 396/24, MittBayNot 2025, 257, 258; OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 4 Wx 192/24e, DNotZ 2025, 73.

28 Meier, NJW 2024, 465, 469. Vgl. auch OLG Dresden, Beschluss vom 24.07.2024, 17 W 396/24, MittBayNot 2025, 257, 258; OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 4 Wx 192/24e, DNotZ 2025, 73, 77.

29 Siehe auch Meier, NJW 2024, 465, 468 f.

30 BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, NJW-RR 2022, 1241, 1242 ff.

31 OLG München, Beschluss vom 05.05.2025, 34 Wx 93/25e, BeckRS 2025, 8795.

forderungen für eine Grundbuchberichtigung, um hierdurch die Umgehung von § 20 GBO zu verhindern. Eine solche Problematik kann sich allerdings bei der Richtigstellung auf die eGbr nicht ergeben, weil das Grundbuch die Gesellschafterstellung nicht mehr verlautbart, sodass auch der Gedanke der Grundbuchberichtigung insoweit keine Bedeutung fordern kann.<sup>32</sup> Keine Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn eine zumindest öffentlich beglaubigte transmortale Generalvollmacht besteht,<sup>33</sup> da dann der Bevollmächtigte die Erklärung für die Erben abgeben kann, ohne dass es erforderlich wäre nachzuweisen, wer die Erben sind. Darüber hinaus ist zur Richtigstellung auf die eGbr die Bewilligung der eingetragenen Gesellschaft durch ihre Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zahl erforderlich.

Soll mithin über ein Recht einer nach den alten Grundbuchvorschriften eingetragenen GbR verfügt werden, hat der Notar aufzuklären, ob noch sämtliche eingetragenen Gesellschafter die notwendigen Bewilligungen abgeben oder insoweit vertreten werden können. Kann die Bewilligung deshalb nicht mehr abgegeben werden, weil ein Gesellschafter verstorben ist, muss der Notar zur Richtigstellung des Grundbuchs den förmlichen Erbnachweis einreichen und die Bewilligung sämtlicher Erben einholen. Da der Notar auch bei der Abwicklung eines Kaufvertrags für den reibungslosen grundbuchlichen Vollzug zu sorgen hat,<sup>34</sup> empfiehlt es sich, die notwendigen Bewilligungen entweder im Vorfeld einzuholen oder deren Vorliegen zumindest, soweit erforderlich, zur Fälligkeitsvoraussetzung zu erheben. Andernfalls droht einem potenziellen Erwerber eine langfristige Unvollziehbarkeit und damit eine ungesicherte Vorleistung. Kann der eingetragene Gesellschafter die entsprechende Bewilligung nicht selbst abgeben, insbesondere weil er nicht mehr geschäftsfähig ist, kann diese, weil es sich nicht um eine höchstpersönliche Erklärung handelt,<sup>35</sup> durch einen Betreuer oder Bevollmächtigten abgegeben werden, wobei allerdings die Vollmacht zumindest in öffentlich beglaubigter Form nötig ist, da sie wegen § 29 GBO sonst nicht grundbuchtauglich ist.

## 2. Eintragung einer GmbH & Co. KG

Nicht selten werden die Verwaltungs-GmbH und nachfolgend die GmbH & Co. KG in kurzer Folge gegründet. In diesem Fall entsteht materiellrechtlich die KG zunächst mit

- 32 Siehe zur Begründung dieses Erfordernisses: Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 22 Rdnr. 109; BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 01.06.2025, § 22 Rdnr. 71 ff.
- 33 Insoweit ist allerdings § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG zu beachten, wonach die Beglaubigungswirkung bei einer Beglaubigung durch die Betreuungsbehörde mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt.
- 34 Dies gilt zumindest, wenn er die Vollzugstätigkeit übernommen hat. Vgl. dazu Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora/Außner, BNotO, 2023, § 24 Rdnr. 19 ff.; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.02.2025, § 24 Rdnr. 25 ff.
- 35 So im Ergebnis auch KG, Beschluss vom 04.07.2024, 1 W 97/24, RNotZ 2024, 526, 528.

der Vor-GmbH als Komplementärin.<sup>36</sup> Bislang konnte die KG bereits in das Handelsregister eingetragen werden, auch wenn die GmbH ihrerseits noch nicht eingetragen war. Nach Auffassung des OLG Brandenburg<sup>37</sup> soll dies nun aber nicht mehr möglich sein, weil § 106 Abs. 2 Satz 2 lit. b HGB, der über § 161 Abs. 2 HGB auch für die KG gilt, bei juristischen Personen verlangt, dass diese unter Angabe der Firma, der Rechtsform, des Sitzes und des Registers und der Registernummer einzutragen sind. Da die Vor-GmbH nicht in das Register eingetragen ist, können auch Register und Nummer nicht angegeben werden, was einer Eintragung der KG in diesem Fall entgegenstehe.<sup>38</sup> Weil § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB, der über § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB entsprechend anzuwenden ist, verlange, dass eine Eintragung einer eGbr nur erfolgen soll, wenn die als Gesellschafter einzutragende Gesellschaft ihrerseits in das Register eingetragen ist, folge daraus, dass die Vor-GmbH nicht als Komplementärin der KG eingetragen, sondern die KG erst nach Eintragung der GmbH ihrerseits in das Handelsregister aufgenommen werden könne.<sup>39</sup>

Die Entscheidung ist im Schrifttum teils zustimmend,<sup>40</sup> teils ablehnend<sup>41</sup> aufgenommen worden. Richtig an der Kritik ist der Umstand, dass § 707 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich die GbR betrifft, die ihrerseits Gesellschafterin einer anderen GbR ist.<sup>42</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass die Vorschrift Bezug auf das Gesellschaftsregister nimmt, wodurch eindeutig wird, dass § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB unmittelbar keine Aussage in Bezug auf die Eintragungsfähigkeit der Vor-GmbH trifft. Angesichts der Intention des Gesetzgebers, der verhindern wollte, dass Gesellschaften, denen es an der notwendigen Publizität fehlt, ihrerseits als Gesellschafter von Gesellschaften ausgewiesen werden können,<sup>43</sup> spricht gleichwohl inhaltlich viel für das Verständnis des OLG Brandenburg. Insbesondere ist bei einer Vor-GmbH unklar, ob diese in das Handelsregister eingetragen werden wird, da es den Beteiligten freisteht, das Vorhaben aufzugeben, den Eintragungsantrag zurückzunehmen und somit die Regis-

36 Vgl. insoweit auch BGH, Urteil vom 09.03.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHHG, 24. Aufl. 2025, § 11 Rdnr. 16.

37 OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2024, 7 W 41/24, NZG 2024, 1567.

38 OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2024, 7 W 41/24, NZG 2024, 1567 Rdnr. 6 f.

39 OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.07.2024, 7 W 41/24, NZG 2024, 1567 Rdnr. 6 f.

40 So wohl BeckOK-GBG/Kafka, § 707a Rdnr. 5; Ebenroth/Boujong/Oepen, HGB, 5. Aufl. 2024, § 162 Rdnr. 8; Schildhauer, NZG 2024, 1568.

41 BeckOK-HGB/Beyer, Stand: 01.07.2025, § 161 Rdnr. 63; Fröhleke/Seidel, GmbHHR 2024, 1089, 1090 ff.; Krause/Schnabelrauch, DStR 2025, 533, 534; Staake, RFamU 2024, 503, 505.

42 Vgl. auch Krause/Schnabelrauch, DStR 2025, 533, 534.

43 BT-Drucks. 19/27635, S. 132.

trierung der Gesellschaft zu verhindern.<sup>44</sup> Zwar entsteht in diesem Fall keine GmbH und die Vor-GmbH erlischt,<sup>45</sup> allerdings ist dann aus dem Handelsregister nicht erkennbar, wer tatsächlich Gesellschafter der KG ist oder war. In diesem Fall kann Komplementär unerkannt eine natürliche Person, eine GbR oder OHG oder eine juristische Person sein, ohne dass der Rechtsverkehr in die Lage versetzt wird, dies zu durchblicken. Gerade diesen Zustand will § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB für die GbR verhindern,<sup>46</sup> sodass eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens auch auf andere registrierungsfähige, aber noch nicht registrierte Gesellschaften, wie insbesondere die Vorgesellschaft einer Kapitalgesellschaft, dem Plan des Gesetzgebers entspricht.

Zwar erscheint es denkbar, dass angesichts der unklaren Rechtslage nicht sämtliche Registergerichte die Linie des OLG Brandenburg zeitnah umsetzen werden, allerdings ist der Notar gut beraten, die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass eine Eintragung der KG in das Handelsregister möglicherweise erst geschehen kann, wenn auch die GmbH eingetragen wurde und daher eine schnelle Eintragung der GmbH & Co. KG nicht gewährleistet ist. Es sollte vor diesem Hintergrund mit den Beteiligten besprochen werden, ob der Antrag auf Eintragung der KG bereits vor der Eintragung der GmbH gestellt oder ob das Entstehen der GmbH und deren Verlautbarung im Register abgewartet werden soll.

### 3. Angabe des Zwecks der GbR

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRegV ist bei der Anmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister auch deren Gegenstand anzugeben, soweit dieser sich nicht bereits aus dem Namen der Gesellschaft ergibt. Die Bestimmungen der GesRegV greifen insoweit allerdings über das Gesetz hinaus.<sup>47</sup> § 707 Abs. 2 BGB regelt, welche Anforderungen für die Anmeldung einer Gesellschaft zum Gesellschaftsregister eingehalten sein müssen, wobei die Angabe des Gesellschaftszwecks hiernach nicht erforderlich ist.<sup>48</sup> Zwar stellt die GesRegV geltendes Recht dar;<sup>49</sup> sie steht als bloße Rechtsverordnung allerdings im Rang unter dem Bundesgesetz und kann dieses daher nicht verdrängen. Für eine Eintragung im Gesellschaftsregister ist mithin die Einhaltung der von § 707 Abs. 2 BGB geforderten Angaben ausreichend, sodass das Registergericht die Anmeldung nicht

zurückweisen darf, wenn entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRegV kein Zweck der Gesellschaft angegeben wird.<sup>50</sup>

## 4. Name der PartG

§ 2 PartGG ist durch die Reform des MoPeG geändert worden. War es bis zum 31.12.2023 erforderlich, dass der Name mindestens eines Partners auch Bestandteil des Namens der Partnerschaftsgesellschaft war, wurde das Namensrecht mit Wirkung zum 01.01.2024 insoweit liberalisiert, als nunmehr lediglich die Bezeichnung „und Partner“ oder „Partnerschaft“ enthalten sein muss, der Name im Übrigen aber beliebig gewählt werden kann. Die Partner sind mithin frei, einen Namen nach ihren Vorstellungen zu wählen, so lange dieser die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen einhält.<sup>51</sup>

## II. Kapitalgesellschaftsrecht

### 1. Einreichung von Gesellschafterlisten

#### a) Unverzüglichkeit

Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entfaltet die Einreichung einer Liste Rückwirkung, wenn die Aufnahme in den Registerordner unverzüglich nach der maßgeblichen Rechtsänderung geschieht. Die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist deshalb von entscheidender Bedeutung, weil nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur derjenige im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter gilt, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Will also ein Gesellschafter an einer Abstimmung teilnehmen, ist er hierzu grundsätzlich nur befugt, wenn er in der Gesellschafterliste, die im Handelsregister aufgenommen ist, geführt wird.<sup>52</sup> Eine Ausnahme hiervon kann lediglich über § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG und die in ihm verkörperte Rückwirkung erreicht werden, sodass Personen rechtswirksam Handlungen vornehmen können, falls die sie legitimierende Liste unverzüglich in das Handelsregister aufgenommen wird. Maßgeblich für den Bezugspunkt der Unverzüglichkeit ist dabei die Vornahme der in Rede stehenden Rechtshandlung, weshalb es auf den Zeitpunkt der Handlung des neuen Gesellschafters und nicht auf den des Übergangs der Gesellschaftsanteile ankommt.

Nach einem Beschluss des OLG Schleswig soll als zeitliche Grenze für die Unverzüglichkeit eine Frist von maximal zwei Wochen gelten.<sup>53</sup> Wird die Liste später aufgenommen, kann diese die Rechtshandlung des neuen Gesellschafters nicht mehr legitimieren, sodass er keine Rechte gegenüber der Gesellschaft, insbesondere keine Stimmrechte ausüben

<sup>44</sup> Vgl. insbesondere zur sog. „unechten Vor-GmbH“ BFH, Urteil vom 07.04.1998, VII R 82/97, NJW 1998, 2926, 2927; MHLS/Blath, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 11 Rdnr. 79.

<sup>45</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 204/00, NJW 2003, 429; MHLS/Blath, GmbHG, § 11 Rdnr. 79.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 19/27635, S. 132.

<sup>47</sup> Vgl. dazu BeckOK-BGB/Enders, Stand: 01.08.2024, § 707d Rdnr. 17.

<sup>48</sup> MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 707 Rdnr. 12. Vgl. auch BT-Drucks. 19/27635, S. 129; BeckOK-BGB/Enders, § 707d Rdnr. 17.

<sup>49</sup> Vgl. dazu auch BeckOGK-BGB/Kafka, § 1 GesRV Rdnr. 8.

<sup>50</sup> Siehe dazu BR-Drucks. 560/22, S. 15; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.08.2024, 14 W 52/24 (Wx), FGPrax 2024, 225; BeckOGK-BGB/Kafka, § 3 GesRV Rdnr. 33.

<sup>51</sup> MünchKomm-BGB/Schäfer, § 2 PartGG 2 Rdnr. 5. Siehe zu dem BT-Drucks. 19/27635, S. 275.

<sup>52</sup> § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt insbesondere für das Stimmrecht: MHLS/Ebbing, GmbHG, § 16 Rdnr. 121; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 9.

<sup>53</sup> OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22, MittBayNot 2024, 69, 71.



kann. Ein etwaig gefasster Beschluss ist in der Folge unwirksam, wenn es auf die Stimmen des neuen Gesellschafters ankommt. Dass die Verzögerung auf ein Verschulden des Notars, der nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung der Liste verpflichtet ist, zurückgeht, soll nach Auffassung des Senats unbeachtlich sein, da den Gesellschaftern das Verhalten des Notars zugerechnet werden müsse.<sup>54</sup>

Die Entscheidung des OLG Schleswig liegt inhaltlich auf einer Linie mit einer im Schrifttum prominent vertretenen Ansicht, die sogar ein Verschulden des Registergerichts genügen lassen will, um die Unverzüglichkeit auszuschließen.<sup>55</sup> In der Sache überzeugt dies allerdings nicht. Geht man so weit, dass eine Unverzüglichkeit schon dann nicht mehr gegeben sein soll, wenn nur irgendjemand die Verzögerung verschuldet hat, so bedeutet dies eine faktische Lösung vom Begriff des schuldhaften Zögerns. Soll nur irgendein Verschulden irgendeiner Person ausreichen, wird faktisch jede Verzögerung sich als ein schuldhaftes Zögern darstellen, sodass in der Sache eine vom Wortlaut nicht mehr gedeckte objektive Zeitgrenze eingeführt wird.<sup>56</sup> Ausweislich des Wortlauts des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist vielmehr allein das Verschulden des betroffenen Gesellschafters in den Blick zu nehmen.<sup>57</sup> Nur wenn diesen ein Verschulden an der verspäteten Listenaufnahme trifft, ist es gerechtfertigt, ihm die materiell zustehenden Gesellschafterrechte im Verhältnis zur Gesellschaft zu nehmen. Ist dagegen das Verschulden einer anderen Person für die Verzögerung kausal, muss der Gesellschafter von den Folgen freigehalten werden, soweit ihm nicht das Verschulden der anderen Person zuzurechnen ist. Dies dürfte sich mit der Grundauffassung des OLG Schleswig decken, das selbst Erwägungen zur Zurechnung des Verschuldens des handelnden Notars anführt.<sup>58</sup>

Ebenso ist es aber auch nicht überzeugend, ein etwaiges Verschulden des Notars dem Gesellschafter zuzurechnen. Der Notar wird in § 40 Abs. 2 GmbHG nicht als Vertreter des neuen Gesellschafters tätig, sondern ihm obliegt die Listeneinreichung als eigene Aufgabe im öffentlichen Interesse.<sup>59</sup> Er agiert folglich auch nicht ausschließlich in der Sphäre des Gesellschafters. Er ist mithin nicht lediglich Erfüllungsgehilfe des neuen Gesellschafters, der, soweit er nicht auch Geschäftsführer ist, ohnehin die Einreichung der Liste

nicht forcieren könnte. Handelt der Notar daher nicht als Vertreter oder wenigstens im exklusiven Interesse des neuen Gesellschafters, kann ein etwaiges Verschulden des Notars auch nicht diesem Gesellschafter zugerechnet werden.<sup>60</sup>

Der Beschluss des OLG Schleswig begründet dennoch nicht unerhebliche Haftungsgefahren für den Notar. Reicht dieser die Liste zu spät ein, droht die Unwirksamkeit zuvor vorgenommener Rechtshandlungen, was eine Haftung des Notars begründen kann. Der Notar ist daher gut beraten, die Listeneinreichung zeitnah sicherzustellen, um so die Wirkung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zuverlässig eintreten zu lassen. Eine praktische Möglichkeit, etwaige Schwierigkeiten zu vermeiden, kann zudem darin bestehen, den neuen Gesellschafter durch den alten Gesellschafter zur Ausübung von dessen Rechten im Verhältnis zur Gesellschaft zu bevollmächtigen, da dann der neue Gesellschafter bei seiner Stimmabgabe nicht auf § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG angewiesen ist, sondern im Zweifel den alten Gesellschafter vertritt und damit ebenfalls wirksam die Stimmrechte ausüben kann.

#### b) Befugnis zur Listeneinreichung

Soweit ein Notar an der maßgeblichen Veränderung, die die Notwendigkeit zur Einreichung einer neuen Liste begründet, mitgewirkt hat, ist er nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Erstellung,<sup>61</sup> Unterzeichnung und Einreichung der neuen Gesellschafterliste verpflichtet. Besteht eine solche Verpflichtung nicht, müssen die Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG die Liste im Handelsregister aktuell halten und somit sämtliche Veränderungen unverzüglich in der Liste nachvollziehen. Andere Personen sind zur Einreichung von Listen grundsätzlich nicht befugt, sodass nur eine von einem Notar oder einem Geschäftsführer der betreffenden GmbH stammende Liste in das Handelsregister aufgenommen werden kann. Die Rechtsprechung behandelt die Begriffe formal, weshalb nach Überzeugung des BGH auch ein ausländischer Notar zur Einreichung einer Liste befugt ist.<sup>62</sup>

Reicht eine Person eine Liste als Geschäftsführer ein, muss dem Handelsregister nachgewiesen werden, dass der Unterzeichner tatsächlich Geschäftsführer der betreffenden Gesellschaft ist.<sup>63</sup> Dem Registergericht steht insoweit ein Prüfungsrecht zu.<sup>64</sup> Die Stellung als Geschäftsführer ist je-

54 OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22, MittBayNot 2024, 69, 71.

55 M HLS/Ebbing, GmbHG, § 16 Rdnr. 130; Hasselmann, NZG 2009, 409, 411; dem zueigend auch MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 5. Aufl. 2025, § 16 Rdnr. 183; abl. dazu aber Wachter, ZNotP 2008, 373, 382; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1041.

56 Dies faktisch zugestehend, aber positiv konnotierend: MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 183.

57 Link, RNotZ 2009, 193, 212; Nolting, GmbHR 2010, 584, 586; Hessler/Strohn/Versch, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 16 GmbHG, Rdnr. 25; Wachter, ZNotP 2008, 378, 381f.; Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 16 Rdnr. 11.

58 OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22, MittBayNot 2024, 69, 70.

59 Siehe dazu BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

60 Im Ergebnis wie hier: Link, RNotZ 2009, 193, 212; Nolting, GmbHR 2010, 584, 586; Hessler/Strohn/Versch, Gesellschaftsrecht, § 16 GmbHG, Rdnr. 25; Wachter, ZNotP 2008, 378, 381f.; Wicke, GmbHG, § 16 Rdnr. 11.

61 MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 271; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 77; Wachter, ZNotP 2008, 378, 392.

62 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2027.

63 KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 74 f.; Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, MittBayNot 2019, 285, 286; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.03.2023, 20 W 132/22, MittBayNot 2024, 581, 588 f.

64 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2026 f.



denfalls dann durch das Registergericht anzunehmen, wenn die betreffende Person als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist.<sup>65</sup> Insoweit greift die von der Eintragung ausgehende Rechtsscheineinswirkung, sodass das Registergericht grundsätzlich keine weitergehenden Nachweise verlangen kann. Eine Ausnahme wird man nur dann anzunehmen haben, wenn dem Handelsregister bekannt ist, dass eine im Register vermerkte Person tatsächlich nicht mehr Geschäftsführer ist, insbesondere dem Register eine entsprechende Anmeldung der Gesellschaft bereits vorliegt, aus der sich ergibt, dass die Organstellung des Betreffenden erloschen ist.<sup>66</sup> Ist dies jedoch nicht gegeben, muss das Registergericht ohne weitergehende Prüfung die Liste aufnehmen, soweit sie ihm von einer als vertretungsbefugter Geschäftsführer eingetragenen Person eingereicht wird.<sup>67</sup>

Richtigerweise setzt aber die Möglichkeit zur Einreichung einer Gesellschafterliste nicht stets voraus, dass der Einreichende als Geschäftsführer im Handelsregister vermerkt ist.<sup>68</sup> Maßgeblich ist vielmehr allein seine materielle Stellung, mit der Folge, dass auch eine Person, die nicht im Handelsregister eingetragen ist, eine diesbezügliche Liste vorlegen kann, soweit sie tatsächlich Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft ist. Da es in diesem Fall allerdings an der Legitimationswirkung durch die Eintragung im Handelsregister fehlt, muss dem Registergericht die Stellung als Geschäftsführer auf andere Weise nachgewiesen werden.<sup>69</sup> Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihm ein durch alle Gesellschafter unterschriebener Beschluss über die Bestellung der betreffenden Person zum Geschäftsführer vorliegt und die Anmeldung bereits abgegeben wurde, weil dann keine berechtigten Zweifel an der Organstellung des Einreichenden bestehen können, soweit der Beschluss oder die Anmeldung nicht selbst Mängel aufweisen.<sup>70</sup> Für die Bestimmung der Gesellschafter ist § 16 Abs. 1 GmbHG

maßgeblich, sodass es darauf ankommt, welche Personen in der bisherigen Gesellschafterliste eingetragen sind.

Nicht unerhebliche Schwierigkeiten ergeben sich aber dann, wenn der Beschluss durch Personen unterzeichnet ist, die in der aktuellen Liste noch nicht ausgewiesen sind, sondern erst durch die neu einzureichende Liste als Gesellschafter bezeichnet werden sollen. Zu einer solchen Konstellation kommt es insbesondere, wenn der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer verstorben ist, da die Gesellschaft in diesem Fall keinen aus dem Handelsregister ersichtlichen Geschäftsführer mehr hat, der in der Lage wäre, eine Liste einzureichen. In diesem Fall ist es denkbar, durch die Erben, die materiell Inhaber des Geschäftsanteils sind, einen neuen Geschäftsführer bestellen zu lassen, der im Anschluss unverzüglich eine neue Liste zum Handelsregister einreicht, in der die Erben ausgewiesen sind, sodass diese nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG rückwirkend die Berechtigung zur Beschlussfassung erhalten.<sup>71</sup> Eine solche „Selbstheilung“ des Geschäftsführers wird verbreitet anerkannt und deckt sich mit dem Wortlaut des Gesetzes. Um die Einreichungsbefugnis des Handelnden prüfen zu können, bedarf es aber Nachweise für das Handelsregister, dass der Einreichende wirksam zum Geschäftsführer bestellt wurde.<sup>72</sup> Dieser Nachweis kann insbesondere nicht durch die bisherige Liste geführt werden, weil dort noch der verstorbene Gesellschafter aufgeführt ist. Auch die neue Liste kann keine Legitimationsgrundlage bilden, da sie nur dann aufgenommen wird, wenn zuvor der Einreichende seine Bestellung zum Geschäftsführer nachgewiesen hat, was ihm allein dann gelingen kann, wenn er die Gesellschafterstellung der Beschließenden nachweisen kann. Es bedarf infolgedessen eines förmlichen Nachweises (Erbschein oder notarielle Verfügung von Todes wegen), der dem Registergericht belegt, wer Erbe des verstorbenen Gesellschafters geworden ist.<sup>73</sup> Liegt ein solcher vor und haben die hiernach legitimierten Erben den Beschluss gefasst, muss das Registergericht die vom materiell wirksam bestellten Geschäftsführer eingereichte Liste aufnehmen und somit die Heilung der Geschäftsführerbestellung bewirken.

65 KG, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, MittBayNot 2019, 285, 286; Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 74 f.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.03.2023, 20 W 132/22, MittBayNot 2024, 581, 588 f.; zustimmend auch Linke, MittBayNot 2024, 75, 78; ders., MittBayNot 2024, 590, 591.

66 KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 75; abl. dazu aber Linke, MittBayNot 2024, 75, 78 f.

67 Linke, MittBayNot 2024, 75, 78; siehe auch zum Prüfungsrecht: BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026, 2027.

68 DNotI, DNotI-Report 2023, 83, 85; MHLS/Ebbing, GmbHG, § 16 Rdnr. 97; Heidinger, ZNotP 2012, 449, 459; Gutfried, notar 2017, 228, 233; Kemper, notar 2023, 189, 194 f. Linke, MittBayNot 2023, 178, 181 f.; ders., MittBayNot 2024, 75, 78; offenlassend KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 75; dagegen aber OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, 18 Wx 11/19, FGPrax 2019, 219.

69 DNotI, DNotI-Report 2023, 83, 85; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 340; Linke, MittBayNot 2023, 178, 181 f.; ders., MittBayNot 2024, 75, 78.

70 Für den umgekehrten Fall: KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 75.

71 DNotI, DNotI-Report 2023, 83, 85; MHLS/Ebbing, GmbHG, § 16 Rdnr. 97; Heidinger, ZNotP 2012, 449, 459; Gutfried, notar 2017, 228, 233; Kemper, notar 2023, 189, 194 f. Linke, MittBayNot 2023, 178, 181 f.; ders., MittBayNot 2024, 75, 78; offenlassend KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 75; dagegen aber OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, 18 Wx 11/19, FGPrax 2019, 219.

72 DNotI, DNotI-Report 2023, 83, 85; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 340; Linke, MittBayNot 2023, 178, 181 f.; ders., MittBayNot 2024, 75, 78.

73 DNotI, DNotI-Report 2023, 83, 85; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 340; Linke, MittBayNot 2023, 178, 181 f.; ders., MittBayNot 2024, 75, 78.

ken.<sup>74</sup> Dem steht die Rechtsprechung zu der Frage, ob das Grundbuchamt an einem gutgläubigen Erwerb mitwirken darf,<sup>75</sup> nicht entgegen. Unabhängig davon, dass diese Rechtsprechung insgesamt nicht zu überzeugen vermag,<sup>76</sup> liegt der Sachverhalt in den hier behandelten Fällen vollständig anders. Es geht nicht darum, einem Berechtigten die Rechtsposition zu entziehen, sondern die Beteiligten nutzen eine vom Gesetz bewusst eröffnete Möglichkeit, nachträglich die materielle Rechtslage auch formell zur Geltung zu bringen, sodass eine objektiv rechtmäßige Handlung vorliegt.

Für den Notar ist es somit ohne Weiteres möglich, ein entsprechendes Ansinnen des Geschäftsführers zu begleiten und insbesondere die betreffende Anmeldung zu beglaubigen sowie die vom Geschäftsführer erstellte Liste einzureichen. Er sollte die Beteiligten aber darauf hinweisen, dass eine Aufnahme in den Registerordner nur dann möglich ist, wenn die materielle Erbenstellung der Beschriften den dem Gericht durch förmlichen Erbnachweis nachgewiesen wird.

## 2. Gesamtvermögensgeschäfte

Zum Abschluss eines Vertrags, der die Verpflichtung zur Übertragung des gesamten Vermögens der Gesellschaft enthält, bedarf eine Aktiengesellschaft nach § 179a AktG der Zustimmung der Hauptversammlung im Wege eines Beschlusses. Die Vorschrift kann allerdings nicht entsprechend auf andere Gesellschaften angewendet werden. Der BGH hat eine Analogie für die GmbH<sup>77</sup> und in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung<sup>78</sup> auch für die KG<sup>79</sup> verneint. Offengelassen hat er allerdings bisher, ob eine Ana-

logie auf die Publikums-KG in Betracht kommt.<sup>80</sup> Unabhängig davon, dass der Begriff unklar ist und daher offenbleibt, wann eine KG als Publikums-KG zu gelten hat,<sup>81</sup> hat das OLG Frankfurt a. M. nunmehr entschieden, dass auch eine Analogie für die Publikums-KG ausscheiden muss.<sup>82</sup> Dies ist ohne Weiteres nachvollziehbar, da schon der Begriff der Publikums-KG bedenklichen Unklarheiten ausgesetzt ist und folglich eine analoge Anwendung des § 179a AktG nur auf diese Form der KG eine untragbare Rechtsunsicherheit begründen würde. Zudem ist auch eine Publikums-KG lediglich eine Kommanditgesellschaft, sodass sie keinen grundsätzlich anderen Regelungen als jede andere KG unterworfen sein kann. Lehnt man mithin die Anwendung von § 179a AktG für die KG ab, kann nichts anderes für die Publikums-KG gelten.

Gänzlich unbeschränkt ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei einer GmbH und die Vertretungsmacht des persönlich haftenden Gesellschafters bei der KG in Bezug auf Gesamtvermögensgeschäfte gleichwohl nicht. Der BGH betont, dass es sich bei solchen Geschäften typischerweise um außergewöhnliche Geschäfte handelt, die mithin einer Zustimmung sämtlicher Gesellschafter im Innenverhältnis bedürfen,<sup>83</sup> was allerdings zunächst das Außenverhältnis nicht tangiert. Die Vertretungsmacht des organschaftlichen Vertreters wird jedoch auch in solchen Fällen über die Rechtsfigur des Missbrauchs der Vertretungsmacht begrenzt, weshalb in Ausnahmefällen die Überschreitung der Kompetenzen im Innenverhältnis gleichermaßen zu einer Begrenzung der Vertretungsmacht nach außen führen kann.<sup>84</sup> Ein solcher Fall ist gegeben, wenn der Vertreter objektiv seine im Innenverhältnis bestehenden Bindungen überschreitet und der Vertragspartner entweder kollusiv mit dem Vertreter zusammenwirkt, die Überschreitung kennt oder aufgrund von Evidenz hätte kennen müssen.<sup>85</sup> Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Vertreter vorsätzlich zum Schaden des Vertretenen handelt.<sup>86</sup> Die konkreten Grenzen der Evidenz bleiben gleichwohl un-

74 DNotI, DNotI-Report 2023, 83, 85; MHLS/Ebbing, GmbHG, § 16 Rdnr. 97; Heidinger, ZNotP 2012, 449, 459; Gutfried, notar 2017, 228, 233; Kemper, notar 2023, 189, 194 f. Linke, MittBayNot 2023, 178, 181 f.; ders., MittBayNot 2024, 75, 78; offenlassend KG, Beschluss vom 12.10.2022, 22 W 43/22, MittBayNot 2024, 74, 75; dagegen aber OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, 18 Wx 11/19, FGPrax 2019, 219.

75 So BGH, Urteil vom 21.02.1986, V ZR 38/84, NJW 1986, 1687, 1688; BayObLG, Beschluss vom 24.03.1994, 2 Z BR 20/94, BayObLGZ 1994, 66, 71; KG, Beschluss vom 08.08.1972, 1 W 1270/71, DNotZ 1973, 301, 304; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.01.1991, 20 W 523/89, Rpflieger 1991, 361; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.09.1997, 11 Wx 60/97, NJW-RR 1998, 445.

76 Böttcher, Rpflieger 1983, 187, 190; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 01.05.2025, § 892 Rdnr. 23; Eickmann, Rpflieger 1972, 77; Ertl, MittBayNot 1975, 204; BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rdnr. 139; Kesseler, ZNotP 2004, 338; Lenenbach, NJW 999, 923; Rieger, BWNotZ 2001, 79, 86 ff.; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 892 Rdnr. 67; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 352.

77 BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, MittBayNot 2019, 484; Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22; NZG 2024, 452.

78 BGH, Urteil vom 09.01.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961.

79 BGH, Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, MittBayNot 2023, 163.

80 BGH, Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, MittBayNot 2023, 163 (166).

81 MünchKomm-HGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rdnr. 111.

82 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.09.2023, 5 U 116/22, MittBayNot 2024, 489.

83 BGH, Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, MittBayNot 2023, 163, 165.

84 BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, MittBayNot 2019, 484, 489 ff.; Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, MittBayNot 2023, 163, 166 f.; Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22; NZG 2024, 452, 455.

85 Siehe dazu Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rdnr. 1575 ff.; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 48. Aufl. 2024, § 26 Rdnr. 3 ff.; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 49 Rdnr. 100 ff.

86 BGH, Urteil vom 05.12.1983, II ZR 56/82, NJW 1984, 1461, 1462; Hinweisbeschluss vom 10.04.2006, II ZR 337/05, NJW 2006, 2776; Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, MittBayNot 2019, 484, 490.



klar.<sup>87</sup> Der BGH spricht einerseits davon, dass eine solche gegeben sei, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch mache,<sup>88</sup> während er andererseits das Vorliegen objektiver Evidenz fordert.<sup>89</sup> Maßgeblich soll sein, ob sich nach den Umständen des Einzelfalls für den Vertragspartner das Erfordernis einer Rückfrage beim Vertreter geradezu aufdränge.<sup>90</sup> Letzterer Gedanke dürfte in Bezug auf die Wertung parallel zu den Erfordernissen für die Annahme grober Fahrlässigkeit beim gutgläubigen Erwerb von Mobilien zu behandeln sein, sodass entscheidend ist, ob sich aufgrund der dem Vertragspartner offenbar gewordenen Umstände eine Nachforschungsobligation für diesen ergibt.<sup>91</sup> Erforderlich hierfür ist, dass der Vertragspartner weiß oder für ihn zumindest evident ist, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um das gesamte oder nahezu gesamte Vermögen der Gesellschaft handelt,<sup>92</sup> dass mithin ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist und dass ein solcher Beschluss nicht vorliegt.<sup>93</sup> Nur wenn beide Aspekte zusammen gegeben sind, kann eine Schutzwürdigkeit des Vertragspartners ausscheiden, mit der Folge dass die Vertretungsmacht im Rahmen der Figur des Missbrauchs der Vertretungsmacht im Verhältnis zu ihm eingeschränkt werden kann.

Aus Sicht des Notars besteht eine Amtspflicht zur Aufklärung darüber, dass ein Beschluss der Gesellschafter regelmäßig erforderlich ist, wenn er Kenntnis davon hat, dass es sich um ein Gesamtvermögensgeschäft handelt.<sup>94</sup> Er muss sich allerdings insoweit nicht aktiv Kenntnisse verschaffen, insbesondere nicht eigenständig aufklären, ob ein solches Rechtsgeschäft gegeben ist.<sup>95</sup> Vielmehr müssen die entsprechenden Anhaltspunkte durch die Parteien offenbart werden, damit eine diesbezügliche Kenntnis des Notars bestehen kann. Der Notar muss sich zudem den entsprechenden Beschluss nicht vorlegen lassen, da es nicht Teil seiner Amtspflicht ist, die Einhaltung der internen Vorgänge innerhalb der Gesellschaft zu prüfen. Die Existenz des Be-

schlusses ist nicht Voraussetzung für das Bestehen der Vertretungsmacht, sondern sein Fehlen kann lediglich zur Einschränkung derselben führen. Insofern kann insbesondere nicht aus § 12 BeurkG eine derartige Verpflichtung abgeleitet werden, da es sich gerade nicht um eine positive Voraussetzung für den Bestand der Vertretungsmacht handelt. Sichert ihm der handelnde Geschäftsführer zu, dass ein ausreichender Beschluss vorliegt, darf sich der Notar ohne Weiteres hierauf verlassen, ohne dass für ihn eine Nachforschungspflicht bestünde. Es kann aber sinnvoll sein, diese Erklärung des Geschäftsführers oder eines anderen Vertreters in der Urkunde zu dokumentieren, um darzulegen, dass der Vertragspartner keine Kenntnis vom etwaigen Fehlen des Beschlusses hat, und ihn hierdurch vor den Wirkungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht zu schützen. Zu beachten ist, dass der BGH offenkundig davon ausgeht, dass es sich bei Gesamtvermögensgeschäften immer um außergewöhnliche Geschäfte handelt, die einer Zustimmung bedürfen, sodass auch solche Veräußerungen dem Beschluss erforderlich unterfallen sollen, die zwar im Ergebnis das gesamte Vermögen betreffen, aber dem satzungsmäßigen Zweck dienen.<sup>96</sup> Dies gilt insbesondere bei Bauträgergesellschaften, weil diese auf den Abverkauf der gehaltenen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten gerichtet sind und damit auch die Veräußerung der letzten Einheit allein in Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks geschieht. Auch bei diesen wird man nach den Aussagen des BGH jedoch davon auszugehen haben, dass ein entsprechender Beschluss notwendig ist,<sup>97</sup> wenn das letzte Grundstück oder die letzte Sondereigentumseinheit verkauft wird, weil diese typischerweise das wesentliche Vermögen der Gesellschaft zu dieser Zeit ausmachen werden. Der Notar dürfte vor diesem Hintergrund gut beraten sein, die Beteiligten ebenfalls über diese Konsequenz aufzuklären, wenn es zur Veräußerung der letzten Einheit kommen soll.

### III. Umwandlungsrecht

#### 1. Ausgliederung im Wege eines Agios

Eine Ausgliederung, insbesondere eine Ausgliederung des Vermögens eines eingetragenen Einzelkaufmanns auf eine GmbH oder eine andere Gesellschaft, geschieht in der Praxis nicht selten im Wege einer Barkapitalerhöhung mit Sachagio, wobei das ausgegliederte Vermögen das Agio darstellt. Ein solches Vorgehen ist steuerlich unbedenklich, da das Agio als Sacheinlage im Sinne des § 20 UmwStG begriffen wird.<sup>98</sup> Das OLG Celle hat nunmehr aber in einem Beschluss angedeutet, dass es diese Praxis zivilrechtlich für unzulässig hält.<sup>99</sup> Begründet wird dies damit, dass die

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22, NZG 2024, 452, 456.

<sup>97</sup> Anders jedoch: *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1421 f.; *Meier*, DNotZ 2020, 246, 254; *Natterer*, ZIP 2019, 1796, 1800; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 114 ff.; *Zintl/Singbartl*, GWR 2015, 375, 376 f.

<sup>98</sup> BFH, Urteil vom 07.04.2010, I R 55/09, MittBayNot 2010, 507.

<sup>99</sup> OLG Celle, Beschluss vom 13.06.2024, 9 W 37/24, NZG 2024, 1041; im Ergebnis ebenso *Scheller*, ZIP 2025, 563.

<sup>87</sup> Siehe dazu ausführlich *Meier*, DNotZ 2020, 246, 256 ff.

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22, NZG 2024, 452, 456.

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22, NZG 2024, 452, 456.

<sup>90</sup> BGH, Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22, NZG 2024, 452, 456.

<sup>91</sup> So schon *Meier*, DNotZ 2020, 246, 257.

<sup>92</sup> Insoweit ließe sich auch – wenngleich entfernt – eine Parallele zur „Verfügung über Vermögen im Ganzen“ i. S. d. § 1365 BGB und die dort von der Rechtsprechung vertretene subjektive Theorie ziehen, vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.06.1980, IVb ZR 516/80, NJW 1980, 2350 und Urteil vom 21.03.1996, III ZR 106/95, NJW 1996, 1740.

<sup>93</sup> Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 09.01.2024, II ZR 220/22, NZG 2024, 452, 456 f.

<sup>94</sup> BGH, Urteil vom 22.04.1975, VI ZR 90/74, BGHZ 64, 246, 248 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 26.02.2004, 11 U 92/02, NJW-RR 2005, 646 (jew. zu § 1365 BGB).

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 22.04.1975, VI ZR 90/74, BGHZ 64, 246, 248 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 26.02.2004, 11 U 92/02, NJW-RR 2005, 646 (jew. zu § 1365 BGB).

Ausgliederung nach § 126 Nr. 2 UmwG gegen die Gewährung von Anteilen erfolgen müsse, dies aber bei einem reinen Agio nicht gegeben sei und folglich die zwingende Vorschrift verletzt werde.<sup>100</sup>

Die Argumentation vermag allerdings in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen. Dies beginnt bereits bei dem vom OLG Celle herangezogenen Wortlautargument, wonach bei einem Sachagio die Ausgliederung nicht gegen Gewährung von Anteilen erfolge. Betrachtet man die Gestaltung rechtlich und wirtschaftlich, so ist die Gegenleistung für die Gewährung von neuen Anteilen die geforderte Bareinlage in Höhe des Nominalwerts der Anteile *und* die Ausgliederung des Vermögens als weiteres Agio.<sup>101</sup> Ausgliederung und Bareinlage einerseits und die Gewährung von Gesellschaftsanteilen andererseits stehen mithin in einem vereinbarten Austauschverhältnis, sodass auch die Ausgliederung Gegenleistung für die Einräumung von Anteilen ist.

Zudem kann keine Rede davon sein, dass § 126 Nr. 2 UmwG eine zwingende und nicht disponibile Grundnorm des Umwandlungsrechts darstelle, die mithin nicht durch den Willen der Parteien außer Acht bleiben dürfe.<sup>102</sup> § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwG bestimmt ausdrücklich, dass für eine Ausgliederung zur Aufnahme lediglich § 54 Abs. 1 Satz 1 UmwG keine Anwendung findet. Insbesondere bleibt aber § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG anwendbar,<sup>103</sup> sodass es den Beteiligten freisteht, auf die Gewährung von Anteilen zu verzichten. Können sie aber zivilrechtlich jede Anteilsgewährung verhindern, kann diese kein zentrales unabänderliches Prinzip der Ausgliederung darstellen.<sup>104</sup> Ist es möglich, zwischen den Beteiligten zu vereinbaren, dass die Ausgliederung sogar gänzlich ohne Gegenleistung in Form einer Anteilsgewährung erfolgen soll, kann es nicht unzulässig sein, wenn sich die Parteien darauf einigen, dass es statt einer Sachkapitalerhöhung zu einer Barkapitalerhöhung mit Sachagio kommt.<sup>105</sup> In diesem Fall erhält der übertragende Rechtsträger tatsächlich Geschäftsanteile, muss diese aber noch mit einer zusätzlichen Bareinlage versehen. Dies greift aber jedenfalls weniger stark in die Position des übertragenden Rechtsträgers ein als der vollständige Verzicht auf die Neubildung von Anteilen, sodass die Ausgliederung im Wege eines Agios zumindest als Minus zum gänzlichen Verzicht auf die Anteilsgewährung verstanden werden

100 OLG Celle, Beschluss vom 13.06.2024, 9 W 37/24, NZG 2024, 1041.

101 Im Ergebnis wie hier: *Behme/Brühl*, NZG 2024, 1502, 1505; dagegen aber *Scheller*, ZIP 2025, 563, 563 f.

102 So aber OLG Celle, Beschluss vom 13.06.2024, 9 W 37/24, NZG 2024, 1041.

103 Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl/Rinke, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Aufl. 2024, § 125 UmwG Rdnr. 17; ebenfalls: *Behme/Brühl*, NZG 2024, 1502, 1504; *Scheller*, ZIP 2025, 563.

104 Ebenso: *Behme/Brühl*, NZG 2024, 1502, 1504; *Scheller*, ZIP 2025, 563.

105 Wie hier *Behme/Brühl*, NZG 2024, 1502, 1504; dagegen aber: *Scheller*, ZIP 2025, 563, 563 f., der dies als perplex betrachtet.

muss,<sup>106</sup> weshalb es keinen Grund gibt, diese Gestaltung aus umwandlungsrechtlichen Gründen als unzulässig zu erachten.

## 2. Nachrechnung von Bilanzen

Gemäß § 17 Abs. 2 UmwG darf das Registergericht eine Verschmelzung nur eintragen, wenn die Bilanz auf einen höchstens acht Monate vor dem Anmeldungstag bezogenen Tag errichtet ist. Der Notar muss mithin dafür Sorge tragen, dass sämtliche erforderlichen Unterlagen rechtzeitig beim Gericht eingehen, damit dieses die Verschmelzung mit der entsprechenden Bilanz vollziehen kann. Über die jeweiligen Verweisungen gilt § 17 Abs. 2 UmwG auch für die sonstigen Formen der Umwandlung.

Wird eine für die Eintragung der Verschmelzung erforderliche Anlage der Registeranmeldung nicht beigelegt, ist diese grundsätzlich unvollständig und kann mithin zurückgewiesen werden. Nach Auffassung des BGH muss das Registergericht allerdings bei einer fehlenden Bilanz eine Zwischenverfügung erlassen und dem Notar somit die Möglichkeit geben, die fehlenden Unterlagen noch nachzureichen.<sup>107</sup> Insoweit erkennt der BGH an, dass selbst die Bilanz als Grundlage der Umwandlungsmaßnahme nachgereicht werden kann. Dabei kann diese sogar an einem nach dem letzten Tag der Einreichungsfrist liegenden Datum erstellt worden sein, soweit sie sich auf einen Zeitpunkt bezieht, der nicht länger als acht Monate vor dem Tag der Einreichung der Anmeldung liegt.<sup>108</sup> Es ist mithin zulässig, die Bilanz erst auf das Verlangen des Gerichts zu erstellen, weshalb es materiellrechtlich nicht erforderlich ist, dass die Bilanz bereits zur Beurkundung vorliegt.

Der BGH hat mithin in dieser Frage eine ausgesprochen großzügige Linie eingenommen. Er geht in der Sache davon aus, dass zu den essentialia der Anmeldung lediglich der maßgebliche Vertrag oder Plan, die vom Gesetz geforderten Beschlüsse und die notwendigen Zustimmungserklärungen gehören.<sup>109</sup> Es dürfen daher künftig sämtliche Erklärungen und Dokumente mit Ausnahme der genannten Beschlüsse, Verträge und Zustimmungserklärungen noch nachgereicht werden können.<sup>110</sup> Die Entscheidung senkt das Haftungsrisiko für die Notare spürbar, da selbst bei einem versehentlichen Fehlen einzelner Unterlagen das Registergericht die Anmeldung nicht zurückweisen darf, sondern insoweit durch Zwischenverfügung zu entscheiden hat.

106 Im Ergebnis wohl ähnlich *Behme/Brühl*, NZG 2024, 1502, 1504, die die Ansicht des OLG Celle als formalistisch bewerten.

107 BGH, Beschluss vom 18.03.2025, II ZB 1/24, NZG 2025, 893, 894 ff. mit zust. Anm. *Knaier* = in diesem Heft, S. 484 (LS).

108 BGH, Beschluss vom 18.03.2025, II ZB 1/24, NZG 2025, 893, 894 ff. = in diesem Heft, S. 484 (LS).

109 BGH, Beschluss vom 18.03.2025, II ZB 1/24, NZG 2025, 893, 894 = in diesem Heft, S. 484 (LS).

110 Siehe auch *Knaier*, NZG 2025, 896, 897 zur Bedeutung der Entscheidung bei Kettenumwandlungen.

## IV. Die registerrechtliche Behandlung des nicht-eingetragenen Vereins

Unklar ist weiterhin die Behandlung des nicht-eingetragenen Vereins. Während die bisher ergangenen Entscheidungen zur Eintragungsfähigkeit im Grundbuch diese bejahen,<sup>111</sup> verneint das KG die Möglichkeit des nicht-eingetragenen Vereins, als Gesellschafter einer GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen zu werden.<sup>112</sup>

Die Problematik ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber im Zuge der MoPeG-Reformen in § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt hat, dass auf Vereine, die keinen wirtschaftlichen Zweck verfolgen und nicht in das Vereinsregister eingetragen sind, die §§ 24-53 BGB entsprechende Anwendung finden. In der Konsequenz sind daher auch die nicht-eingetragenen Vereine vollständig rechtsfähig und können u.a. das Eigentum an Grundstücken und die Mitgliedschaft in einer GbR oder in einer GmbH erwerben.<sup>113</sup> Der Gesetzgeber hat allerdings, da eine Eintragung für diese Vereine gerade nicht vorgesehen ist, keine Möglichkeit zur Schaffung von Publizität vorgesehen, sodass sich die Frage stellt, ob dieser Umstand die Eintragung in ein öffentliches Objektregister verhindert. Das KG hat mit dieser Begründung die Aufnahme des nicht-rechtsfähigen Vereins als Gesellschafter einer GbR in das Gesellschaftsregister verneint und verlangt, dass der Verein zunächst in das Vereinsregister eingetragen werden müsse, um so die erforderliche Publizität herzustellen, ehe eine Eintragung in das Objektregister denkbar sei.<sup>114</sup>

Der BGH hat zum alten Recht die Grundbuchfähigkeit eines nicht-eingetragenen Vereins allein unter seinem Namen verneint.<sup>115</sup> Dabei stützte er sich allerdings maßgeblich auf die in § 54 Satz 1 BGB a. F. enthaltene Verweisung auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und nahm insoweit an, dass § 47 Abs. 2 GBO a. F. auch für den nicht-ein-

getragenen Verein gelten müsse.<sup>116</sup> Infolgedessen verlangte der Senat, dass der nicht-eingetragene Verein im Grundbuch unter Angabe seiner sämtlichen Mitglieder bezeichnet werden müsse.<sup>117</sup>

Die damalige Rechtslage besteht nunmehr aber nicht fort.<sup>118</sup> Das reformierte Gesetz verweist vielmehr pauschal auf die Vorschriften des eingetragenen Vereins und erkennt somit die Rechtsfähigkeit des nicht-eingetragenen, nicht-wirtschaftlichen Vereins umfassend an.<sup>119</sup> Eine Parallelität zur GbR existiert für diese Vereine mithin nicht mehr.<sup>120</sup> Würde man verlangen, dass der nicht-eingetragene Verein zunächst in das Vereinsregister einzutragen sei,<sup>121</sup> hätte dies zugleich zur Folge, dass dem nicht-eingetragenen Verein die Rechtsfähigkeit teilweise entzogen würde. Insoweit wäre es ihm nämlich nicht möglich, Grundeigentum rechtsgeschäftlich zu erwerben oder zumindest seine anderweitig erlangte Position im öffentlichen Register sichtbar zu machen. Führt der nicht eingetragene Verein seine Eintragung im Vereinsregister herbei, verliert er seine bisherige Stellung und verwandelt sich in einen eingetragenen Verein, der allerdings ein vollständig anderes Gepräge aufweist. Dass der Gesetzgeber zwischen eingetragenen Vereinen und solchen ohne Rechtspersönlichkeit unterscheidet, zeigt gerade § 54 BGB. Dort trifft der Gesetzgeber konkrete, spezifische Regelungen für den Verein ohne Rechtspersönlichkeit und erkennt damit an, dass es sich um ein eigenständiges Rechtsinstitut handelt, das sich vom eingetragenen Verein nicht nur durch die bloße Registrierung unterscheidet. Die Situation ist damit nicht mit der der GbR und der eGbR vergleichbar, da sich an der rechtlichen Behandlung der GbR durch ihre Eintragung in das Gesellschaftsregister keine Änderungen ergeben.

Es müssen daher die Überlegungen des BGH Platz greifen, die dieser für die rechtsfähige GbR zur Rechtslage vor Erlass des § 47 Abs. 2 GBO a.F. aufgestellt hat.<sup>122</sup> Der Senat ging zu Recht davon aus, dass, soweit eine Vereinigung materiellrechtlich eine im Grundbuch einzutragende Position erwerben könne, dieser Erwerb nicht daran scheitern dürfe,

<sup>111</sup> OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.06.2025, 2 W 47/25, BeckRS 2025, 13534 = in diesem Heft, S. 460 (LS); OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24, NZG 2025, 515, 516 f. = in diesem Heft, S. 465 (LS); OLG München, Beschluss vom 10.02.2025, 34 Wx 328/24e, in diesem Heft, S. 460 ff. m. Anm. Waldner.

<sup>112</sup> KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24, in diesem Heft, S. 465 ff.; wie das KG auch für das Grundbuchrecht: Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311; MünchKomm-BGB/Leuschner, 10. Aufl. 2025, § 54 Rdnr. 34; Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98f.; Staudinger/Schwennicke, Neub. 2024, § 54 Rdnr. 107.

<sup>113</sup> Dies gestehen auch KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24, in diesem Heft, S. 465, 466 f.; Enneking/Wöffen NZG 2023, 308, 310; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 36; BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 01.05.2025, § 54 Rdnr. 20 zu.

<sup>114</sup> KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24, in diesem Heft, S. 465, 466 f.; ebenso: Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 34; Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98f.; Staudinger/Schwennicke, § 54 Rdnr. 107.

<sup>115</sup> BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405.

<sup>116</sup> BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405, 406 f.

<sup>117</sup> BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405, 407.

<sup>118</sup> Weiterhin die Eintragung aller Mitgliederfordernd aber: Herrler/Hertel/Kesseler/Lieder, Aktuelles Immobilienrecht 2023, 2023, H. I. 6 b); Waldner, RNotZ 2023, 450, 452; BeckOGK-BGB/Weber, Stand: 01.07.2025, § 925 Rdnr. 175.

<sup>119</sup> MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 36; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 54 Rdnr. 20.

<sup>120</sup> Dies zeigt sich gerade auch an § 54 Abs. 1 Satz 2 BGB, der die Geltung der Vorschriften über Gesellschaften für wirtschaftliche nicht-eingetragene Vereine vorsieht.

<sup>121</sup> KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24, in diesem Heft, S. 465, 466 f.; ebenso: Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 34; Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98f.; Staudinger/Schwennicke, § 54 Rdnr. 107.

<sup>122</sup> BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 227.



dass es keine Möglichkeit gibt, die entsprechende Person oder Personenmehrheit in das Grundbuch einzutragen.<sup>123</sup> Insoweit muss sich das formelle Recht dem materiellen beugen und daher eine Eintragung auch dann ermöglichen, wenn seine angestrebten Ziele hierdurch gefährdet werden.<sup>124</sup> Der BGH hat daher konsequent entschieden, dass ohne abweichende gesetzliche Bestimmung eine GbR allein unter ihrem Namen in das Grundbuch einzutragen war, soweit diese materiellrechtlich Grundeigentum erwerben kann.<sup>125</sup> Dieselben Überlegungen gelten für den nicht-eingetragenen Verein nach heutigem Recht.<sup>126</sup> Auch dieser ist materiellrechtlich in der Lage, Grundeigentum zu erwerben, sodass seine Eintragung in das Grundbuch möglich sein muss. Nicht anders ist für das Gesellschaftsregister<sup>127</sup> sowie die Gesellschafterliste der GmbH zu entscheiden, da es auch insoweit nicht denkbar ist, dass eine Eintragung allein aus formellen Gründen ausgeschlossen ist, obwohl der jeweilige Gesellschaftsanteil wirksam erworben wurde. Weil der nicht-eingetragene Verein sich nicht in das Vereinsregister eintragen lassen kann, ohne sein Wesen als Verein im Sinne des § 54 BGB zu verlieren, kann von ihm keine weitergehende Publizität verlangt werden, weshalb der nicht-eingetragene Verein allein unter seinem Namen in das jeweilige Objektregister zu übernehmen ist.<sup>128</sup> Dies stellt keine einzigartige Durchbrechung des Publizitätsgedankens dar, weil das Gesetz auch an anderer Stelle die Eintragung un durchsichtiger Gesellschaften und juristischer Personen ermöglicht. Dies gilt insbesondere für die Stiftung, für die bis zum 01.01.2026 kein Register existiert und sie deshalb nach außen nicht transparent ist. Auch nach dem Inkrafttreten der Regelungen über das Stiftungsregister bleiben einzelne Stiftungen vom Eintragungzwang ausgenommen,<sup>129</sup> was insbesondere für die kirchlichen Stiftungen gilt, die folglich auch weiterhin ohne Registerpublizität im Grundbuch und im Handelsregister vermerkt werden können.

Dass der Rechtsstand sachlich unbefriedigend ist, liegt auf der Hand.<sup>130</sup> Durch die mangelnde Transparenz lässt sich nicht erkennen, wer in der Lage ist, über die registrierte Rechtsposition zu verfügen, sodass die Verlässlichkeit und die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs hierdurch erheblich gefährdet werden. Darüber hinaus werden sich schwerwiegende Nachweisschwierigkeiten bei der Frage ergeben, wer tatsächlich organschaftlicher Vertreter des nicht-eingetragenen Vereins ist. An dieser Stelle wird sich das Grundbuchamt mit entsprechenden Versicherungen zu begnügen haben, da andernfalls wiederum der materiellrechtliche Erwerb verhindert würde, was allerdings ohne entsprechende Anordnung im materiellen Recht unzulässig ist.<sup>131</sup> Der Gesetzgeber wäre gleichwohl gut beraten, in dieser Sache in die bestehende Rechtslage einzutreten und entweder die Objektregisterfähigkeit des nicht-eingetragenen Vereins grundsätzlich auszuschließen und somit legislativ die Rechtsfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit zu beschneiden oder eine – stark eingeschränkte – Registerpublizität zu schaffen, die der nicht-eingetragene Verein erfüllen kann, ohne seine Stellung als Verein im Sinne des § 54 BGB zu verlieren.

Wollte man anders entscheiden und die Registerfähigkeit des nicht-eingetragenen Vereins negieren,<sup>132</sup> ergäben sich zugleich unlösbare Folgeprobleme, da nicht ausgeschlossen ist, dass der Verein gleichwohl Grundeigentum oder Gesellschaftsanteile erwirbt, was insbesondere dann der Fall wäre, wenn der Verein ohne Rechtspersönlichkeit als Erbe eingesetzt wird. Dann würden die Objektregister dauerhaft unrichtig bleiben, da der Verein als materiellrechtlicher Eigentümer nicht eingetragen werden könnte. Hieran kann allerdings kein Interesse bestehen, sodass es auch rechtspolitisch angezeigt ist, den Vereinen ohne Rechtspersönlichkeit die Möglichkeit zur Grundbucheintragung zu gewähren. Insoweit sollte lediglich eine begrenzte Registerpublizität geschaffen werden, um den Schutz des Rechtsverkehrs zu gewährleisten.

123 BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 227.

124 BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 227.

125 BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 227 ff.

126 Wie hier auch: Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 5. Aufl. 2023, § 13 Rdnr. 37; BeckOK-GBO/Holzer, § 47 Rdnr. 54; KEHE/Keller, § 4 Einl. Rdnr. 59; BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rdnr. 59.

127 Siehe zum Handelsregister auch: Hessler/Strohn/Gummert, Gesellschaftsrecht, § 162 HGB Rdnr. 6.

128 Wie hier: OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.06.2025, 2 W 47/25, BeckRS 2025, 13534 = in diesem Heft, S. 460 (LS); OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24, NZG 2025, 515, 516 f. = in diesem Heft, S. 465 (LS); OLG München, Beschluss vom 10.02.2025, 34 Wx 328/24e, in diesem Heft, S. 460 ff. m. Anm. Waldner; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 13 Rdnr. 37; Hessler/Strohn/Gummert, Gesellschaftsrecht, § 162 HGB Rdnr. 6; BeckOK-GBO/Holzer, § 47 Rdnr. 54; KEHE/Keller, § 4 Einl. Rdnr. 59; BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rdnr. 59.

129 Dazu Schwalm, npoR 2024, 50, 55.

130 Daher abl. auch Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 34; Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98 f.; Staudinger/Schwennicke, § 54 Rdnr. 107.

131 BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 227.

132 So KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24, in diesem Heft, S. 465, 466 f.; Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 34; Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98 f.; Staudinger/Schwennicke, § 54 Rdnr. 107.

# Praxisupdate Immobilienrecht<sup>1</sup>

Von Notar Michael Volmer, Aschaffenburg

Der Vortrag befasst sich mit zwei Entscheidungen zur Erforderlichkeit der familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung und zur gesetzlichen Vertretungsmacht des einen Elternteils, wenn der zweite bei innerfamiliären Verträgen von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. An Gesetzesänderungen sind § 1092 Abs. 3 BGB zu erwähnen sowie die geplante Neufassung des § 130 Abs. 2 BGB, wonach für den Zugang beurkundungsbedürftiger Willenserklärungen künftig der Zugang einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift genügen soll.

## I. Der nachteilig beschenkte Minderjährige

Ein Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14.03.2025<sup>2</sup> macht zunächst auf den im Vergleich zur früheren Rechtslage eingeschränkten Anwendungsbereich des § 1854 Nr. 4 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) aufmerksam, enthält darüber hinaus aber auch unerwartete Aussagen zur Vertretung minderjähriger Kinder bei innerfamiliären nachteiligen Rechtsgeschäften gem. § 1629 Abs. 2 BGB.<sup>3</sup>

Der Sachverhalt lässt sich leider aus der Argumentation des OLG nur schwer erschließen, zumal das Gericht selbst teils eine falsche Begrifflichkeit verwendet (etwa in Rdnr. 10: Bruchteileigentum statt, wenn überhaupt, erbengemeinschaftliches Miteigentum). Es ging wohl um Folgendes: Der Großvater hat, möglicherweise nach seiner Ehefrau,<sup>4</sup> zu einem Viertel geerbt. Er übertrug diesen ¼-Erbanteil zu gleichen Teilen an seine drei Enkelkinder, von denen im Zeitpunkt der Beurkundung zwei volljährig waren, eines jedoch minderjährig. Der Minderjährige wurde bei Beurkundung vertreten von dessen Vater (allein), nämlich „dieser handelt als nicht über § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossener Inhaber der elterlichen Sorge und zugleich hilfsweise als vollmachtnaher Vertreter [des Minderjährigen], sich insoweit dessen Zustimmung nach Erreichen der Volljährigkeit oder vorher die eines Ergänzungspflegers vorbehaltend.“

Jedes Enkelkind stellte den Großvater im Innenverhältnis von etwaigen Nachlassverbindlichkeiten frei. Jedes Enkelkind trat außerdem schon jetzt seinen erworbenen Anteil an seine Mutter, die Tochter des veräußernden Großvaters, ab,

aufschiebend bedingt auf den Eintritt *widriger Umstände*.<sup>5</sup> Da zum Erbe Grundbesitz gehörte, wurde die Grundbuchberichtigung beantragt. Das Grundbuchamt monierte mit Zwischenverfügung die fehlende familiengerichtliche Genehmigung sowie die fehlende Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger.

Das OLG Düsseldorf verneint in seiner Beschwerdeentscheidung erstens das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung.<sup>6</sup> § 1851 Nr. 2 oder 3 BGB seien nicht einschlägig, weil die bedingte Übertragung an die Mutter sich nicht auf eine angefallene Erbschaft bzw. Erbteil beziehe, sondern auf einen rechtsgeschäftlich erworbenen Erbteil. Aus dem gleichen Grunde handle es sich auch nicht um die Verfügung über eine Erbschaft. Wenn überhaupt, ginge es um das potentielle gesetzliche Erbe der Tochter, nicht der erwerbenden Enkelkinder. Eine Genehmigungspflicht ergebe sich auch nicht aus § 1854 Nr. 4 BGB. Jedenfalls nach der Novelle des Betreuungsrechts beziehe sich dieses Genehmigungserfordernis nämlich nicht auf jedwedes risikante Geschäft, sondern lediglich davor, für eine *wirtschaftlich fremde* Verbindlichkeit aufkommen zu müssen. Genehmigungspflichtig ist damit nur die Übernahme von Verbindlichkeiten, für die der Minderjährige subsidiär haftet und Regress nehmen kann. § 1854 Nr. 4 BGB ist nicht einschlägig, wenn die Übernahme der Verbindlichkeit gesetzliche Nebenfolge eines anderweitigen Hauptgeschäfts ist oder wenn der Minderjährige die Verbindlichkeit als Letztschuldner übernimmt, so etwa bei befreiender Schuldübernahme.<sup>7</sup>

Sodann stellte sich die Frage, ob der minderjährige Sohn von seinem Vater – allein – wirksam vertreten werden konnte. Die Erbteilsübertragung war wegen der Übernahme et-

- 5 Die genauen Umstände sind nicht mitgeteilt; es dürfte sich um einen Katalog parallel zu den üblichen Veräußerungsverboten/Rückforderungsrechten handeln. Abgesehen davon, dass die Wiedergabe der Notarurkunde in der Entscheidung keine Erbauseinandersetzung zu ideellem Miteigentum erwähnt, hätte diese Sicherung bei Bruchteileigentum auch nicht funktioniert.
- 6 Die Verweisungsanwendung gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB ist bei folgenden Ausführungen jeweils mitzudenken.
- 7 Grüneberg/Götz, 84. Aufl. 2025, § 1854 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/Schöpflin, Stand: 01.04.2025, § 1854 Rdnr. 19. Die Gesetzesdeologie ist vom Rechtsanwender hinzunehmen, überzeugt mich aber im Zusammenhang mit der familiengerichtlichen/betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht. Eine zu positive Einschätzung der Regressmöglichkeit mag auf der Ebene der Willensbildung zu berücksichtigen sein. Bei der familiengerichtlichen/betreuungsgerichtlichen Genehmigung geht es aber doch nicht oder jedenfalls nicht nur um die Kontrolle der inneren Willensbildung des Betreuers, sondern um die Auswirkungen auf das Vermögen des Betreuten/Minderjährigen. In diese Auswirkungen sollten besser auch gesetzliche Nebenfolgen und befreiende Schuldübernahmen einbezogen werden.

1 (Erweiterte) Schriftfassung des Vortrags, gehalten auf der 1. MittBayNot-Jahrestagung am 28.06.2025 in München, ergänzt um Nachweise und Vertiefung.

2 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.03.2025, 3 W 9/25, BeckRS 2025, 5993.

3 Zur teleologischen Reduktion bei rein vorteilhaften oder allenfalls neutralen Geschäften vgl. nur BeckOGK-BGB/Amend-Traut/Bongartz, Stand: 15.04.2025, § 1629 Rdnr. 46.

4 Die Person des Erblassers wird nicht mitgeteilt.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

waiger Nachlassverbindlichkeiten jedenfalls nicht ausschließlich vorteilhaft. Die teleologische Reduktion greift also nicht.

Das OLG Düsseldorf bejaht dies in bewusster Abkehr von § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB.<sup>8</sup> Es bezieht das dort auf beide Elternteile bezogene Vertretungsverbot bei innerfamiliären Rechtsgeschäften der in § 1824 BGB bezeichneten Art korrigierend nur noch auf den jeweils Verwandten, hier die Mutter. Das Gericht sucht auch keinen Ersatz für die ausgeschlossene Mutter, sondern nimmt ein Erstarken der gemeinschaftlichen Vertretungsberechtigung zur Alleinvertretungsberechtigung des verbleibenden Elternteils an. Das Gericht sieht sich in der inhaltlichen Übereinstimmung mit den Aussagen des BGH in einem Vaterschaftsanfechtungsverfahren.<sup>9</sup> Hier stellt sich die prozessuale Vorfrage, ob das Kind in den Vorinstanzen durch seine Mutter richtig vertreten worden war. Dies hat der BGH entgegen § 1629 Abs. 2 BGB bejaht. Das OLG Düsseldorf bezieht sich weiter auf das durch Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Elternrecht, in welches nicht weiter als erforderlich eingegriffen werden könne.<sup>10</sup>

Dasselbe Problem hatte der BGH demgegenüber in seiner Entscheidung zur Übertragung eines vermieteten Grundstücks an ein minderjähriges Kind anders gesehen und den Wortlaut des § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB mit Ausschluss beider Elternteile bekräftigt.<sup>11</sup>

Ob der BGH die Aussage des OLG Düsseldorf bestätigt, bleibt daher vorsichtig abzuwarten. Die Begründung überzeugt mich auch nicht. Der Wortlaut des § 1629 Abs. 2 BGB ist meines Erachtens eindeutig. Der Gesetzgeber hat die Norm auch in seinen Willen aufgenommen; eine Verwerfung als verfassungswidrig setzt deswegen mindestens ein Verfahren nach Art. 100 GG voraus, um einen etwaigen Grundrechtsverstoß durch das BVerfG feststellen zu lassen. Dabei wäre dann auch zu klären, ob nicht der rechtliche Nachteil, den das innerfamiliäre Rechtsgeschäft ja mit sich bringt, nicht besser nach wie vor zu einer staatlich vorgeschriebenen Kontrolle durch eine externe Personen – eben den Ergänzungspfleger – führen sollte. Die Geschäftsunfähigkeit des Minderjährigen schließt eine zeitnahe Kontrolle durch ihn selbst rechtlich wie mental-faktisch aus. Das Gesetz hat in anderem Zusammenhang, etwa bei der Inventarerrichtung auf Verlangen des Familiengerichts hinsichtlich Erbschaften, daraus Konsequenzen gezogen (§ 1640 BGB).

8 Leitsatz 3: „Der Ausschluss von der Vertretung des Kindes nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB gilt auch bei verheirateten Eltern nur für den Elternteil, in dessen Person die Voraussetzungen des § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB vorliegen. Der Vater des Kindes kann dieses daher bei Geschäften mit dem Großvater mütterlicherseits vertreten“.

9 BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875. Dazu BeckOGK-BGB/Amend-Traut/Bongartz, § 1629 Rdnr. 65, welche die Aussage des BGH für singulär halten.

10 Vgl. in dem Zusammenhang auch OLG Köln, Beschluss vom 16.09.2022, 2 Wx 171/22, MittBayNot 2023, 146, allerdings in einem Verfahren von nicht miteinander verheirateten Eltern.

11 BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, MittBayNot 2022, 443 Rdnr. 6.

Und es sei daran erinnert, dass bei der Beurkundung von Vorsorgevollmachten die eingeschränkte Überwachung des Bevollmächtigten nach Demenzbeginn häufig einen Hinweis wert ist. Also: Es liegt m. E. auch unter Berücksichtigung des verfassungsmäßigen Elternrechts noch in der Einschätzungsprärogative des einfachen Gesetzgebers, Vorkehrungen zu treffen, um das Kind vermögensrechtlich nicht zum Spielball seiner Eltern zu machen.

## II. Finanzierungsgrundschuld beim Betreuerverkauf

Beim Betreuerverkauf ist die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld des Erwerbers eine zusätzliche und selbstständige Verfügung des Betreuers, weil die rechtliche Wirkung der Willenserklärung gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber dem Vermögen des Betreuten eintritt. Daraus schloss die Grundbuchpraxis, dass dann auch die Finanzierungsgrundschuld einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, und zwar zusätzlich zur Genehmigung des Verkaufs.<sup>12</sup> Nach der Neuordnung des Kostenrechts ist das zwar kein Kostenproblem mehr, weil durch die allgemeine jährliche Verfahrensgebühr alle einzelnen gerichtlichen Handlungen gedeckt sind;<sup>13</sup> es ist aber lästig, wenn der Käufer bei Abschluss des Kaufvertrags noch nicht weiß, bei welchem Institut er letztlich finanziert und deswegen seine Finanzierungsgrundschuld noch nicht parallel beurkundet werden kann. Die Dauer des Genehmigungsverfahrens kann unter Umständen zum Käuferverzug führen.

Das OLG Düsseldorf hatte im Beschluss vom 01.08.2023 die Erforderlichkeit der gesonderten Genehmigung insgesamt infrage gestellt.<sup>14</sup> Dem ist jedoch das OLG Frankfurt a. M. entgegengetreten.<sup>15</sup> Die ausgesprochene gerichtliche Genehmigung erfasse weder nach der Formulierung noch nach der Handhabung des Verfahrens die nachfolgend bestellte Finanzierungsgrundschuld. Es handelt sich bei der Grundschrift vielmehr um eine separate Verfügung, die erneut kraft gesetzlicher Vorschrift genehmigungspflichtig sei. Die Erteilung der entsprechenden Finanzierungsvollmacht unterliege hingegen nicht der Genehmigungspflicht mangels gesetzlicher Grundlage, sodass auch nur auf die letztlich getroffene Verfügung hin eine Genehmigung sinnvoll möglich sei.

Eine Aussage des BGH, die insoweit für Klarheit in die eine oder andere Richtung sorgen könnte, steht noch aus.

Natürlich kann man sich als Vertragsgestalter die Aussage des OLG Düsseldorf zunutze machen und die Genehmi-

12 Für alle: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3688 (in Fn. 2054).

13 Vgl. GNotKG-KVNr. 11103 Anm. (1): Neben einer Jahresgebühr [KVNrn. 11101, 11102] werden Gebühren für einzelne Rechtshandlungen nicht erhoben.

14 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2023, I-3 Wx 86/23, FGPrax 2023, 244.

15 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.12.2024, 20 W 130/24, MittBayNot 2025, 239 (Ls) = RNotZ 2025, 222 = Rpflieger 2025, 272 mit zust. Anm. Zorn.



gung zur Finanzierungsgrundschuld als Vorab-Genehmigung nach § 1855 BGB (und e contrario § 1856 BGB) einholen, und zwar im Zusammenhang mit der nachträglichen Genehmigung zum Kaufvertrag, die weiterhin nach § 1856 BGB erfolgt. Die Vorab-Genehmigung ist kraft Gesetzes eröffnet und für einseitige Rechtsgeschäfte nach § 1858 Abs. 1 BGB als „Regelfall“<sup>16</sup> vorgesehen. Wer als Vertragsgestalter diesen Weg wählt, muss aber zwei Hindernisse überwinden: einerseits faktisch die Zurückhaltung der Betreuungsgerichte, Vorab-Genehmigungen auszusprechen. Regelmäßig verweisen die Betreuungsgerichte den Betreuer nämlich auf die vorherige notarielle Beurkundung, um den Vertrag dann tatsächlich final vor sich zu sehen. Dafür spricht immerhin, dass bei Vorab-Genehmigung keine nachfolgenden Korrekturen mehr möglich wären bzw. das Genehmigungsverfahren, wenn solche Korrekturen sich als erforderlich erweisen oder durch die notarielle Belehrung angestoßen werden, erneut durchlaufen werden müsste. Und zweitens müsste dann die Genehmigung in ihrer Tenorierung auch tatsächlich so ausgesprochen werden, also nicht lediglich „genehmigt wird Urkunde des Notars (...) UVZ Nr. (...) /2025“, sondern zusätzlich:

Genehmigt wird weiter die noch zu bestellende Grundschuld am Kaufobjekt der Urkunde UVZ Nr. (...) /2025 zugunsten X-Bank über (...)000 € nebst 15 % Jahreszinsen ab Datum der Beurkundung.

### III. Gesetzesreformen

#### 1. Abgabe einer Willenserklärung, Zugang und Zugangsverzögerung nach § 130 BGB n. F. mit Blick auf das elektronische Grundbuchverfahren

Das OLG Frankfurt a. M. hatte sich im Beschluss vom 29.06.2023<sup>17</sup> mit einem Fall aus der Notarpraxis zu befassen, wie er mit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Grundbuchverfahren alltäglich ist: Der Urkundsnotar holt eine Löschungsbewilligung zur Lastenfreistellung ein. Für die Bank gehen vertretungsberechtigte Bevollmächtigte zu einem für sie ortsnahen Notar, der deren Unterschriften beglaubigt und die Löschungsbewilligung (Urschrift in Papier) dem Urkundsnotar zuschickt. Eine Treuhandauflage war im konkreten Fall des OLG Frankfurt a. M. offenbar nicht gestellt. Der Urkundsnotar scannt die Löschungsbewilligung ein, beglaubigt sie elektronisch und übermittelt sie dem Grundbuchamt per XNP. Das Grundbuchamt meint, die Löschungsbewilligung werde erst dann wirksam, wenn sie „mit dem Willen des Erklärenden“ an das Grundbuchamt gelange,<sup>18</sup> mit anderen Worten: die Erklä-

rung muss abgegeben<sup>19</sup> worden sein. Dies, so das Grundbuchamt, könnte es aber nur dann prüfen, wenn die Löschungsbewilligung in Papier-Urschrift vorgelegt werde. Der digitale Scan, wenngleich beglaubigt, könnte auch ohne Wissen und Wollen des Erklärenden in Umlauf gelangt sein.

Zunächst: Wäre diese Aussage richtig, würde natürlich der gesamte elektronische Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt zusammenbrechen, weil nicht nur in Einzelfällen (Erbchein, Testamentsvollstreckungszeugnis, vollstreckbare Ausfertigung bei Eintragung von Sicherungshypothesen), sondern in einer signifikanten Häufigkeit zusätzlich zum elektronischen Antrag ein Papierdokument eingereicht werden müsste mit allem Aufwand, den ein doppelter Eingang bei den Grundbuchämtern an Verwaltung verursacht.

Ein *nota bene* am Rande: Wer bisher massiv mit diesem Problem der Doppeleinreichung kämpfen musste, waren die Vollstreckungsorgane nach Einführung des zwingend elektronischen Vollstreckungsauftrags bei gleichzeitiger Bindung der vollstreckbaren Ausfertigung an die Papierform (jedenfalls bis auf Weiteres). Wie sieht die Lösung des Gesetzgebers aus? Es wird teils auf die Vorlage der vollstreckbaren Ausfertigung verzichtet (§ 754a ZPO).

Das OLG Frankfurt a. M. hilft, weil der Beglaubigungsvermerk (bewusst oder unbewusst sei dahingestellt) gut gefasst war. Der Urkundsnotar hatte die Übereinstimmung „mit dem ihm vorliegenden Original“ bestätigt, was beinhaltet, dass er das Papierdokument in der Hand hatte. Daraus wiederum, so das OLG, müsse das Grundbuchamt wie aus der Einreichung des Papierdokuments bei sich selbst rückschließen, dass dieses dann wohl mit Willen des Erklärenden in Umlauf gelangt sei.

Ob sich anderes ergibt, wenn Treuhandauflagen gestellt worden seien, lässt das OLG Frankfurt a. M. ausdrücklich dahingestellt. Schon dieser Einwand, wiewohl vom Grundbuchamt aufgeworfen, ist nicht verständlich, weil die Treuhandauflage ja in allen Fällen nur vom Notar und nicht vom Grundbuchamt zu überprüfen ist und dies auch vor Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Grundbuchämtern schon so war. In aller Regel geht es bei den Treuhandauflagen auch um Ereignisse, die sich der Form des § 29 GBO völlig entziehen, etwa bei Zahlungen.

Offen ist auch, wie die Abgabe nachzuweisen ist, wenn der Beglaubigungsnotar dem Urkundsnotar die Löschungsbewilligung nicht in Papier, sondern von vornherein nur als elektronisch beglaubigte Abschrift schickt, um den Postverkehr zu beschleunigen und um die Anfertigung des Scans dahin zu verlagern, wo sie noch am einfachsten zu handhaben ist, nämlich bei sich, dem Beglaubigungsnotar, selbst. Der muss jedenfalls bei Beglaubigungen mit Entwurf den Scan sowieso für das Urkundenarchiv scannen. Und auch bei Beglaubigungen ohne Entwurf wird häufig noch für das Urkundsarchiv gescannt.

Zunächst: In dem der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. zugrunde liegenden Sachverhalt, der im ersten Monat nach

<sup>16</sup> Andernfalls könnte das einseitige Rechtsgeschäft zurückgewiesen werden und wäre dann unwirksam.

<sup>17</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.06.2023, 20 W 130/23, MittBayNot 2025, 333 m. Anm. Kloiber.

<sup>18</sup> OLG Brandenburg, Beschluss vom 24.06.2002, 8 Wx 46/01, FGPrax 2003, 54; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rdnr. 21.

<sup>19</sup> BeckOGK-BGB/Rehberg, Stand: 01.05.2025, § 116 Rdnr. 135.

Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Grundbuchämtern in Hessen spielte, war die Urschrift dem Urkundsnotar in Papier zugegangen; auch nur darüber hatte das OLG Frankfurt a. M. zu befinden.

Soweit ersichtlich, gibt es keine Aussage - aber eben auch keine Zwischenverfügung - zu einer elektronischen Übermittlung zwischen beiden Notaren und anschließender Weiterleitung an das Grundbuchamt. Allerdings findet sich in der neueren Kommentarliteratur auch keine ausdrückliche Aussage, wonach die Prüfungspflicht des Grundbuchamts hinsichtlich des willentlichen Inverkehrbringens durch Erfordernisse des elektronischen Rechtsverkehrs eingeschränkt sei.<sup>20</sup>

Als Grundlage für eine entsprechende tatsächliche Vermutung kann aber immerhin die Amtspflicht und das weisungsgebundene Handeln des Notars dienen.<sup>21</sup> Die Herausgabe von Vermerken oder von Urkundsabschriften (§§ 45a Abs. 2, 51 Abs. 2 BeurkG) erfolgt außerhalb gesetzlicher Pflichten nur auf Weisung des/der Beteiligten, nicht willkürlich. Gerade im Verkehr zwischen Notaren untereinander sowie zwischen Notar und Grundbuchamt kann davon ausgegangen werden, dass die Weitergabe von Erklärungen (Bewilligungen und Anträgen) durch entsprechende Weisung gedeckt ist.

Ein Weiteres kommt hinzu: Im Zuge der Einführung einer Präsenzbeurkundung, die nach dem Platzen der Ampel-Koalition und Neuwahlen nun wieder auf die Agenda kommt und voraussichtlich zum Jahreswechsel erlassen werden soll,<sup>22</sup> fördert der Gesetzgeber den elektronischen Rechtsverkehr nochmals,<sup>23</sup> wie schon in der ZPO, indem er § 130 BGB um Abs. 2 ergänzt:

„Eine Willenserklärung, die notariell beurkundet oder öffentlich beglaubigt wurde, wird auch wirksam, wenn dem Erklärungsempfänger eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urschrift zugeht.“

Der Formulierung nach geht es zwar um den Zugang. Der Gesetzgeber korrigiert damit die Rechtsprechung des BGH (vor allem zum Rücktritt vom Erbvertrag<sup>24</sup>), die für formbedürftige Rechtsgeschäfte den Zugang in Ausfertigung oder Original verlangte und beglaubigte Abschriften nicht zuließ.

20 Etwa KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, § 19 GBO Rdnr. 120 ff.

21 BeckOGK-BGB/Regler, Stand: 15.03.2025, § 53 BeurkG Rdnr. 2, 21, 31.

22 Bisheriger Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer elektronischen Präsenzbeurkundung, BT-Drucks. 20/11849 vom 17.06.2024.

23 Man könnte auch sagen: Was digital nicht passt, wird passend gemacht.

24 Siehe das Fallmaterial, welches die Begründung zitiert: BGH, Urteil vom 28.09.1959, III ZR 112/58, DNotZ 1960, 260; BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, DNotZ 1962, 324; BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, DNotZ 1968, 360; BGH, Urteil vom 07.06.1995, VIII ZR 125/94, MittBayNot 1995, 274.

Dabei wurde der Inhalt der Willenserklärung schon immer durch eine beglaubigte Abschrift genauso erbracht wie durch eine Ausfertigung.<sup>25</sup> Insoweit ist die unmittelbare Aussage des § 130 Abs. 2 BGB durchaus richtig. Die Novelle verlangt aber besonderes Augenmerk, wenn die Abgabe vorerst verzögert werden soll.<sup>26</sup> Elektronische Abschriften sind wesentlich schlechter bis gar nicht in ihrer Verbreitung zu kontrollieren. Andererseits besteht häufig Zwang zur Erstellung elektronischer digitaler Abschriften. Natürlich ändert § 130 Abs. 2 BGB an der dogmatischen Anschauung der Willenserklärung (Trias von willensgetragenen rechtserheblichen Äußerungen, Abgabe und Zugang) nichts. Aber der Erklärende muss sich darüber bewusst sein, dass der Nachweis der Nichtabgabe fast nicht mehr zu führen sein wird, wenn der Empfänger diese Erklärung digital erhalten hat, und sei es auch nur auf Umwegen.

## 2. § 1092 Abs. 3 BGB

§ 1092 Abs. 3 BGB wurde neu gefasst, um beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, die auf Halten einer Anlage von erneuerbaren Energien oder zur Erzeugung von Wasserstoff gerichtet sind, übertragbar zu gestalten.<sup>27</sup> Der Gesetzgeber wollte damit Vertragsgestaltung und Rechtsverkehr erleichtern. Ob ihm dies gelungen ist, sei dahingestellt, denn in jedem Fall besteht der Dualismus von Abtretung der Dienstbarkeit und Übereignung der Anlage (diese als Scheinbestandteile und damit als bewegliche Sache nach § 929 BGB) fort. Die Dienstbarkeit ist nach wie vor kein grundstücksgleiches Recht. Damit kann zwar der Anlagenbetreiber seine Dienstbarkeit leichter abtreten. Für eine finanziierende Bank bleibt aber das Problem, dass sie parallel zur Sicherungsübereignung der Anlage auch Zugriff auf die Dienstbarkeit erhalten und deren Abtretung verlassen können muss. Wie das passieren soll, lässt das Gesetz offen.

Ausgeschlossen vom Kreis der abtretungsberechtigten Inhaber sind nach wie vor natürliche Personen, auch Einzelkaufleute. Damit kann zwar an natürliche Personen abgetreten werden, nicht aber von natürlichen Personen. Für einen Altfall hat dies das OLG München zu Recht bestätigt.<sup>28</sup>

Abtretbar sind Dienstbarkeiten auf der Grundlage von Bewilligungen nach dem 17.10.2024.<sup>29</sup> Man muss also immer auf das Bewilligungsdatum achten. Dies ist einer der wenigen Fälle von Grundbucheintragungen, in denen dieses Datum einen ganz maßgeblichen Aspekt hat. Die Abtretbarkeit wird im Grundbuch nicht vermerkt, da sie nur die Gesetzeslage wiederholen würde. Die Abtretbarkeit kann ausgeschlossen werden, was bei potenziell abtretbaren Rechten

25 Das erkennt auch BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, DNotZ 1962, 324 an.

26 Etwa BGH, Urteil vom 10.07.2013, IV ZR 224/12, MittBayNot 2014, 253.

27 Genaue Definition in § 1092 Abs. 3 Nr. 1, 2 BGB. Die Nr. 3-6 übernehmen die bisherige Regelung.

28 Beschluss vom 11.01.2024, 34 Wx 1/24e, MittBayNot 2025, 135.

29 Weitere Einzelheiten bei Böhringer, ZfIR 2025, 478.

dann auch im Grundbuch zu vermerken wäre. In allen anderen Fällen ändert sich an der Grundbucheintragung nichts; das Grundbuchamt hat auch bei Eintragung nichts weiter zu prüfen. Alle Zweifelsfragen sind erst aufgeworfen, wenn eine Abtretung zum Vollzug beantragt wird. Im Übrigen ist der Vollzug der Abtretung bekannt: Formerfordernisse bestehen weder für das schuldrechtliche Geschäft noch für die dingliche Einigung. Lediglich die Bewilligung des Zedenten als grundbuchverfahrensrechtliche Handlungsgrundlage des Grundbuchamtes (Bewilligungsgrundsatz) bedarf der Form des § 29 GBO. Ebenfalls nachzuweisen wäre eine Eigentümer-

zustimmung, wenn dies als Rechtsinhalt festgelegt wurde.

Für die Eintragung der Photovoltaikdienstbarkeit richtet sich der Geschäftswert nicht nach der Einspeisevergütung und auch nicht nach der Investition, sondern nach dem gezahlten Entgelt, weil dies die Bedeutung für den Dienstbarkeitsberechtigten monetär widerspiegelt.<sup>30</sup> Das ist bei der Abtretung meines Erachtens ähnlich zu sehen. Die Einspeise-

<sup>30</sup> Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 2032; OLG Rostock, Beschluss vom 05.10.2020, 3 W 98/20, ZNotP 2021, 355.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

# Praxisupdate Erbrecht – Aktuelle Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte

Von Notar Dr. Dietmar Weidlich, Roth b. Nürnberg

Das Praxisupdate behandelt für die notarielle Praxis bedeutsame Entscheidungen des BGH und der Obergerichte aus jüngerer Zeit. Hervorzuheben sind dabei mehrere Entscheidungen zu Fragen der Erbausschlagung und der Fortgeltung von Erbregelungen trotz Scheidung der Ehegatten. Auch das Thema „Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses“ hat die Gerichte wieder mehrfach beschäftigt. Dies belegt, dass im Umgang mit der Erstellung von solchen Verzeichnissen erhebliche Probleme bestehen.

## I. Erbausschlagung

### 1. Genehmigungsfreiheit einer lenkenden Ausschlagung durch die Eltern (BGH, Beschluss vom 04.09.2024, IV ZB 37/23, DNotZ 2025, 55)

Nach § 1643 Abs. 1 in Verbindung mit § 1851 Nr. 1 BGB bedürfen Eltern für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie für den Verzicht auf einen Pflichtteil grundsätzlich der Genehmigung des Familiengerichts. Keine Genehmigung ist nach § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlich, wenn der Anfall an den Minderjährigen erst infolge der Ausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils eintritt. Trotz des Wortlauts des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB verneinte bisher ein Teil der Rechtsprechung und Literatur die Genehmigungsfreiheit im Falle einer selektiven Ausschlagung und teilweise auch bei Vorhandensein eines werthaltigen Nachlasses und schränkte den An-

wendungsbereich der Vorschrift aufgrund einer teleologischen Reduktion ein.<sup>1</sup> Die gesetzgeberische Vermutung eines Interessengleichklangs zwischen Eltern und Kind soll hier durch die (objektive) Lenkung des Nachlasses in eine bestimmte Richtung und die dadurch erfolgende (erbrechtliche) Ungleichbehandlung der minderjährigen Kinder widerlegt sein. In vielen Fällen wäre damit der im Vergleich zu einer Übertragung der Erbschaft oft einfachere, kostengünstigere und steuerlich vorteilhaftere Weg einer Erbausschlagung verbaut, da bei einem werthaltigen Nachlass nicht mit einer Genehmigung des Familiengerichts gerechnet werden kann.

Der BGH lehnt eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB ab. Eine ausnahmsweise zulässige richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setze eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus. Nach dem BGH gebieten weder der Gesetzgeberwille und

<sup>1</sup> KG, Beschluss vom 13.03.2012, 1 W 747/11, NJW-RR 2012, 976; früher auch OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13, MittBayNot 2014, 350; MünchKomm-BGB/Huber, 9. Aufl. 2024, § 1643 Rdnr. 14; für Genehmigungsfreiheit dagegen OLG Hamm, Beschluss vom 28.06.2018, II-11 WF 112/18, NJW 2018, 3526; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.04.2011, 20 W 374/09, FamRZ 2012, 664; OLG Köln, Beschluss vom 26.04.2012, II-12 UF 10/12, DNotZ 2012, 855; Sagmeister, ZEV 2012, 121, 124.

die Entstehungsgeschichte der Norm noch Sinn und Zweck der Regelung zur Befreiung vom Genehmigungserfordernis für den Fall, dass die Erbschaft dem Minderjährigen erst infolge der Ausschlagung seines sorgeberechtigten Elternteils eintritt, eine Beschränkung ihres Anwendungsreichs, da sich der Gesetzgeber bewusst gegen ein Genehmigungserfordernis in Fällen der hier in Rede stehenden Art entschieden hat. Auch Gründe der Rechtssicherheit und -klarheit, die Regelung in § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB und ein fehlendes, über die bestehenden Regelungen hinausgehendes Schutzbedürfnis des Minderjährigen sprechen gegen ein Genehmigungserfordernis. Ein Interessenkonflikt ist ggf. im Einzelfall nach den Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) zu lösen, wofür im konkreten Fall des BGH keine Anhaltspunkte bestanden.<sup>2</sup> Wann ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB vorliegt, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Entsprechend der Entscheidungsbegründung des BGH dürfte ein solcher in der Regel, insbesondere bei Vorliegen eines Berliner Testaments, nicht in Betracht kommen.<sup>3</sup>

## **2. Erbausschlagung durch einen Betreuer (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.07.2024, 14 W 28/24, NJW-RR 2024, 1465)**

Eine notwendige gerichtliche Genehmigung für eine durch den Betreuer vorgenommene Erbausschlagung (§ 1851 Nr. 1 BGB) kann innerhalb der Ausschlagungsfrist dem Nachlassgericht nachgereicht werden. Die Erbausschlagung ist nach § 1858 Abs. 3 Satz 1 BGB schwebend unwirksam. Wird die Genehmigung erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist erteilt, ist dies unschädlich, wenn die Genehmigung während der Ausschlagungsfrist angeregt wurde, weil der Ablauf der Ausschlagungsfrist während des Genehmigungsverfahrens gehemmt ist, was nunmehr § 1858 Abs. 3 Satz 3 BGB ausdrücklich anordnet. Die Hemmung der Frist endet erst mit Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses (§ 1858 Abs. 3 Satz 4, § 1855 BGB, § 40 Abs. 1 FamFG). Vor der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 01.01.2023 war zudem angenommen worden, dass die Ausschlagungserklärung unwirksam sei, wenn nicht der gesetzliche Vertreter, sondern das Familien- oder Betreuungsgericht dem Nachlassgericht direkt mitgeteilt hatte, dass die Genehmigung erteilt worden ist (§§ 1828, 1829 BGB).<sup>4</sup> Diese Rechtsprechung ist nach dem Wortlaut des neu geschaffenen § 1858 Abs. 3 Satz 5 BGB obsolet. Danach muss das für die Genehmigung zuständige Gericht selbst dem Nachlassgericht die rechtskräftige nachträgliche Genehmigung mitteilen. Das Rechtsgeschäft wird schon mit Rechtskraft der Genehmigung wirksam (§ 1858 Abs. 3 Satz 2 BGB), was allerdings voraussetzt, dass die Erbausschlagungserklärung als amtsempfangsbedürftige Willenserklärung beim Nachlassge-

richt bereits eingegangen ist. Nach dem OLG Karlsruhe findet das neue Recht ab dem Inkrafttreten der Reform am 01.01.2023 Anwendung. Da die Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (Art. 229 § 54 EGBGB) für genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte bzw. laufende Genehmigungsverfahren keine Sonderbestimmungen enthält, gilt die Neuregelung auch bei Erteilung der Genehmigung nach dem 01.01.2023 unabhängig davon, wann das genehmigungspflichtige Rechtsgeschäft vorgenommen bzw. das Genehmigungsverfahren eingeleitet worden ist.<sup>5</sup>

## **3. Hemmung der Ausschlagungsfrist bei vom Notar verschuldeten Verzögerungen (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 21.08.2024, 5 W 46/24, NJW-RR 2024, 1396)**

Bezüglich der Ausschlagungsfrist hat das OLG Saarbrücken entschieden, dass der Lauf der sechswöchigen Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 206 BGB wegen höherer Gewalt gehemmt sein kann, wenn der verätzte Zugang auf einem Verschulden des Notars beruht, der es übernommen hat, die von ihm beurkundete Erklärung beim Nachlassgericht einzureichen. In einem solchen Fall dürfen sich die Ausschlagenden darauf verlassen, dass er dieser Amtspflicht sorgfältig und gewissenhaft nachkommen wird.<sup>6</sup> Der Notar hatte die Ausschlagungserklärung trotz Kenntnis der fortgeschrittenen Anfechtungsfrist nicht unverzüglich bei Gericht eingereicht, sondern die Erklärung ging erst am letzten Tag der Ausschlagungsfrist bei der Hauptpost ein und erreichte das Nachlassgericht erst einen Tag nach Ablauf der Ausschlagungsfrist. Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte die Erklärung das Nachlassgericht erheblich früher und zwar unter großzügiger Berücksichtigung von Bearbeitungs- und Postlaufzeiten mindestens drei Tage vor Ablauf der Ausschlagungsfrist erreicht. Ab diesem Zeitpunkt war daher die laufende Ausschlagungsfrist wegen höherer Gewalt bis zum tatsächlichen Eingang der Erklärung beim Nachlassgericht gehemmt, sodass die Frist beim tatsächlich erfolgten Eingang der Erklärung beim Nachlassgericht noch nicht abgelaufen war.

## **II. Erbe trotz Scheidung? – eine unterschätzte Gefahr**

### **1. Erbeinsetzung vor der Eheschließung (BGH, Beschluss vom 22.05.2024, IV ZB 26/23, DNotZ 2024, 927 und OLG Celle, Beschluss vom 27.01.2025, 6 W 148/24, NJW-RR 2025, 392)**

#### **a) Auswirkungen der Scheidung**

Das Erbrecht des Ehegatten ist an den Bestand der Ehe beim Erbfall gebunden. Er verliert es, wenn seine Ehe durch

2 Dazu Baumann, DNotZ 2012, 803, 808 f.

3 Lamberz, NZFam 2024, 1076, 1077; Milzer, NJW 2024, 3726, 3727; Fehrmann, RFamU 2024, 566, 569.

4 Siehe OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2018, 21 W 56/18, ZEV 2019, 21; OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.03.2021, 13 WF 14/21, ErbR 2021, 610, 611.

5 So auch BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.02.2025, § 1851 Rdnr. 48.

6 KG, Beschluss vom 20.10.1958, I W 1606/58, NJW 1959, 295 m. w. N.



rechtskräftiges Urteil vorher aufgelöst wurde.<sup>7</sup> Kam es in einem bereits rechtshängig gemachten gerichtlichen Verfahren aber nicht mehr zur Auflösung einer gescheiterten oder fehlerhaft zustande gekommenen Ehe, soll es nicht vom Zufall abhängig sein, ob der Erblasser noch die Rechtskraft eines eheauflösenden Urteils erlebt. Deshalb bestimmt § 1933 BGB, dass unter gewissen Voraussetzungen bereits die auf Scheidung (Aufhebung) gerichteten Prozesshandlungen des Erblassers Auswirkungen auf das gesetzliche Erbrecht seines Partners haben. Für die gewillkürte Erbfolge gelten entsprechende Regelungen, nämlich für Testamente die §§ 2077, 2268 BGB und für Erbverträge § 2279 BGB. Dabei handelt es sich allerdings nur um Auslegungsregeln vorbehaltlich eines anderen Willens des Erblassers. Im Übrigen ist zu beachten, dass im Einzeltestament nach § 2077 Abs. 1 BGB nur die Zuwendung an den Ehegatten entfällt und für die sonstigen getroffenen Verfügungen von Todes wegen § 2085 BGB gilt,<sup>8</sup> während beim Erbvertrag die vertragsmäßigen Verfügungen von Todes wegen entfallen (§ 2298 Abs. 1 BGB; für einseitige Verfügungen von Todes wegen gilt § 2085 BGB) und das gemeinschaftliche Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam wird (§ 2268 Abs. 1 BGB).

b) Entsprechende Anwendung des § 2077 BGB auf Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Eine entsprechende Anwendung des § 2077 BGB auf Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft scheidet nach ganz herrschender Auffassung aus, wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft aufgelöst wird, ohne dass es zu einer Eheschließung gekommen ist.<sup>9</sup> Umstritten war bisher die Frage, ob dies bei einer späteren Eheschließung und deren anschließender Scheidung anders zu sehen ist. Für den Fall, dass der Erblasser und der Bedachte im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung nicht verheiratet oder verlobt waren und auch kein hinreichender Bezug der Verfügung zu einer späteren Eheschließung vorliegt, schließt sich der BGH den Stimmen an, die eine direkte oder analoge Anwendung des § 2077 Abs. 1 BGB ablehnen. Nach dem BGH fehlt es angesichts der Vielgestaltigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften an einer mit der allgemeinen Lebenserfahrung begründbaren dahingehenden Vermutung, wie sie der Regelung des § 2077 BGB für den Fall einer nachträglich eintretenden wesentlichen Veränderung in den Beziehungen von Erblasser und Bedachtem zugrunde liegt. Der Vielgestaltigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften hinsichtlich ihrer Ausgestaltung lässt sich kein Regelfall einer solchen Motivation des Erblassers für eine letztwillige Verfügung zugunsten seines nichtehelichen Lebensgefährten entnehmen. Die nichtehelichen Lebensgefährten unterlassen eine rechtliche Bindung ihrer Beziehung bewusst und verknüpfen daher – jedenfalls in der Regel – mit dem Ende ihrer Beziehung gerade keine

7 Grüneberg/Weidlich, 84. Aufl. 2025, § 1931 Rdnr. 3.

8 Siehe OLG Hamburg, Beschluss vom 01.07.2015, 2 W 19/15, NJW-RR 2015, 1419.

9 Siehe BGH, Beschluss vom 10.07.2019, IV ZB 22/18, MittBayNot 2020, 184, 185.

Rechtsfolgen. Sie gehen daher auch nicht von einer „automatischen“ Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung zugunsten ihres Lebensgefährten aus. Die Regelung kann folglich auch nicht durch richterliche Rechtsfortbildung im Wege der Analogie zum allgemeinen Prinzip für letztwillige Zuwendungen an nichteheliche Lebensgefährten erhoben werden.<sup>10</sup> Auch eine spätere Eheschließung rechtfertigt nicht grundsätzlich den Schluss auf einen auf den Wegfall der letztwilligen Verfügung im Scheidungsfall gerichteten Willen des Erblassers, der seinen nichtehelichen Lebensgefährten bedacht hat, jedenfalls dann nicht, wenn ein Bezug der Verfügung zur Eheschließung fehlt. Eine allgemeine Veränderung der Feststellungs- und Beweislast über eine Analogie zu § 2077 Abs. 1 und 2 BGB ist nicht gerechtfertigt.

Neben Zustimmung<sup>11</sup> hat die Entscheidung des BGH auch Kritik erfahren, da die Vorschrift des § 2077 BGB in Anlehnung an § 1933 BGB auf dem Gedanken beruht, dass der Scheidung eine so gravierende Störung in den Beziehungen der Ehegatten zugrunde liegt, dass sie nach dem hypothetischen Willen des Erblassers zu einem Entfallen der Erbberechtigung des Ehegatten führt.<sup>12</sup>

Nicht entschieden und ausdrücklich offen gelassen hat der BGH in seiner Entscheidung die Fallkonstellation, dass der Erbvertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wird, zu dem die Erbvertragsparteien bereits eine Eheschließung beabsichtigen. Das OLG Celle hat inzwischen die analoge Anwendbarkeit des § 2077 Abs. 1 BGB in einem Fall befürwortet, in dem der Erbvertrag am selben Tag wie der Ehevertrag beurkundet wurde und zwischen dem Abschluss des Erbvertrags und der anschließenden Eheschließung nur ein geringer zeitlicher Abstand von vier Tagen bestand. Angeichts der zeitlichen Verbindung beider Verträge mit einer inhaltlichen Bezugnahme auf die später geschlossene Ehe und der Nähe zum Eheschließungsstermin konnte das Gericht von einem Verlöbnis ausgehen, welches als eine für die Anwendbarkeit des § 2077 Abs. 1 BGB ausreichende familienrechtliche Bindung angesehen wird. Auch wenn § 2077 Abs. 2 BGB nur den Fall der Auflösung des Verlöbnisses regelt, findet nach herrschender Meinung die Auslegungsregel des § 2077 Abs. 1 BGB auch dann Anwendung, wenn der Erblasser und die bedachte Person im Zeitpunkt der Testamentserrichtung verlobt waren und erst danach geheiratet haben.<sup>13</sup>

10 Siehe auch BGH, Beschluss vom 02.04.2003, IV ZB 28/02, MittBayNot 2004, 48 in Bezug auf Zuwendungen an Schwiegerkinder.

11 Zimmer, NJW 2024, 2540; Litzenburger, FD-ErbR 2024, 813346.

12 Weidlich, ZEV 2024, 610; Keim, DNotZ 2025, 932, 933; krit. auch Muscheler, ErbR 2024, 689.

13 BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 03.05.1961, V ZR 154/59, FamRZ 1961, 364, 366; BeckOGK-BGB/Harke, Stand: 01.04.2025, § 2077 Rdnr. 8.

## 2. Erbenstellung trotz Aufhebung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (OLG München, Beschluss vom 25.06.2024, 31 Wx 250/18, ZEV 2024, 760)

In der Entscheidung des OLG München hatte die Erbenstellung trotz Aufhebung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft weiterhin Bestand.<sup>14</sup> Der Erblasser lebte in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (§ 1 LPartG). Fünf Jahre nach Begründung dieses Status bestimmte er seinen Lebenspartner testamentarisch zum Alleinerben. Weitere fünf Jahre später endete die Lebenspartnerschaft, weil der Alleinerbe aufgrund Pflegebedürftigkeit und Krankheit zu seiner Tochter zog. Nach § 2077 Abs. 3 BGB bleibt eine Erbinsetzung trotz Auflösung einer Ehe wirksam, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde. Gleiches gilt für eine eingetragene Lebenspartnerschaft bei deren Aufhebung (siehe § 10 LPartG). Die Auflösung der Partnerschaft erfolgte im Fall des OLG München nicht in dem Bewusstsein, dass die Gemeinschaft beendet sein sollte. Vielmehr drohte aufgrund des rechtlichen Status der Partnerschaft, dass der Erblasser für Gesundheits- und Behandlungskosten des Alleinerben hätte haften müssen, was vermieden werden sollte. Das OLG München ging daher davon aus, dass der Fortgeltungswille hinsichtlich der letztwilligen Verfügung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprach.

## 3. Gestaltungsfragen

Die vorstehenden Fälle verdeutlichen, dass es Konstellationen geben kann, wonach trotz Scheidung ein geschiedener Ehegatte dennoch und ggf. auch ungewollt Erbe wird. *Keim* weist darauf hin, dass bei einem „handwerklich“ sauberen Erbvertrag nicht verheirateter Partner auf die Vereinbarung eines freien Rücktrittsrechts (§ 2293 BGB), welches ggf. auch nach einer Eheschließung weitergilt, im Regelfall nicht verzichtet werden sollte.<sup>15</sup> In den Fällen des BGH und des OLG Celle war ein derartiges Rücktrittsrecht nicht ersichtlich.

Im Fall der Trennung bleibt damit eine gegenseitige Erbinsetzung nach ihrem Wortlaut nicht nur wirksam, sondern auch bindend. Lehnt man eine direkte oder analoge Anwendbarkeit des § 2077 Abs. 1 BGB ab, kommt für die Vertragsparteien im Falle der Trennung oder Scheidung nur noch die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Motivirrtums (§§ 2279, 2281, 2078 Abs. 2 BGB) in Betracht,<sup>16</sup> die dem Anfechtenden den Nachweis einer Fehlvorstellung des Erblassers und ihrer Kausalität für die Verfügung abverlangt.<sup>17</sup> Bei Erbverträgen wird eine Anfechtung durch den Erblasser bzw. die gesetzlichen Erben häufig daran scheitern, dass das bestehende Anfechtungsrecht des Erblassers auf-

grund Ablaufs der einjährigen Anfechtungsfrist bereits erloschen ist (§ 2283 Abs. 1, § 2285 BGB).

Um Missverständnissen und Fehlvorstellungen vorzubeugen, bietet es sich daher häufig an, in Erbregelungen zugunsten nichtehelicher Lebensgefährten, ggf. auch zugunsten von Ehegatten und auch soweit diese durch ein Einzeltestament erfolgen, ein an § 2077 Abs. 1 BGB angelehntes automatisches Entfallen der Erbinsetzung oder einer anderweitigen Zuwendung bei künftiger Eheschließung mitaufzunehmen.<sup>18</sup>

Formulierungsvorschlag:

Sämtliche in dieser Urkunde getroffenen erbrechtlichen Verfügungen, mit Ausnahme der Aufhebung früherer Verfügungen, werden unwirksam, wenn (nach Eheschließung) die Ehe vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist oder ein Ehegatte zur Zeit des Erbfalls berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, oder zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Scheidungsantrag eines Ehegatten – gleich von welchem und aus wessen Grund – rechtshängig war.

## III. Grundstücksverfügungen durch den Testamentsvollstrecker (BGH, Beschluss vom 19.10.2023, V ZB 8/23, MittBayNot 2024, 445)

Beruhrt die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es für Eintragungen im Grundbuch zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, wenn an Stelle des Erbscheins oder des Europäischen Nachlasszeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung (§ 35 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO) sowie ein Nachweis über die Amtsannahme (§ 2202 BGB)<sup>19</sup> vorgelegt werden. Das Grundbuchamt darf zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.

Im Fall des BGH erfolgte beim Verkauf eines Grundstücks zuerst die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers aufgrund einer Bewilligung des Testamentsvollstreckers (§§ 19, 40 Abs. 2 GBO, § 2205 BGB) ohne Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 35 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 GBO). Zum Zeitpunkt des Antrags auf Eigentumsumschreibung auf den Käufer waren dem Grundbuchamt durch das Nachlassgericht Zweifel an der Testierfähigkeit mitgeteilt worden. Da zu solchen Ermittlungen nicht das Grundbuchamt, sondern allein das Nachlassgericht befugt ist, musste das Grundbuchamt nun das

14 Siehe hierzu auch *Bonefeld*, RFamU 2024, 356.

15 *Keim*, DNotZ 2024, 932, 933.

16 Siehe MünchKomm-BGB/*Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 2077 Rdnr. 16; *R. Kössinger/Zintl* in *Kössinger/Najdecki/Zintl*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl. 2024, § 14 Rdnr. 170.

17 Siehe BeckOGK-BGB/*Harke*, § 2077 Rdnr. 11.

18 Zu weiteren Einzelheiten und Gestaltungsmöglichkeiten siehe *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 5. Aufl. 2014, § 30 Rdnr. 126 ff. mit Formulierungsvorschlägen.

19 Siehe hierzu *Grünberg/Weidlich*, § 2201 Rdnr. 1.



Verfahren vor dem Nachlassgericht abwarten und die Eintragung der Eigentumsumschreibung davon abhängig machen, dass die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, welcher auch die Auflassung erklärt hatte, durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen wird. Hält das Nachlassgericht das Testament für unwirksam, entfaltet die Entscheidung jedenfalls Tatbestandswirkung für das Grundbuchverfahren, sodass eine Eigentumsumschreibung auf den Käufer unterbleiben muss. Da die Vorlage der notariellen Erbregelung in Verbindung mit der Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts keinen öffentlichen Glauben vermittelt,<sup>20</sup> besteht für einen den Kaufpreis zahlenden Käufer kein Schutz, auch nicht aufgrund der eingetragenen Auflassungsvormerkung. Wenn der Testamentsvollstrecker nicht wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, kommt kein wirksamer Kaufvertrag zustande. Wegen des Fehlens eines schuldrechtlichen Anspruchs des Käufers auf Eigentumsverschaffung ist damit auch keine Vormerkung entstanden.<sup>21</sup>

Wird dagegen ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorgelegt, so reicht der öffentliche Glaube nach § 2368 BGB so weit wie die Richtigkeitsvermutung. Die Fiktionswirkung eines unrichtigen Zeugnisses geht dahin, dass der Testamentsvollstrecker das ihm bezeugte Amt einschließlich der angegebenen Erweiterungen erlangt hat und durch keine anderen als die angegebenen Anordnungen beschränkt ist. Fehlt es tatsächlich an der Rechtsmacht, wird sie dem gutgläubigen Dritten gegenüber durch das Zeugnis fingiert. Geschäfte des Scheintestamentsvollstreckers werden daher hinsichtlich ihrer Wirksamkeit gegenüber einem gutgläubigen Dritten denen des wirklichen Testamentsvollstreckers gleichgestellt.<sup>22</sup> Der Käufer hätte in diesem Fall einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen und wäre durch die Vormerkung geschützt. Vom Erben könnte er dann dessen Erfüllung und die Erklärung der Auflassung (§ 925 BGB) verlangen. Auch das Testamentsvollstreckerzeugnis bietet allerdings nur einen eingeschränkten Gutglaubenschutz. Es besteht keine Fiktionswirkung, dass der betroffene Gegenstand zum Nachlass gehört, der fragliche Gegenstand nicht bereits aus der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, zum Beispiel durch eine Freigabeerklärung nach § 2217 BGB, ausgeschieden ist und das Testamentsvollstreckeramt noch fortbesteht.<sup>23</sup>

#### IV. Notarielles Nachlassverzeichnis

##### 1. Notarielle Pflicht zur Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses (BGH, Beschluss vom 19.06.2024, IV ZB 13/23, MittBayNot 2025, 44)

In dieser Entscheidung ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Notar die Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB verweigern darf. Die Erbin, welche den Notar zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses beauftragt hatte, war nur für kurze Zeit die Lebensgefährtin des Erblassers gewesen und konnte über viele Sachverhalte nur Mutmaßungen anstellen. Nach Durchführung diverser Ermittlungsmaßnahmen sah sich der Notar außerstande, die erforderlichen Informationen zur Erstellung eines vollständigen Nachlassverzeichnisses zu beschaffen und lehnte die Erstellung des Verzeichnisses ab. Dabei berief er sich auch darauf, dass die Arbeit unzumutbar sei, da er sich bereits mehr als ein Jahr mit dem Nachlassverzeichnis beschäftigt habe. Hiergegen legte die Erbin Beschwerde ein (§ 15 Abs. 2 BNotO).

###### a) Sichtung von Kontounterlagen

Im Rahmen der Erstellung des Verzeichnisses hat der Notar diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde.<sup>24</sup> Nach Ansicht des BGH war der Notar nicht berechtigt, die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses abzulehnen, da er nicht alle Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft hatte und weitere Nachforschungen hätte anstellen müssen. Insbesondere waren die Ermittlungsmöglichkeiten hinsichtlich fehlender Kontoauszüge nicht hinreichend ausgeschöpft worden.

Umstritten ist dabei, ob zur Ermittlung von pflichtteilsrelevanten Schenkungen (§ 2325 BGB) eine Sichtung der Kontounterlagen immer zwingend erforderlich ist. Nach einer neuen Entscheidung des OLG Hamm gehört zu der Ermittlung von Zuwendungen, dass der Notar Einsicht in die vollständigen Kontounterlagen bzw. Kontoauszüge des Erblassers nimmt.<sup>25</sup> Andere Gerichte betonen dagegen, dass der Anspruch gemäß § 2314 BGB nicht eine Rechnungslegung über das gesamte Ausgabeverhalten des Erblassers in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod und dessen Rechtfertigung beinhaltet. Eine grundsätzliche Pflicht des Notars, sich alle Kontoauszüge der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall zu beschaffen und die Geldbewegungen insgesamt zu überprüfen, bestehe daher nicht.<sup>26</sup> So hat auch der BGH zum Auskunftsanspruch des Nacherben über unentgeltliche Verfügungen des Vorerben betont, dass ein Auskunftsverlangen über mögliche unentgeltliche Verfügungen durch

20 Siehe BeckOK-BGB/Siegmann/Höger, § 2368 Rdnr. 3.

21 Siehe Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1482; teilweise wird ein Käuferschutz in solchen Fällen nach den Grundsätzen über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht befürwortet (siehe NomosKomm-BGB/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2197 Rdnr. 24; einschränkend zur Duldungs- vollmacht BeckOK-BGB/Lange, § 2197 Rdnr. 45).

22 Siehe hierzu MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2368 Rdnr. 38 ff.

23 Siehe hierzu sowie zur Vertragsgestaltung Weidlich, ErbR 2022, 546, 550 ff. m. w. N.; Bernert/Theilen, DNotZ 2024, 815.

24 Siehe Rdnr. 14 der Entscheidung m. w. N.

25 OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2023, I-5 W 94/23, ErbR 2024, 460.

26 OLG Hamburg, Beschluss vom 21.07.2014, 2 W 63/14, BeckRS 2016, 10391; Urteil vom 28.09.2016, 2 U 29/15, MittBayNot 2018, 357, 359 m. Anm. Braun; ebenso OLG Dresden, Beschluss vom 27.07.2016, 17 W 666/16, FamRZ 2018, 69; OLG Jena, Beschluss vom 01.02.2016, 1 W 9/16, NotBZ 2016, 186, 188.

„gewisse Anhaltspunkte“ gerechtfertigt sein muss und nicht nur auf eine reine Ausforschung hinauslaufen darf.<sup>27</sup>

Dies entspricht auch der Linie des BGH in einer weiteren neuen Entscheidung,<sup>28</sup> wo er betont, dass ohne konkrete Anhaltspunkte der Notar nicht in alle denkbaren Richtungen ermitteln muss, um weiteres Nachlassvermögen aufzuspüren. Der Umstand allein, dass ein Erblasser sowohl in Deutschland als auch in Österreich Bankkonten unterhalten hat, begründet nach dem BGH keine Verpflichtung des Notars, ohne nähere konkrete Anhaltspunkte Ermittlungen bei allen deutschen Banken anzustellen, um mögliche weitere Konten des Erblassers ausfindig zu machen bzw. neben einer österreichischen Bank, bei der der Erblasser Konten unterhielt, andere österreichische Banken im Umfeld einer dem Erblasser gehörigen Immobilie anzuschreiben.

Auch in der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass pflichtgemäße Nachforschungen nach pflichtteilsrelevanten Schenkungen des Erblassers an Dritte (§ 2325 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB) nur nach den Umständen des Einzelfalls eine Einsichtnahme in die Kontoauszüge der dem Erbfall vorausgegangenen zehn Jahre erfordern können.<sup>29</sup> Das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalls ist damit eine Absage an diejenigen Stimmen, die die Durchsicht von Kontounterlagen in jedem Fall für erforderlich halten und Aussagen der Rechtsprechung dahingehend instrumentalisieren wollen.<sup>30</sup> Sofern entsprechende Kontoauszüge noch vorhanden sind oder sich beschaffen lassen, ist allerdings zu beachten, dass ggf. auch die Sichtung von Kontounterlagen für einen längeren Zeitraum als zehn Jahre erforderlich sein kann, zum Beispiel bei Ehegattenzuwendungen wegen des fehlenden Beginns des Fristenlaufs nach § 2325 Abs. 3 BGB.<sup>31</sup> Im Fall des BGH konnte die Erbin angesichts des kurzen Zusammenlebens mit dem Erblasser keine ausreichenden Angaben zum Vorliegen von pflichtteilsrelevanten Schenkungen machen, wobei sie jedoch von Schenkungen an die Enkelkinder des Erblassers wusste. Insofern bestanden ausreichende Anhaltspunkte, die eine Durchsicht der Kontounterlagen sowie eine Befragung der Enkel bzw. deren gesetzlichen Vertreter samt Ergebnisdokumentation im Nachlassverzeichnis aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Lage des Gläubigers erforderten. Da der Sachverhalt noch nicht ausermittelt war, konnte der Notar seine weitere Amtstätigkeit daher nicht verweigern. Auch der Hinweis der Erbin, sie sei bei der Sichtung nach Kontounterlagen überfordert, konnte den Notar nicht entlasten, da immer noch die Möglichkeit der Nacherstellung der Kontoauszüge bestand, worauf der Notar die Erbin hätte hinweisen können. Soweit eine erforderliche Konteneinsicht aus

tatsächlichen Gründen ausscheidet, hat der Notar nach dem OLG Hamm im Nachlassverzeichnis auszuführen, aus welchen Gründen eine derartige Sichtung ausscheidet. Dies erfordert neben einer entsprechenden Erklärung der Bank auch eine Erklärung des Erben, dass ältere Übersichten, zum Beispiel über einen Zehn-Jahres-Zeitraum hinaus nicht mehr zur Verfügung gestellt werden können bzw. nicht mehr vorhanden sind.<sup>32</sup>

### b) Auswirkungen eines unvollständigen Verzeichnisses

Nicht ausreichend für die Verweigerung der Amtstätigkeit des Notars ist, dass nach der erforderlichen Sachverhaltsaufklärung im erforderlichen und zumutbaren Umfang Unklarheiten verbleiben und das Verzeichnis nach Auffassung des Notars zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs nicht ausreicht. In diesem Fall hat er neben der ausführlichen Dokumentation aller seiner Nachforschungen den zugrunde liegenden Sachverhalt in das Verzeichnis aufzunehmen und seine Zweifel zum Ausdruck zu bringen. Eine Ablehnung der Amtstätigkeit wird daher nur in Betracht kommen, wenn der Erbe sich weigert, ohne dass der Fall der Erstellung eines Teilverzeichnisses vorliegt, bei der weiteren Sachverhaltsaufklärung im erforderlichen und ihm zumutbaren Umfang mitzuwirken, wobei der BGH angesichts der Rechtsnatur des Nachlassverzeichnisses als eine (einseitige) Wissenserklärung auch diesbezüglich ausdrücklich offen lässt, ob überhaupt die Möglichkeit zu einer Versagung der Amtstätigkeit besteht.

Kein Grund zur Verweigerung der Amtstätigkeit stellt ferner der mit der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses verbundene Zeitaufwand dar.

## 2. Zuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten beim notariellen Nachlassverzeichnis (OLG München, Beschluss vom 03.12.2024, 33 W 1034/24e, MittBayNot 2025, 182)

Das OLG München schließt sich der Auffassung an, dass das Zuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGG nicht bei einzelnen notariellen Ermittlungshandlungen wie der Durchsicht von Kontounterlagen besteht und dieser grundsätzlich keinen Anspruch hat, die vom Notar im Rahmen der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses auszuwertenden Unterlagen einzusehen. Es teilt insbesondere die Ansicht nicht, dass der Auskunftsgläubiger dem Notar bei der Durchsicht der Unterlagen „über die Schulter“ schauen könne.<sup>33</sup> Die Vorlage von Belegen würde im Ergebnis eine Verpflichtung zur Rechenschaftslegung nach § 259 BGB bedeuten, die wegen des Verweises auf § 260 BGB in § 2314 Satz 2 BGB gerade nicht geschuldet ist. Der nicht bestehende Anspruch auf Belegvorlage würde bei einem Hinzuziehungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten daher faktisch leerlaufen. Zudem könnte der Pflichtteilsberechtigte dann das Verfahren nach seinem Belieben beeinflussen, indem er

27 BGH, Urteil vom 15.03.1972, IV ZR 131/70, NJW 1972, 907, 908; Urteil vom 27.06.1973, IV ZR 50/72, NJW 1973, 1876, 1878.

28 BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378.

29 Siehe Rdnr. 19 der Entscheidung.

30 Siehe Horn, ZEV 2024, 385 zu BGH, Beschluss vom 07.03.2024, I ZB 40/23, ZEV 2024, 378.

31 OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2023, I-5 W 94/23, ErBr 2024, 460, 463.

32 OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2023, I-5 W 94/23, ErBr 2024, 460, 463.

33 So insbesondere Horn, NJW 2016, 2150, 2151; ders., ZEV 2018, 376, 378.



sich zum Beispiel übermäßig viel Zeit für die Durchsicht nimmt und dem Notar somit seinen Zeitplan „diktieren“. Hinzu kommt, dass durch Offenlegung der Kontounterlagendes Erblassers gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten schwerwiegend in das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers eingegriffen wird, indem dem Pflichtteilsberechtigten Informationen zugänglich gemacht werden, die einerseits keine pflichtteilsrechtliche Relevanz haben, an deren Geheimhaltung der Erblasser andererseits aber auch nach seinem Tod ein erhebliches Interesse haben kann. Im Gegensatz zum Notar, der bzgl. der im Wege der Einsicht in die Kontounterlagen erlangten Informationen der Amtsverschwiegenheit unterliegt, sofern keine Pflichtteilsrelevanz gegeben ist (§ 18 BNotO), bestünde die Gefahr, dass der Pflichtteilsberechtigte, dem keine Verschwiegenheitspflicht obliegt, die erlangten Informationen auch an Dritte weitergibt.

Das OLG München weist ferner darauf hin, dass das notarielle Nachlassverzeichnis eine Tatsachenbescheinigung des Notars über seine Ermittlungen und Wahrnehmungen ist. Sie wird durch Errichtung einer öffentlichen Zeugnissurkunde über die vom Notar festgestellten Tatsachen errichtet; eine Verlesung findet nicht statt. Der Pflichtteilsberechtigte hat an einer Anwesenheit bei diesem Vorgang grundsätzlich kein Interesse. Das Anwesenheitsrecht des Auskunftsberichtigten dient in erster Linie dazu, dem Berechtigten im Rahmen einer ersten Erfassung des Nachlasses einen Überblick sowie eine Kontrolle und Mitwirkung zu ermöglichen. Nach dem OLG München genügte es, dass der Prozessbevollmächtigte des Pflichtteilsberechtigten bei der Vorbesprechung zur Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses anwesend war.<sup>34</sup> Dies ist ausreichend, um ihm sein Mitwirkungsrecht sowie eine Kontrolle zu ermöglichen.<sup>35</sup>

## V. Auswirkungen eines unwirksamen Pflichtteilsverzichts (BGH, Urteil vom 20.11.2024, IV ZR 263/23, NJW 2025, 53)

Im Fall des BGH hatte der Erblasser E seine Tochter T testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt. Ferner hatte die weitere Tochter S in einer notariell beurkundeten Vereinbarung gegenüber dem Erblasser auf ihr Pflichtteilsrecht gegen Zahlung einer Abfindung verzichtet. An diesem Vertrag war auch T beteiligt, da sie sich zur Zahlung der Abfindung verpflichtete. Zur Beurkundung des Vertrags erschien der Erblasser E nicht persönlich, sondern wurde durch eine Mitarbeiterin des Notars vollmachtlos vertreten. E genehmigte im Nachgang die für ihn abgegebenen Erklärungen. Nach Ableben des E machte S ihre Pflichtteilsansprüche geltend, worauf T vom Notar Schadensersatz nach § 19 Abs. 1 BNotO verlangte. Der BGH bejahte einen Anspruch der T, da der Notar die ihm nach § 17 BeurkG obliegenden Amtspflichten dadurch verletzt hat, dass er bei der Beurkundung

<sup>34</sup> Siehe insoweit die Entscheidung der Vorinstanz LG Memmingen, Beschluss vom 22.05.2024, 22 O 1854/22, BeckRS 2024, 33929.

<sup>35</sup> A. A. Goldkamp, ZEV 2025, 187; Hölscher, ErbR 2025, 332.

§ 2347 Satz 1 BGB übersehen hat. Für einen geschäftsfähigen Erblasser stellt der Erb- bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrag ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft dar bei dem er sich anders als der Verzichtende nicht vertreten lassen kann.

Bei Vereinbarung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts gegen Zahlung einer Abfindung muss zwischen dem Kausalgeschäft und den Leistungsvollzugsgeschäften als abstrakten Rechtsgeschäften unterschieden werden. Im Kausalgeschäft verpflichtet sich der künftige Erb- bzw. Pflichtteilsberechtigte zur Abgabe des Erb- und Pflichtteilsverzichts und der Erblasser zur Gewährung einer Abfindung. Die Erfüllung des Kausalgeschäfts erfolgt dadurch, dass der Erb- und Pflichtteilsberechtigte mit dem Erblasser in notariell beurkundeter Form den Erb- und Pflichtteilsverzicht als Leistungsvollzugsgeschäft abschließt und der Erblasser seiner Leistungspflicht durch Übereignung der Abfindung nachkommt. Der in § 2347 Satz 1 BGB niedergelegte Grundsatz, dass der Erblasser beim Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht höchstpersönlich handeln muss, ist historisch zu erklären und gilt nur für das Verfügungsgeschäft, nicht aber für das schuldrechtliche Kausalgeschäft, sodass hier eine Stellvertretung des Erblassers nach den allgemeinen Vorschriften in gleicher Weise wie für den Verzichtenden zulässig ist.<sup>36</sup> Wirkt ein Stellvertreter des Erblassers zugleich beim Abschluss des Pflichtteilsverzichtsvertrags mit, berührt dessen Unwirksamkeit die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts nicht, sofern nicht beide Rechtsgeschäfte ausnahmsweise in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängig gemacht werden.<sup>37</sup> Im Regelfall wird daher das Kausalgeschäft mit der Genehmigung durch den Erblasser (§ 184 Abs. 1 BGB) wirksam.

Ist das Kausalgeschäft wirksam, kann jeder Vertragsteil die Erfüllung des Leistungsvollzugsgeschäfts (Erklärung des Erb- bzw. Pflichtteilsverzichts) verlangen. Verstirbt einer der Vertragsparteien vor Abgabe der Verzichtserklärung, so kann der Verzichtsvertrag als abstraktes Erfüllungsgeschäft nicht mehr abgeschlossen werden.<sup>38</sup> Es tritt daher nachträgliche Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB ein. Der Anspruch auf Erhalt einer Abfindung erlischt gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB bzw. soweit Abfindungen bereits geleistet sind, sind diese nach den § 326 Abs. 4, §§ 346, 348 BGB zurückzugewähren.<sup>39</sup>

*Keim* hat darauf hingewiesen,<sup>40</sup> dass im Hinblick auf den Pflichtteilsanspruch als Geldforderung der schuldrechtlichen Vertrag auch nach dem Tod des Erblassers durch einen Erlassvertrag gemäß § 397 BGB erfüllt werden kann und insoweit eine ergänzende Auslegung des Vertrags nahelegend ist. Beim Erbverzicht hatte der BGH dies aller-

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 04.07.1962, V ZR 14/61, BGHZ 37, 319, 328 f.

<sup>37</sup> Siehe hierzu Grüneberg/Weidlich, § 2346 Rdnr. 10.

<sup>38</sup> Teilweise str., wenn nur der Verzichtende verstirbt, siehe Grüneberg/Weidlich, § 2346 Rdnr. 5.

<sup>39</sup> Grüneberg/Weidlich, § 2346 Rdnr. 8.

<sup>40</sup> ZEV 2023, 691.

dings bereits abgelehnt<sup>41</sup> und bestätigt dies nunmehr auch für den Pflichtteilsverzicht. Eine ergänzende Auslegung dürfe nicht zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstands über die rechtlichen Beziehungen hinaus führen, die die Parteien regeln wollten. Der Pflichtteilsverzicht unterscheide sich hinsichtlich seines Geschäftsgegenstands und seiner wirtschaftlichen Bedeutung wesentlich vom Erlass eines Pflichtteilsanspruchs, sodass eine Umdeutung des Angebots auf einen Pflichtteilsverzicht in ein Angebot auf Erlass eines Pflichtteilsanspruchs nicht in Betracht komme.<sup>42</sup> Der Fall des BGH wies noch die Besonder-

41 BGH, Urteil vom 04.07.1962, V ZR 14/61, NJW 1962, 1910.

42 Krit. hierzu auch *Litzenburger*, FD-ErbR 2024, 826859.

heit auf, dass T wegen ihrer Zahlungsverpflichtung an S ebenfalls am Vertragsschluss beteiligt war. § 311b Abs. 5 BGB ermöglicht es künftigen gesetzlichen Erben, einen Vertrag über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen zu schließen. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung. Den Abschluss eines derartigen Vertrags lehnte der BGH ebenfalls ab, da der formbedürftige Erbschaftsvertrag nach § 311b Abs. 5 BGB in einer notariellen Urkunde eindeutig zum Ausdruck kommen muss. Dies war nach dem BGH nicht gegeben.<sup>43</sup>

43 Im Zusammenhang mit einem Erbvertrag dagegen behauptet BGH, Beschluss vom 06.10.1999, IV ZA 4/99, zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.03.1999, 17 U 19/97, ZEV 2000, 108, 111; siehe hierzu auch Götz, ErbR 2016, 646, 647.

# Praxisupdate WEG

Von Notar Dr. Felix Wobst, Gerolzhofen

Das Inkrafttreten des WEMoG zum 01.12.2020 jährt sich demnächst zum fünften Mal. Vor allem die grundlegende Neuordnung der Rechtsbeziehungen in der Gemeinschaft beschäftigt die Gerichte nach wie vor. Für die notarielle Praxis besonders relevant sind insoweit die Neujustierung der Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG (unten I.) und der vereinfachte Grundstückserwerb durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (unten II.). Ende des Jahres 2025 enden außerdem die Übergangsfristen für die Eintragung von Alt-Beschlüssen ins Grundbuch (unten III.) und das Bezugnahmeverbot für Haftungsklauseln (unten IV.), die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des WEMoG stammen. Die Digitalisierung macht vor der Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht Halt (unten V.), und auch der Gesetzgeber ist nicht untätig geblieben, wenngleich mit überschaubaren Auswirkungen für die notarielle Praxis (unten VI.). Schließlich wurde im Koalitionsvertrag angekündigt, das Umwandlungsverbot nach § 250 BauGB zu verlängern (unten VII.).

## I. Neues zur Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG

Bekanntlich konnte sich der Gesetzgeber auch im Rahmen des WEMoG nicht dazu durchringen, die Möglichkeit einer Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG aufzuheben.<sup>1</sup>

1 Zu den diesbezüglichen Versuchen und zur Kritik an dieser Vorschrift Staudinger/Wobst, Neub. 2023, § 12 Rdnr. 9.

Obwohl die Vorschrift, abgesehen von geringfügigen redaktionellen Anpassungen, textlich unverändert blieb, wirft die Neuordnung der Rechtsbeziehungen neue Fragen auf, denen sich zum Teil schon der BGH widmen durfte.

### 1. Hintergrund: Neuordnung der Rechtsbeziehungen durch das WEMoG

Das WEMoG hat die Rechtsbeziehungen im Wohnungseigentumsrecht neu geordnet.<sup>2</sup> Im Zentrum der Wohnungseigentumsrechtlichen Rechtsbeziehungen steht seitdem die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE), der nun auch im Innenverhältnis die Aufgabe zugewiesen ist, das gemeinschaftliche Eigentum zu verwalten (§ 18 Abs. 1 WEG). Die Wohnungseigentümer sind die Mitglieder der GdWE, der Verwalter ist ihr Organisations- und Exekutivorgan. Als Folge dessen haben die Wohnungseigentümer keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen mehr zum Verwalter persönlich, sondern nur noch gegen die rechtsfähige Gemeinschaft (vgl. § 18 Abs. 2 WEG), als deren Organ der Verwalter handelt.

### 2. Auswirkungen auf die „Zustimmung des Verwalters“

Dieser grundlegende Paradigmenwechsel hat Auswirkungen in fast allen Bereichen, auch für die Veräußerungszu-

2 Eingehend dazu Wobst, ZWE 2021, 17.



stimmung nach § 12 WEG. Denn eigentlich war schon immer klar, dass die textlich häufig vorzufindende „Zustimmung des Verwalters“ nicht im Sinne eines persönlichen Rechts des Verwalters zu verstehen ist. Schon vor dem WEMoG ging der BGH davon aus, dass der Verwalter lediglich „als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer“ benannt ist und deshalb die Wohnungseigentümer die Entscheidung an sich ziehen können.<sup>3</sup> Seit dem WEMoG braucht es diese Pirouetten nicht mehr – der BGH legt die „Zustimmung des Verwalters“ nun schlicht als „Zustimmung der GdWE“ aus.<sup>4</sup> Der Rest folgt aus dem Gesetz: Ist ein Verwalter bestellt, vertritt er die GdWE (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG). Gibt es keinen Verwalter, vertreten die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich (§ 9b Abs. 1 Satz 2 WEG). Dabei ist der veräußernde Wohnungseigentümer nicht wegen § 181 BGB ausgeschlossen, weil die Zustimmung auch gegenüber dem Erwerber erklärt werden kann (§ 182 Abs. 2 BGB).<sup>5</sup> Im Innenverhältnis ist grundsätzlich der Verwalter zuständig (vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG), es sei denn, die Wohnungseigentümer haben die Entscheidung allgemein oder im konkreten Fall an sich gezogen (vgl. § 27 Abs. 2 WEG).

Relevant wird der Paradigmenwechsel vor allem im Streitfall: Schuldner des Zustimmungsanspruchs ist nicht mehr der Verwalter, sondern die GdWE und deshalb muss sie verklagt werden. Zwingende Konsequenzen für die notarielle Praxis ergeben sich dagegen nicht: Wer möchte, kann den Verwalter ausdrücklich im Namen der GdWE zustimmen lassen. Wer dies nicht tut, dem hilft § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil die Vertretung aus den Umständen offensichtlich ist.

Erübrigt hat sich im Übrigen auch die nach altem Recht viel diskutierte Frage, wer zustimmen muss, wenn der zustimmende Verwalter vor dem Grundbuchvollzug ausgewechselt wird.<sup>6</sup> Es geht dogmatisch nur noch um Vertretungsmacht: Da die GdWE zustimmt, kommt es nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB allein darauf an, dass der Verwalter zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung vertretungsberechtigt ist.<sup>7</sup>

### 3. „Zustimmung der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer“

Das KG hatte kürzlich darüber zu entscheiden, wer zustimmungsverpflichtet ist, wenn die „Zustimmung der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer“ vereinbart wurde. Es

kam im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis, dass auch in einer solchen Vereinbarung schlicht ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der GdWE liegt, der erst nach einem Mehrheitsbeschluss ausgeübt werden darf.<sup>8</sup> Das überzeugt, denn das vom Gesetz vorgesehene Mittel der Entscheidungsfindung ist gerade der Beschluss, der den Willen der Mehrheit zum Willen des Verbands macht (vgl. §§ 23 ff. WEG). Folglich genügt auch in diesem Fall die Vorlage einer Zustimmung des Verwalters als Vertreter der GdWE (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG).

Interessant sind die grundbuchverfahrensrechtlichen Erwägungen des KG. Denn als Nachweis für die Zustimmung lässt das KG die Vorlage des Zustimmungsbeschlusses mit beglaubigten Unterschriften analog § 26 Abs. 4 WEG genügen.<sup>9</sup> Materiellrechtlich muss der Beschluss als interner Willensbildungsakt zwar richtigerweise erst durch eine Zustimmungserklärung im Sinne des § 182 BGB umgesetzt werden, um auch gegenüber dem Erwerber, also im Außenverhältnis, Wirkungen zu entfalten.<sup>10</sup> Diese Zustimmungserklärung ordnet das KG indes als bloßen Nebenumstand ein, der nicht in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist.<sup>11</sup> Mit anderen Worten: Dass ein gefasster Zustimmungsbeschluss durch Erklärung umgesetzt wird, ist nach Ansicht des KG so naheliegend, dass diese Tatsache dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen werden muss. Mit dieser Argumentation beschreitet das KG spannendes Neuland, denn klassischerweise werden nur einzelne Tatbestände einer Erklärung als Nebenumstand aufgefasst (z. B. Abgabe und Zugang), nicht aber die Erklärung selbst.<sup>12</sup> Andererseits gibt es im Regelfall, der außerhalb des WEG spielt, auch keinen Beschluss, der den Erklärungsanspruch begründet. Der Praxis erspart die Argumentation des KG jedenfalls in verwalterlosen Gemeinschaften die Beglaubigung separater Zustimmungserklärungen aller übrigen Wohnungseigentümer, die eigentlich wegen § 9b Abs. 1 Satz 2 WEG erforderlich wären.

### 4. „Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer“

Inzwischen meint der BGH, dass auch ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten „der anderen Wohnungseigentümer“ dahingehend auszulegen sei, dass die GdWE zustimmungsberechtigt ist.<sup>13</sup> Denn die Zustimmung sei eine Maßnahme der Verwaltung, die der GdWE zugewiesen ist (vgl. § 18 Abs. 1 WEG). Methodisch überzeugt diese Auslegung in

3 BGH, Urteil vom 20.07.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232 Rdnr. 13.

4 BGH, Urteil vom 21.07.2023, V ZB 90/22, ZWE 2023, 399, 399 Rdnr. 7 ff.

5 OLG Hamm, Beschluss vom 10.03.2020, 15 W 72/20, FGPrax 2020, 164; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.11.2019, 3 Wx 217/19, MittBayNot 2020, 332. Auf die Figur der sog. kopierten Gesamtvertretung (etwa BGH, Versäumnisurteil vom 08.07.2022, V ZR 202/21, ZWE 2022, 418, 421 Rdnr. 34) kommt es deshalb insoweit nicht an.

6 Dazu etwa Staudinger/Wobst, § 12 Rdnr. 83 ff.

7 Häublein, ZWE 2025, 33, 37; zur Maßgeblichkeit Abgabe allgemein etwa BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 01.05.2025, § 177 Rdnr. 10 m. w. N.

8 KG, Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 21/24, FGPrax 2025, 51 unter II. 2. a) aa) = in diesem Heft, S. 467 (LS).

9 KG, Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 21/24, FGPrax 2025, 51 unter II. 2. b) aa) = in diesem Heft, S. 467 (LS).

10 Zur Diskussion etwa Staudinger/Wobst, § 12 Rdnr. 30.

11 Allgemein zu Nebenumständen und ihrem Nachweis Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, 5. Aufl. 2023, § 29 Rdnr. 186 m. w. N.

12 Böttcher, MittBayNot 1986, 1, 5; Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, § 29 Rdnr. 186

13 BGH, Urteil vom 22.03.2024, V ZR 141/23, ZWE 2025, 33, 33 ff. Rdnr. 12 ff.

ihrer Pauschalität nicht: Der Wortlaut des § 12 Abs. 1 WEG adressiert gerade die „anderen Wohnungseigentümer“. Ohne das Wort „Mehrheit“ fehlt begrifflich jeder Beschluss- und damit Gemeinschaftsbezug. Dem BGH dürfte es indes vor allem darum gehen, angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Formulierungen Auslegungsstreitigkeiten im Einzelfall zu vermeiden. Seine Auslegungsregel lautet schlicht: Im Zweifel ist die GdWE zuständig.<sup>14</sup> Individualzustimmungen der anderen Wohnungseigentümer sind möglich, müssen aber hinreichend deutlich angeordnet werden.<sup>15</sup> Das gilt für Alt- wie für Neu-Vereinbarungen gleichermaßen.<sup>16</sup>

Für die notarielle Praxis dürfte die BGH-Entscheidung von überschaubarer Bedeutung sein. Denn ein Zustimmungsvorbehalt „der anderen Wohnungseigentümer“ findet sich in der Regel nur in Kleinstgemeinschaften, die regelmäßig keinen Verwalter bestellt haben. Die GdWE wird in diesem Fall von allen Wohnungseigentümern vertreten (§ 9b Abs. 1 Satz 2 WEG). Werden dem Grundbuchamt Erklärungen aller Wohnungseigentümer vorgelegt, kann offen bleiben, ob diese (richtigerweise) im eigenen Namen zustimmen oder (dem BGH folgend) im Namen der GdWE. Nur wenn in diesen Fällen ausnahmsweise ein Verwalter bestellt ist, muss der vorsichtige Notar überlegen, ob er (dem BGH folgend) die Genehmigung des Verwalters genügen lassen will. Ein pragmatischer Kompromiss könnte darin liegen, zusätzlich privatschriftliche Genehmigungen der Wohnungseigentümer zu verlangen, die für die materiellrechtliche Wirksamkeit ausreichen.

## 5. Gestaltungsüberlegungen

Als Notar hat man mit § 12 WEG vor allem beim Vollzug von Wohnungskaufverträgen zu tun. Neue Aufteilungen sehen aus gutem Grund größtenteils keine Veräußerungszustimmungen mehr vor. Denn eine Veräußerungszustimmung kann ihren Zweck, das Eindringen unliebsamer Erwerber in die Gemeinschaft zu verhindern, fast nie erreichen.<sup>17</sup> Die eng gefassten Gründe, die eine Verweigerung der Zustimmung erlauben, sind nur in Ausnahmefällen gegeben. Und selbst wenn sie vorliegen, sind sie häufig zu dem Zeitpunkt nicht bekannt, in dem die Zustimmung erteilt wird. Der durchaus sinnvolle Restzweck des § 12 WEG, den Verwalter über einen Mitgliederwechsel in der Gemeinschaft zu informieren, vermag den häufig zu ärgerlichen Verzögerungen führenden Zusatzaufwand bei Wohnungsverkäufen nicht auszugleichen.

Wer gleichwohl eine Veräußerungszustimmung anordnen möchte, sollte nicht nur auf eine präzise Formulierung achten, sondern auch die spätere Handhabung im Verkaufsfall im Blick behalten. Zunächst ist zu klären, wer zustimmungsberechtigt bzw. -verpflichtet sein soll. Das kann sinnvollerweise nur die GdWE sein oder die anderen Wohnungsei-

gentümer; bei letzteren sollte die Nicht-Zuständigkeit der GdWE angesichts der neuesten BGH-Rechtsprechung ausdrücklich klargestellt werden. Ist die GdWE zustimmungsberechtigt bzw. -verpflichtet, sollte bedacht werden, dass bei Verwalterlosigkeit die Zustimmungserklärungen aller Wohnungseigentümer erforderlich sind (vgl. § 9b Abs. 1 Satz 2 WEG). Dieser oft erhebliche Aufwand lässt sich verhindern, wenn die Veräußerungszustimmung suspendiert ist, solange kein Verwalter bestellt ist.

Formulierungsvorschlag „Verwalterzustimmung“:

Die Veräußerung bedarf der Zustimmung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, wenn zum Zeitpunkt der Verpflichtung zur Veräußerung ein Verwalter bestellt ist.

Formulierungsvorschlag „Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer“:

Die Veräußerung bedarf der Zustimmung durch Erklärungen aller übrigen Wohnungseigentümer; eine Zuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer besteht nicht.

## II. Erleichterter Grundstücksverkehr mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

Eine der Errungenschaften des WEMoG ist es, Rechtsgeschäfte mit einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu erleichtern. Die GdWE ist nunmehr einschränkungslos rechtsfähig (§ 9a Abs. 1 Satz 1 WEG) und die organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters grundsätzlich unbeschränkt (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG) und auch unbeschränkbar (§ 9b Abs. 1 Satz 3 WEG). Insbesondere der Grundstückserwerb durch eine GdWE wurde dadurch erheblich erleichtert. Will eine GdWE etwa ein benachbartes Grundstück als Parkfläche erwerben, ist es nicht mehr erforderlich, dass das Grundstück an alle Wohnungseigentümer im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile aufgelassen und anschließend unter Erstreckung der WEG-Aufteilung mit dem bislang aufgeteilten Grundstück vereinigt wird. Für die Praxis eröffnet sich die in der Regel vorzugswürdige Alternative, dass die GdWE das Grundstück selbst erwirbt. Die GdWE (und nicht die einzelnen Wohnungseigentümer) wird dann als Eigentümerin des Nachbargrundstücks eingetragen; das Grundstück wird zu Gemeinschaftsvermögen (§ 9a Abs. 3 WEG).

Nach § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG benötigt der Verwalter für den „Abschluss eines Grundstückskaufvertrags“ zwar einen Beschluss der Wohnungseigentümer. Dem Grundbuchamt braucht dieser Beschluss aber nicht nachgewiesen werden. Das OLG München<sup>18</sup> hat insoweit kürzlich mit erfreulicher Deutlichkeit klargestellt, dass Wortlaut und Gesetzesgrundung ernst zu nehmen sind: Die Beschränkung der Vertretungsmacht des Verwalters betrifft nur das schuldrechtliche Geschäft.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> So auch BeckOGK-WEG/Skauradszun, Stand: 01.06.2025, § 12 Rdnr. 17.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 22.03.2024, V ZR 141/23, ZWE 2025, 33, 34 Rdnr. 15.

<sup>16</sup> Zu Recht kritisch Häublein, ZWE 2025, 33, 37.

<sup>17</sup> Ähnlich Hügel, ZWE 2010, 456, 458.

<sup>18</sup> OLG München, Beschluss vom 11.07.2024, 34 Wx 155/24e, MittBayNot 2025, 232, 233 Rdnr. 15.

<sup>19</sup> BT-Drucks. 19/22634, S. 43.



## 1. Schuldrechtliches Rechtsgeschäft

Für die praktische Abwicklung bedeutet dies: Möchte der Verwalter namens der GdW ein Grundstück erwerben, hat sich der Notar den ermächtigenden Beschluss nach § 12 Satz 1 BeurkG vorlegen zu lassen und der Urschrift beizufügen.<sup>20</sup> Insoweit gibt es beurkundungsrechtlich aber keine zwingenden Formvorschriften. Der Notar darf sich deshalb mit einer Beschlussniederschrift in der Form des § 24 Abs. 6 WEG begnügen und zwar auch in Kopie, ohne dass die Unterschriften beglaubigt werden müssen.

## 2. Dingliches Rechtsgeschäft

Für Auflassung und Bewilligung hat der Verwalter schon kraft Gesetzes Vertretungsmacht. Da sich die Prüfungs kompetenz des Grundbuchamts auf das dingliche Rechtsgeschäft beschränkt (vgl. § 20 GBO),<sup>21</sup> muss der Ermächtigungsbeschluss nach § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG nicht nachgewiesen werden. Nachzuweisen ist lediglich die Verwalterstellung als solche. Diese erfolgt wie im Rahmen einer Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG durch eine Niederschrift des Bestellungsbeschlusses in der Form des § 26 Abs. 4 WEG.

Die umstrittene Frage, ob ein Ermächtigungsbeschluss dem Wortlaut von § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG entsprechend nur für einen „Grundstückskaufvertrag“ erforderlich ist oder auch für Schenkungs-, Tausch- und sonstige Verträge,<sup>22</sup> ist demgemäß für den Grundbuchvollzug ohne Belang.

## III. Fristablauf zum 31.12.2025 für die Eintragung von Altbeschlüssen ins Grundbuch

Unter Geltung des WEMoG müssen bestimmte Beschlüsse ins Grundbuch eingetragen werden, um gegen Sonder nachfolger zu wirken (§ 10 Abs. 3 Satz 1 WEG). Das gilt auch für Altbeschlüsse, die vor dem Inkrafttreten des WEMoG am 01.12.2020 gefasst wurden (§ 48 Abs. 1 Satz 1 WEG). Die Übergangsfrist läuft Ende 2025 aus (§ 48 Abs. 1 Satz 2 WEG). Vermehrte Anfragen zu diesem Thema in den nächsten Monaten sind deshalb wahrscheinlich und geben Anlass, Eintragungsfähigkeit und -verfahren zu beleuchten.

### 1. Eintragungsfähige Beschlüsse

Eintragungsfähig sind generell nur Beschlüsse, die „aufgrund einer Vereinbarung“ gefasst wurden (§ 10 Abs. 3 Satz 1 WEG). Ergibt sich die Beschlusskompetenz dagegen aus dem WEG selbst, wirken Beschlüsse auch ohne Grundbucheintragung gegen Sonder nachfolger (§ 10 Abs. 3 Satz 2 WEG). Diese auf den ersten Blick technisch anmutende Unterscheidung führt zu einer sachgerechte Diffe-

renzierung nach dem Inhalt einer Regelung: Regelungen in Bereichen, für die das WEG selbst keine Beschlusskompetenz vorsieht, müssen stets in das Grundbuch eingetragen werden, um gegen Sonder nachfolger zu wirken; dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Vereinbarung handelt oder einen Beschluss, der auf Grundlage einer vereinbarten Öffnungsklausel gefasst wurde. Öffnungsklauseln in Gemeinschaftsordnungen durchbrechen also nur das Allstim migkeitsprinzip, das ansonsten außerhalb gesetzlicher Beschlusskompetenzen gelten würde; den Erwerberschutz, dem die Grundbucheintragung dient, können sie dagegen zu Recht nicht schmälern.

Ob ein Beschluss „aufgrund einer Vereinbarung“ gefasst wurde, ist objektiv zu bestimmen; die subjektiven Vorstellungen der beschließenden Wohnungseigentümer spielen keine Rolle.<sup>23</sup> Die Testfrage lautet schlicht: Könnte der Beschluss auf Grundlage des WEG gefasst werden? Nur wenn diese Frage zu verneinen ist, kann der Beschluss in das Grundbuch eingetragen werden.

Die Zahl der eintragungsfähigen Beschlüsse dürfte überschaubar sein, weil das WEG inzwischen für alle wesentlichen Bereiche gesetzliche Beschlusskompetenzen vorhält. Insbesondere Kostenverteilungsbeschlüsse sind nicht eintragungsfähig, weil für sie mit § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG eine gesetzliche Beschlusskompetenz besteht und zwar ausdrücklich auch für Kostenverteilungen, die von einer Vereinbarung abweichen. Auch für Baumaßnahmen (§ 20 Abs. 1 WEG) und deren Finanzierung (§ 21 Abs. 5 WEG) und allgemeine Zahlungsmodalitäten (§ 28 Abs. 3 WEG) hält das WEG gesetzliche Beschlusskompetenzen bereit. Vergleichsweise häufig dürfen eintragungsfähige Beschlüsse sein, die die Zweckbestimmung einer Einheit aufgrund einer Öffnungsklausel ändern. Das gilt sowohl für die Zweckbestimmung im weiteren Sinn, also den Wechsel von Wohnungs- in Teileigentum und andersherum, als auch für die Zweckbestimmung im engeren Sinn, etwa das konkret zulässige Gewerbe. Für beides sieht das WEG nämlich keine Beschlusskompetenz vor. Insbesondere nach § 19 Abs. 1 WEG kann über die Benutzung nur beschlossen werden, soweit sie nicht – wie im Regelfall – bereits durch Vereinbarung festgelegt ist.

Bei Altbeschlüssen, die vor dem 01.12.2020 gefasst wurden, stellt sich die Frage, auf welche Fassung des WEG abzustellen ist. Richtigerweise kann es nur auf die nunmehr geltende Rechtslage ankommen, nicht aber auf das zum Zeitpunkt der Beschlussfassung geltende Recht.<sup>24</sup> Andernfalls hinge die Eintragungsfähigkeit eines Beschlusses vom Zeitpunkt seiner Fassung ab; das widerspräche dem einheitlichen Schutzzweck der Eintragung. Dann ist etwa ein Beschluss aus dem Jahr 1990, der die Kostenverteilung für bestimmte Erhaltungsmaßnahmen regelte und der damals aufgrund einer vereinbarten Öffnungsklausel gefasst wurde, nicht eintragungsfähig, weil er heute aufgrund der Beschlusskompetenz des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gefasst werden könnte.

<sup>20</sup> Zur nicht ausdrücklich geregelten Dienstpflicht, die Vertretungsmacht zu prüfen, etwa BeckOGK-BeurkG/Kemper, Stand: 01.03.2025, § 12 Rdnr. 6 ff.

<sup>21</sup> Statt aller Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3299.

<sup>22</sup> Zum Streitstand etwa Staudinger/Jacoby, § 9b WEG Rdnr. 42 ff. m. w. N.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 41.

<sup>24</sup> So auch Falkner, ZWE 2021, 149, 152.

## 2. Übergangsfrist bis zum 31.12.2025

Die durch das WEMoG geschaffene Eintragungsobligation betrifft auch Altbeschlüsse, die vor dem 01.12.2020 gefasst wurden. Für Altbeschlüsse gilt aber eine Übergangsfrist: Sie wirken auch ohne Grundbucheintragung gegenüber Sondernachfolgern, die bis zum 31.12.2025 eintreten (§ 48 Abs. 1 Satz 2 WEG).<sup>25</sup> Erst wenn nach dem 01.01.2026 ein Sondernachfolger eintritt, verlieren Altbeschlüsse ihre Wirkung. Weil eine wohnungseigentumsrechtliche Regelung nur einheitlich gegenüber allen Wohnungseigentümern wirken kann,<sup>26</sup> wird der Beschluss insgesamt unwirksam, sobald er auch nur gegenüber einem Sondernachfolger nicht mehr wirkt. Solange es dazu aber nicht kommt, bleibt eine Eintragung auch nach dem 31.12.2025 möglich und sinnvoll.

## 3. Eintragungsverfahren

Die Eintragung erfolgt auf Grundlage einer Niederschrift über den Beschluss mit beglaubigten Unterschriften (§ 7 Abs. 2 Satz 1 WEG). Das entspricht der bekannten Form für den Verwalternachweis (vgl. § 26 Abs. 4 WEG); die dazu ergangene Rechtsprechung kann übertragen werden. Auf die Bestandskraft des Beschlusses kommt es nicht an. Sollte der Beschluss ausnahmsweise durch Beschlussersetzungsurteil gefasst worden sein (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG), ist das Urteil in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift nebst Rechtskraftvermerk (vgl. § 706 ZPO) vorzulegen.

Bei Altbeschlüssen kann es vorkommen, dass die Personen, die die Niederschrift unterschreiben müssten, nicht mehr zur Verfügung stehen. Abhilfe schafft dann der sog. Reproduktionsanspruch nach § 48 Abs. 1 Satz 3 WEG: Jeder Wohnungseigentümer kann verlangen, dass ein inhaltsgleicher Beschluss erneut gefasst wird. Der Reproduktionsanspruch ist bis zum Ablauf des 31.12.2025 befristet, besteht aber fort, wenn er bis Fristablauf rechtshängig gemacht wurde (§ 48 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 WEG, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).<sup>27</sup> Über diesen „neuen Altbeschluss“ kann dann eine Niederschrift in der notwendigen Form erstellt werden; notfalls kann der Reproduktionsanspruch auch im Wege der Beschlussersetzungsklage (§ 44 Abs. 1 Satz 2 WEG) durchgesetzt und das Urteil vorgelegt werden.

Zustimmungen Dritter sind in der Regel nicht erforderlich. Im Ausgangspunkt gelten zwar die §§ 877, 876 BGB genauso wie bei Vereinbarungen zumindest analog. zumindest analog.<sup>28</sup> Die nach diesen Vorschriften an sich notwendige Zustimmung von Hypotheken-, Grundschuld-, Renten-

schuld- oder Reallastgläubigern ist jedoch entbehrlich, so weit es nicht um Sondernutzungsrechte geht (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG).

Antragsberechtigt ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§ 7 Abs. 2 Satz 2 WEG), die dabei durch den Verwalter vertreten wird (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG). Grundburechtlich ist zudem jeder Wohnungseigentümer nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt und zwar für alle Wohnungsgrundbücher. Von einer individuellen Antragstellung ist gleichwohl abzuraten, weil der Wohnungseigentümer im Innenverhältnis nicht für den Vollzug von Beschlüssen zuständig ist und deshalb nach Ansicht der Rechtsprechung die Kosten alleine tragen müsste, ohne dass ihm ein Aufwendungseratzanspruch zusteht.<sup>29</sup>

## 4. Kosten

Für die Beglaubigung der Unterschriften auf dem Protokoll fällt eine 0,2-Gebühr nach GNotKG KV-Nr. 25100 an. Der Wert ist anhand des Beschlussinhalts nach billigem Ermessen festzulegen (§ 36 GNotKG). Eine Festgebühr wie für die Beglaubigung des Protokolls für den Verwalternachweis (vgl. GNotKG KV-Nr. 25101) sieht das GNotKG nicht vor.

Für die Grundbuchkosten gilt eine Festgebühr in Höhe von 50 € je Grundbuchblatt, die auf insgesamt 500 € gedeckelt ist (GNotKG KV-Nr. 14160 Nr. 5).

## IV. Fristablauf zum 31.12.2025 für das Bezugnahmeverbot bei Haftungsklauseln aus Altvereinbarungen

Erwerber von Wohnungseigentum haften an sich nicht für Verbindlichkeiten des Veräußerers gegenüber der GdWE. Denn im Wohnungseigentumsrecht gilt die sog. Fälligkeitstheorie: Schuldner eines Zahlungsanspruchs ist nur derjenige, der im Zeitpunkt der Fälligkeit Wohnungseigentümer ist.<sup>30</sup>

### 1. Bezugnahmeverbot für sog. Haftungsklauseln

Die Rechtsprechung lässt jedoch abweichende Vereinbarungen zu.<sup>31</sup> Zum Schutz von Erwerbern müssen sog. Haftungsklauseln seit dem WEMoG ausdrücklich in das Grundbuch eingetragen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 WEG). Die übliche Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht mehr; sie steht rechtlich einer Nichteintragung gleich, sodass die Haftungsklausel wegen § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG keine Wirkung gegen Sondernachfolger hat.<sup>32</sup> Eine

25 Zur Maßgeblichkeit des Eigentumserwerbs Staudinger/Wobst, § 48 Rdnr. 5.

26 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.02.2006, 20 W 291/06, ZWE 2006, 392, 394; BayObLG, Beschluss vom 10.01.2002, 2 Z BR 180/01, ZWE 2002, 268, 269 unter 2, c); OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2001, 16 Wx 7/01, DNotZ 2002, 223, 226 f. unter b) (4); Bärmann/Göbel, WEG, 15. Aufl. 2023, § 48 Rdnr. 7.

27 Näher dazu Staudinger/Wobst, § 48 Rdnr. 8.

28 BGH, Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, ZWE 2020, 328, 332 Rdnr. 43.

29 Vgl. allgemein zum fehlenden Erstattungsanspruch bei Tätigwerden anstelle der Gemeinschaft BGH, Urteil vom 25.03.2022, V ZR 92/21, ZWE 2022, 138.

30 Etwa BGH, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16, NZM 2018, 908 Rdnr. 8; Beschluss vom 23.09.1999, V ZB 17/99, NJW 1999, 3713, 3715 unter III. 4. c) ee).

31 BGH, Beschluss vom 22.01.1987, V ZB 3/86, NJW 1987, 1638, 1639.

32 BT-Drucks. 19/19369, S. 5, vgl. auch KG, Beschluss vom 20.12.1974, 1 W 1512/74, OLGZ 1975, 301, 302; BeckOK-BGB/Eckert, § 874 Rdnr. 19 jeweils für einen Verstoß gegen § 874 BGB.



wortlautgetreue Eintragung ist freilich nicht erforderlich, sondern es genügt die Verlautbarung des wesentlichen rechtlichen Gehalts, etwa: „Die Haftung für Geldschulden ist vereinbart.“

## 2. Übergangsfrist für Altvereinbarungen bis zum 31.12.2025

Das Bezugnahmeverbot gilt auch für Haftungsklauseln aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des WEMoG am 01.12.2020 (§ 48 Abs. 3 Satz 1 WEG). Ihre ausdrückliche Eintragung erfolgt auf Antrag eines Wohnungseigentümers oder der GdWE vertreten durch den Verwalter (§ 48 Abs. 3 Satz 2 WEG). Der Antrag ist formlos und kostenfrei<sup>33</sup> möglich; die Bewilligung liegt ja bereits in der notwendigen Form bei den in Bezug genommenen Grundakten. Dabei gilt eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2025 (§ 48 Abs. 3 Satz 3 WEG): Haftungsklauseln, die lediglich durch Bezugnahme nach § 7 Abs. 3 WEG a. F., aber nicht ausdrücklich im Grundbuch eingetragen sind, wirken gegenüber Sondernachfolgern nur, wenn die Sondernachfolge bis zum Ablauf dieser Übergangsfrist eintritt. Solange es zu keiner Sondernachfolge kommt, bleibt eine Eintragung aber auch nach dem 31.12.2025 möglich und sinnvoll.

## 3. Mögliche Konsequenzen für die Gestaltung von Erwerbsverträgen

Das Bezugnahmeverbot für Haftungsklauseln kann auch für die Gestaltung von Erwerbsverträgen fruchtbar gemacht werden. Denn ab 01.01.2026 kann dem Grundbuch unmittelbar entnommen werden, ob eine Haftungsgefahr für den Erwerber besteht. In diesen Fällen bietet es sich an, etwaige Rückstände beim Verwalter abzufragen und wie abzulösen die Lasten zu behandeln.

## V. Abgeschlossenheitsbescheinigung und Digitalisierung

Auch die Abgeschlossenheitsbescheinigung wird digital, bislang aber hauptsächlich in der Theorie.

### 1. Elektronische Bescheinigung zulässig aber nicht verpflichtend

Nach der gesetzlichen Konzeption können überall dort, wo der elektronische Rechtsverkehr mit den Grundbuchämtern eröffnet ist, auch elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigungen beantragt werden, um unnötige Medienbrüche zu vermeiden (§ 8 Abs. 3 AVA<sup>34</sup>). Inzwischen ist der elektronische Rechtsverkehr mit allen Grundbuchämtern in

Bayern eröffnet, sodass auch alle Baubehörden in Bayern<sup>35</sup> verpflichtet sind, elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigungen zu erteilen. Ob dies technisch bereits flächendeckend möglich ist, darf freilich bezweifelt werden.

Wichtig für die Praxis: Es besteht keine Pflicht zur elektronischen Abgeschlossenheitsbescheinigung. Vielmehr können Abgeschlossenheitsbescheinigungen weiterhin und ohne zeitliche Befristung in Papierform beantragt werden und müssen dann auch in Papierform erteilt werden (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1, § 8 Abs. 2 AVA). Der Antragsteller bestimmt also durch die Form seines Antrags, in welcher Form er die Bescheinigung erhält.

### 2. Elektronische Einreichung von Papierbescheinigungen

Die Pflicht der Notare, Dokumente in elektronischer Form an das Grundbuchamt zu übermitteln (vgl. für Bayern: § 135 Abs. 1 GBO i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ERVV Ju<sup>36</sup>), betrifft grundsätzlich auch die Abgeschlossenheitsbescheinigung. Eine Bescheinigung in Papierform muss deshalb vom Notar grundsätzlich eingescannt und elektronisch beglaubigt werden.

### 3. Sonderfall: Pläne größer als DIN A3

Um das Einscannen mit handelsüblichen Scangeräten zu ermöglichen, ordnet die AVA an, dass die Pläne das Format DIN A3 nicht übersteigen dürfen (§ 3 Abs. 3 Satz 2 AVA). Größere Pläne kann die Baubehörde deshalb zurückweisen. Für die notarielle Praxis ist diese DIN-A3-Grenze indes ohne Relevanz. Denn wenn die Baubehörde eine Abgeschlossenheitsbescheinigung mit größeren Plänen erteilt hat, ist dieser Verstoß für das weitere Verfahren unschädlich, wie das OLG München jüngst bestätigte.<sup>37</sup> Das Grundbuchamt darf die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht alleine wegen des falschen Formats zurückweisen. Denn für das Grundbuchamt ist allein § 7 Abs. 4 WEG maßgeblich, der keine Vorgaben für das Format macht. Die AVA als Verwaltungsvorschrift mit ihrer DIN-A3-Grenze bindet nur die Baubehörden, ohne dass ein Verstoß dagegen die Unwirksamkeit der Bescheinigung zur Folge hätte.

Auch ein aufwendiges Scannen übergroßer Pläne (etwa durch externe Dienstleister) ist nicht erforderlich. Stattdes-

33 Nach BT-Drucks. 19/18791, S. 86 handelt es sich um einen Sonderfall der Richtigstellung; dafür sieht das GNotKG keinen Gebührentatbestand vor, siehe Korintenberg/Wilsch, GNotKG, 22. Aufl. 2022, KV 14160 Rdnr. 3.

34 Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) vom 06.07.2021, BAnz AT 12.7.2021 B2, geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 19.12.2022, BAnz AT 28.12.2022 B3.

35 Dasselbe gilt in allen anderen Ländern, in denen der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen eröffnet ist, nach derzeitigem Stand also in Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Schleswig-Holstein sowie Teilen von Bremen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen. Eine stets aktuelle Liste findet sich unter [www.elrv.info/elektronischer-rechtsverkehr/uebersicht-verordnungen](http://www.elrv.info/elektronischer-rechtsverkehr/uebersicht-verordnungen).

36 Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den ordentlichen Gerichten (E-Rechtsverkehrsverordnung Justiz – ERVV Ju) vom 15.12.2006 (GVBl., S. 1084), zuletzt geändert durch Verordnung vom 04.06.2024 (GVBl., S. 108).

37 OLG München, Beschluss vom 04.09.2024, 34 Wx 224/24e, DNotZ 2025, 37 = in diesem Heft, S. 468 (LS); zuvor schon Wobst, MittBayNot 2022, 322, 323; Schneider, ZfIR 2023, 116, 117.

sen kann die Abgeschlossenheitsbescheinigung ausnahmsweise in Papierform eingereicht werden, weil Pläne größer als DIN A3 generell nicht elektronisch eingereicht werden müssen (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ERVV Ju).

## VI. Gesetzgeberische Aktivitäten

Am 17.10.2024 trat das Gesetz zur Zulassung virtueller Wohnungseigentümerversammlungen, zur Erleichterung des Einsatzes von Steckersolargeräten und zur Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energien-Anlagen in Kraft. Soweit das WEG betroffen ist, haben die Änderungen für die notarielle Praxis nur am Rande Bedeutung.

### 1. Privilegierung von Steckersolargeräten (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WEG)

Zum einen wurde der Katalog privilegierter Baumaßnahmen in § 20 Abs. 2 Satz 1 WEG, die jeder Wohnungseigentümer auch gegen den Willen der übrigen verlangen kann, um sog. Steckersolargeräte erweitert (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 WEG). Die Privilegierung zielt weniger auf das Einsticken solcher Geräte, das mangels baulicher Veränderung ohnehin zulässig ist, sondern auf deren Anbringung und mögliche Anpassungen des Leitungsnetzes im Haus, um das Gerät sachgerecht betreiben zu können.<sup>38</sup>

### 2. Beschlusskompetenz für virtuelle Eigentümerversammlung (§ 23 Abs. 1a WEG)

Das WEMoG hat den Wohnungseigentümern die Möglichkeit eröffnet, durch Mehrheitsbeschluss die Online-Teilnahme an ihren Versammlungen zuzulassen, also ein Hybrid-Format zu schaffen. Der Gesetzgeber hat sich damals bewusst gegen eine weitergehende Beschlusskompetenz ausgesprochen, die die Einführung einer rein virtuellen Versammlung ermöglicht. Er sah schlicht keine Rechtfertigung dafür, der Mehrheit die Möglichkeit zu geben, der Minderheit die Verwendung elektronischer Mittel aufzuzwingen.<sup>39</sup>

Diese rechtspolitisch überzeugende Entscheidung konnte dem – inzwischen schon wieder rückgängig gemachten – Farbenwechsel im Bundesjustizministerium trotz eindringlicher Appelle aus Wissenschaft und Praxis<sup>40</sup> leider nicht standhalten. Der neue § 23 Abs. 1a WEG erlaubt es nun, dass eine Mehrheit von drei Vierteln der in einer Präsenzversammlung anwesenden Wohnungseigentümer festlegt, dass in den nächsten drei Jahren nur noch virtuelle Versammlungen stattfinden (§ 23 Abs. 1a WEG). Bis einschließlich 2028 kann jedoch jeder Wohnungseigentümer die Ab-

haltung einer zusätzlichen Präsenzveranstaltung pro Jahr verlangen (§ 48 Abs. 6 WEG).

## VII. Geplante Verlängerung des Umwandlungsverbots nach § 250 BauGB

Seit Juni 2021 erlaubt § 250 BauGB den Landesregierungen, befristet bis zum 31.12.2025 durch Rechtsverordnung ein sog. Umwandlungsverbot für Bestandsimmobilien einzuführen. Von dieser Möglichkeit haben inzwischen die Länder Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen und Niedersachsen Gebrauch gemacht.<sup>41</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte das Umwandlungsverbot Verdrängungsprozesse abmildern, die durch den Verkauf von Eigentumswohnungen und sich womöglich anschließende Eigenbedarfskündigungen entstehen können. Die Befristung soll sicherstellen, „dass die Einschränkung des städtebaulichen Grundstücksverkehrs durch den Genehmigungsvorbehalt nicht auf Dauer angelegt ist[, sondern nur solange,] bis die ergriffenen Maßnahmen zur Belebung des Neubaus dazu geführt haben, dass die Nachfrageüberhänge auf dem Wohnungsmarkt in den betreffenden Gebieten abgebaut sind und die Mietentwicklung nicht mehr zu Verdrängungsprozessen führt“.<sup>42</sup> Ob das Umwandlungsverbot geeignet ist, einen substantiellen Beitrag zur Entspannung des Wohnungsmarkts zu leisten, darf getrost bezweifelt werden. Offensichtlich ist jedoch, dass ebendiese Entspannung (noch) nicht eingetreten ist. Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD macht leider keine Hoffnung, dass der beschrittene Weg überdacht wird, sondern stellt lediglich eine Verlängerung der Frist um weitere fünf Jahre in Aussicht.<sup>43</sup> Notgedrungen wird man sich deshalb auch in den nächsten Jahren mit § 250 BauGB beschäftigen müssen.

Für die notarielle Praxis relevant sind vor allem diejenigen Fälle, in denen eine Aufteilung ausnahmsweise keiner Genehmigung bedarf, auch wenn das aufzuteilende Grundstück im örtlichen Anwendungsbereich einer Verordnung nach § 250 BauGB liegt. Das gilt zum einen bei Neubauten und zum anderen bei Mehrfamilienhäusern bis zu einer Mindestzahl an Wohnungen. Beide vermeintlich klaren Tatbestände können im Einzelfall schwierige Abgrenzungs- und Nachweisfragen aufwerfen.

### 1. Neubau

Für die Frage, ob ein „Neubau“ vorliegt, wird mit Blick auf den Zweck der Regelung, Mieter vor Verdrängung zu schützen, überwiegend auf die Bezugsfertigkeit des Gebäudes

<sup>38</sup> Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 20/12146, S. 12.

<sup>39</sup> So wörtlich die Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes: Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) von August 2019, ZWE 2019, 429, 451; vgl. auch BT-Drucks. 19/18791, S. 71.

<sup>40</sup> Vgl. den offenen Brief vom 20.09.2022 an Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann, abgedruckt in ZMR 10/2022.

<sup>41</sup> Eine stets aktuelle Liste findet sich unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) unter Arbeitshilfen – Immobilien.

<sup>42</sup> BT-Drucks. 19/24838, S. 32.

<sup>43</sup> Koalitionsvertrag unter dem Titel „Verantwortung für Deutschland“ zwischen CDU, CSU und SPD für die 21. Legislaturperiode (abrufbar unter [www.koalitionsvertrag2025.de](http://www.koalitionsvertrag2025.de)), Zeilen 715 ff.

abgestellt.<sup>44</sup> Die bayerischen Vollzugshinweise<sup>45</sup> knüpfen formal an die bauordnungsrechtliche Anzeige der Aufnahme der Nutzung nach Art. 78 Abs. 2 BayBO an. Maßgeblich ist der Tag des Inkrafttretens der Landesverordnung (§ 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB), in Bayern also der 01.06.2023. Dieser Stichtag soll auch nach der Verlängerung fortgelten.<sup>46</sup>

## 2. Mindestzahl

Bundesrechtlich gilt die Genehmigungspflicht bereits für Gebäude ab sechs Wohnungen. Bayern hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, diese Grenze anzuheben (vgl. § 250 Abs. 1 Satz 6 BauGB), und verlangt eine Genehmigung erst ab elf Wohnungen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GBestV-Bau E). Die Zahl etwaiger Nicht-Wohneinheiten (z. B. Läden oder Praxen) ist unbeachtlich. Entscheidend ist dabei nicht die Zahl der Einheiten, die durch die Aufteilung zivilrechtlich entstehen soll, sondern die Zahl der Wohnungen im bauordnungsrechtlichen Sinn.<sup>47</sup>

## 3. Nachweis im Grundbuchverfahren

Das Grundbuchamt darf die Aufteilung eines Grundstücks in einem Gebiet, für das eine Verordnung nach § 250 BauGB besteht, nur vollziehen, wenn ihm die Genehmigung oder

das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen ist (§ 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB). Der Nachweis der Genehmigungsfreiheit kann stets durch die Vorlage eines (gesiegelten)<sup>48</sup> Negativattests der Baubehörde erbracht werden, das sinnvollerweise gleich in die Abgeschlossenheitsbescheinigung mitaufgenommen wird.<sup>49</sup> Nach Ansicht des OLG München ist ein solches Negativattest aber nicht zwingend, wenn der Nachweis der Genehmigungsfreiheit anderweitig in der Form des § 29 GBO erbracht werden kann.<sup>50</sup> So kann sich aus der Baugenehmigung ergeben, dass ein Neubau vorliegt.<sup>51</sup> Zum Nachweis des Unterschreitens der Mindestzahl dürfte ein Negativattest dagegen nach zutreffender Sichtweise des OLG München alternativlos sein.<sup>52</sup> Allenfalls bei Kleinstanlagen mag sich das Unterschreiten mit hinreichender Klarheit aus den Plänen der Abgeschlossenheitsbescheinigungen ergeben.<sup>53</sup> Im Regelfall fehlt der Abgeschlossenheitsbescheinigungen aber die erforderliche Aussagekraft, weil es auf die bauordnungsrechtliche Zahl der Wohnungen ankommt und nicht die Zahl der zu schaffenden WEG-Einheiten; zudem können Wohnungen im Gemeinschaftseigentum verbleiben (z. B. als Hausmeisterwohnung).

44 DNotI-Report 2021, 113, 115 f.; BeckOK-BauGB/Couzinett, Stand: 01.05.2025, § 250 Rdnr. 15.2; vgl. auch Meier/Leidner, MittBayNot 2022, 114, 123, die auf den Abschluss eines Mietvertrags abstehen; wieder anders Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BaugB, Stand: 01.11.2024, § 250 Rdnr. 44, der darauf abstellt, ob die Wohnungen dem Mietmarkt zur Verfügung standen.

45 Die Vollzugshinweise sind im Intranet der bayerischen und pfälzischen Notare unter kiss.bayern/inhalte/gebietskulisse abrufbar.

46 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wohnungsbaus und zur Wohnraumsicherung (abrufbar unter [www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/stadtentwicklung/formulierungshilfe\\_wohnungsbau\\_wohnraumsicherung.pdf](http://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/stadtentwicklung/formulierungshilfe_wohnungsbau_wohnraumsicherung.pdf)), S. 29 f.

47 Meier/Leidner, MittBayNot 2022, 114, 122; BeckOK-BauGB/Couzinett, § 250 Rdnr. 16.1; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BaugB, § 250 Rdnr. 48; Johannsen, DNotZ 2023, 325, 331;

48 Diese Selbstverständlichkeit hatte das OLG Celle, Beschluss vom 14.05.2024, 20 W 33/24, IMR 2024, 2399 auszusprechen.

49 So die Empfehlung der Vollzugshinweise [Fn. 45], S. 19.

50 OLG München, Beschluss vom 26.08.2024, 34 Wx 126/24e, BeckRS 2024, 21562 Rdnr. 12.

51 OLG München, Beschluss vom 26.08.2024, 34 Wx 126/24e, BeckRS 2024, 21562 Rdnr. 15.

52 OLG München, Beschluss vom 26.08.2024, 34 Wx 126/24e, BeckRS 2024, 21562 Rdnr. 14.

53 Dafür DNotI-Report 2024, 45, 47 f.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

##### 1. Entsprechende Anwendung des § 656c BGB auf einen Maklervertrag zwischen Makler und einem Dritten

BGH, Urteil vom 06.03.2025, I ZR 32/24 (Vorinstanz:  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.01.2024, 7 U 243/22)

BGB §§ 656a, 656b, 656c Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

- Um ein Einfamilienhaus im Sinne der §§ 656a ff. BGB handelt es sich, wenn der Erwerb des nachzuweisenden oder zu vermittelnden Objekts für den Makler bei Abschluss des Maklervertrags mit dem Erwerber erkennbar Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient.
- Der Annahme, dass ein Einfamilienhaus Wohnzwecken dient, steht nicht entgegen, dass darin eine Einliegerwohnung oder eine anderweitige gewerbliche Nutzungsmöglichkeit von jeweils nur untergeordneter Bedeutung (hier: ein ¼ der Gesamtfläche umfassender Büroanbau) vorhanden sind.
- Die Vorschrift des § 656c BGB, die lediglich den Fall des Abschlusses von Maklerverträgen zwischen dem Makler einerseits und andererseits jeweils den Parteien des Hauptvertrags regelt, ist entsprechend anzuwenden, wenn anstelle einer Partei des Hauptvertrags ein Dritter den Maklervertrag abschließt.

•

##### 2. Nichtigkeit einer Abwäzungsvereinbarung zur Zahlung des Maklerlohns durch den Käufer

BGH, Urteil vom 06.03.2025, I ZR 138/24 (Vorinstanz:  
OLG Köln, Urteil vom 27.06.2024, 24 U 132/23)

BGB §§ 134, 656d  
ZPO § 543

#### LEITSÄTZE:

- § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB erfasst nicht nur Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus untereinander, sondern jegliche Art vertraglicher Vereinbarungen, durch die unmittelbar oder mittelbar ein Anspruch des Maklers auf Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn gegenüber der Partei begründet wird, die nicht Partei des Maklervertrags ist.
- Haben sich die Käufer im Innenverhältnis zur Verkäuferin verpflichtet, den Maklerlohn in voller Höhe zu bezahlen, bleibt die Verkäuferin als die Partei, die den

Maklervertrag abgeschlossen hat, nicht im Sinne des § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet.

- Eine Vereinbarung, die gegen § 656d BGB verstößt, ist nichtig. Eine geltungserhaltende Reduktion mit der Folge, dass die andere Partei zur Zahlung des halftigen Maklerlohns verpflichtet bleibt, findet nicht statt.

#### SACHVERHALT:

1 Die Kläger interessierten sich im Jahr 2021 für den Erwerb eines Hausgrundstücks, dessen Verkauf im Auftrag der Verkäuferin durch die Beklagte, eine Immobilienmaklerin, vermittelt werden sollte. In dem Exposé bewarb die Beklagte die Immobilie zu einem Kaufpreis von 397.500 € mit dem Hinweis, dass keine Käuferprovision anfalle. Die Kaufvertragsparteien handelten zunächst einen Kaufpreis i. H. v. 395.000 € und sodann i. H. v. 370.000 € aus. Mit der zweiten Reduzierung sollte der Kaufpreis in Höhe des Maklerlohnanspruchs gesenkt werden, den die Verkäuferin der Beklagten für die Vermittlung der Immobilie schuldete. In einem als „Vereinbarung“ überschriebenen und von den Klägern und der Beklagten unterschriebenen Schreiben vom 26.07.2021 wurde unter anderem ausgeführt, dass die Kläger wünschen,

„dass ein Honorar aus dem Verkaufspreis herausgerechnet wird. Damit ermäßigt sich der Kaufpreis von Euro 395.000 auf Euro 370.000. Dieser Betrag soll beurkundet werden. Wir verpflichten uns als Käufer, an L & P Immobilien GmbH einen Beitrag i. H. v. 25.000 € inkl. MwSt. als Honorar zu zahlen. Dieser Betrag ist am Tage der Beurkundung fällig. (...)"

2 Nach der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags stellte die Beklagte den Klägern für die Vermittlung der Immobilie einen Maklerlohn i. H. v. 25.000 € in Rechnung. Die Kläger zahlten diesen Betrag zunächst an die Beklagte, haben sie in der Folgezeit aber klageweise auf dessen Rückzahlung nebst Rechtshängigkeitszinsen sowie auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch genommen.

3 Das LG hat der Klage mit Ausnahme der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 12.500 € nebst Zinsen an die Kläger verurteilt (OLG Köln, Urteil vom 27.06.2024, 24 U 132/23, juris). Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen.

4 Beide Parteien haben Revision, die Beklagte vorsorglich für den Fall, dass der Senat von einer wirksamen Beschränkung der Revisionszulassung ausgehen sollte, zudem Anschlussrevision eingeleitet. Die Beklagte begeht die vollumfängliche Abweisung der Klage. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision und der Anschlussrevision der Beklagten und möchten mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

5 A. Das Berufungsgericht hat gemeint, den Klägern stehe ein Anspruch auf Rückzahlung des Maklerlohns i. H. v. 12.500 € zu. Zwar sei zwischen den Parteien kein Maklervertrag zustande gekommen. Der Rechtsgrund für eine Zahlung von 12.500 € ergebe sich aber aus der von den Parteien getroffenen Vereinbarung vom 26.07.2021, bei der



es sich um eine Vereinbarung über die Maklerkosten im Sinne von § 656d BGB handele. Gegen diese Vorschrift sei verstoßen worden, weil die Kläger im Verhältnis zur Verkäuferin verpflichtet gewesen seien, den vollen Maklerlohn zu zahlen. Infolge des Verstoßes sei die getroffene Vereinbarung aber nicht insgesamt nichtig, sondern aufgrund der gebotenen geltungserhaltenden Reduktion nur hinsichtlich des den häftigen Betrag überschließenden Teils.

**6 B.** Die hiergegen gerichtete Revision der Kläger hat Erfolg, während die Revision der Beklagten zurückzuweisen ist.

**7 I.** Sowohl die Revision der Kläger als auch die der Beklagten sind zulässig.

**8 1.** Insbesondere hat das Berufungsgericht die Revision unbeschränkt zugelassen. Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keine ausdrückliche Beschränkung der Zulassung der Revision. In den Entscheidungsgründen hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Revision sei „in Anbetracht der höchstrichterlich bislang ungeklärten Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen § 656d BGB ergeben“, zuzulassen. Daraus folgt nicht, dass die Revision nur für die Kläger zugelassen ist.

**9** In der Rechtsprechung des BGH ist zwar anerkannt, dass sich eine Eingrenzung der Zulassung der Revision auch aus den Entscheidungsgründen ergeben kann (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29.01.2003, XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, juris Rdnr. 6; Urteil vom 18.12.2008, I ZR 63/06, GRUR 2009, 515, juris Rdnr. 17 = WRP 2009, 445 – Motorradreiniger, jew. m. w. N.). Das muss jedoch zweifelsfrei geschehen. Die bloße Angabe des Grunds für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (vgl. BGH, GRUR 2009, 515, juris Rdnr. 17 – Motorradreiniger; Urteil vom 31.03.2021, IV ZR 221/19, BGHZ 229, 266, juris Rdnr. 19; Urteil vom 14.11.2023, XI ZR 88/23, NJW-RR 2024, 327, juris Rdnr. 20, jew. m. w. N.). Nach diesen Maßstäben kann – auch unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Ausführungen des Berufungsgerichts – angesichts der vom Berufungsgericht gewählten Formulierung nicht mit der notwendigen Sicherheit von einer nur eingeschränkten Revisionszulassung ausgegangen werden.

**10 2.** Da die Beklagte ihre Anschlussrevision nur vorsorglich für den Fall eingelegt hat, dass der Senat von einer wirksamen Beschränkung der Zulassung ihrer Revision ausgehen werde, ist dieses Rechtsmittel, das gegenüber der eingelegten Revision keine weitergehende Revisionsbegründung enthält, gegenstandslos (vgl. BGHZ 229, 266, juris Rdnr. 20; BGH, Urteil vom 14.07.2022, I ZR 121/21, GRUR 2022, 1675, juris Rdnr. 18 = WRP 2022, 1519 – GoogleDrittakquise).

**11 II.** In der Sache hat nur die Revision der Kläger Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Vereinbarung vom 26.07.2021, die der Maklerlohnzahlung i. H. v. 25.000 € durch die Kläger an die Beklagte zugrunde liegt, gegen § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt (dazu nachfolgend B. II. 1.). Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, führt dieser Verstoß allerdings zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung mit der Folge, dass die Kläger von der Be-

klagten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB die Rückzahlung des Maklerlohns in voller Höhe verlangen können (dazu nachfolgend B. II. 2.).

**12 1.** Die von den Parteien getroffene Vereinbarung vom 26.07.2021 verstößt gegen § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB.

**13 a)** Nach § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB ist für den Fall, dass nur eine Partei des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklervertrag abgeschlossen hat, eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, nur wirksam, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Diese Vorschrift gilt gemäß § 656b BGB nur, wenn der Käufer ein Verbraucher ist.

**14 b)** Das Berufungsgericht hat ausgeführt, § 656d BGB erfasse alle Vereinbarungen der Parteien eines Kaufvertrags untereinander, aus denen sich ein unmittelbarer oder mittelbarer Anspruch des Maklers ergebe, aber auch Vereinbarungen des Maklers mit der Partei, die nicht sein Vertragspartner sei. Es könne unterstellt werden, dass die Kläger grundsätzlich bereit gewesen seien, einen Kaufpreis von 395.000 € zu bezahlen, und der Kaufpreis allein wegen der Übernahme der Provisionszahlung auf 370.000 € reduziert worden sei. Das ändere aber nichts daran, dass eine „klassische Abwälzungsvereinbarung“ geschlossen worden sei, die sich an § 656d BGB messen lassen müsse. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Maklerkosten in den ursprünglichen Kaufpreis eingepreist gewesen seien und damit faktisch von den Käufern hätten getragen werden sollen, obwohl sie mit dem Makler keinen entsprechenden Vertrag geschlossen hätten. Demgegenüber verbietet sich die Annahme, dass es sich bei dem von den Klägern an die Beklagte gezahlten Betrag um einen echten Teil des vereinbarten Kaufpreises gehandelt habe, den die Kläger statt an die Verkäuferin unmittelbar an den Makler gezahlt hätten. Dem stehe schon der Umstand entgegen, dass die Vereinbarung vom 26.07.2021 nicht von den Kaufvertragsparteien, sondern von den Klägern als Käufer und der Beklagten als Maklerin unterzeichnet worden sei. Zudem wäre der Betrag von 25.000 € als Teil des Kaufpreises sowohl beurkundungsbedürftig als auch grunderwerbsteuerpflichtig gewesen. Letztlich könne es sich nur um eine Übernahme der Verpflichtung der Verkäuferin durch die Käufer gehandelt haben, die an § 656d BGB zu messen sei. Gegen diese Norm sei auch verstoßen worden.

**15 c)** Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

**16 aa)** § 656d BGB ist zeitlich anwendbar. Hierfür genügt es, dass – wie im Streitfall – der Vertrag des Käufers mit dem Makler nach Inkrafttreten dieser Vorschrift am 23.12.2020 geschlossen worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.03.2024, I ZR 185/22, BGHZ 240, 144, juris Rdnr. 26).

**17 bb)** Wie das Berufungsgericht zutreffend und von den Revisionen unangegriffen angenommen hat, ist auch der persönliche Anwendungsbereich von § 656d BGB eröffnet, weil die Kläger als Käufer und Verbraucher (vgl. § 656b BGB) einen Kaufvertrag über ein Einfamilienhaus geschlossen haben.

**18 cc)** Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind ferner die Voraussetzungen des § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt, dass nur eine Partei des Kaufvertrags (nämlich die Verkäuferin) einen Maklervertrag abgeschlossen hat und die andere Partei (nämlich die Kläger) aufgrund einer (mit der Beklagten getroffenen) Vereinbarung zur Zahlung des vollen Maklerlohns verpflichtet ist. Da die Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aufgrund der streitgegenständlichen Vereinbarung im Verhältnis zur Verkäuferin als der Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, den Maklerlohn in voller Höhe zu zahlen hatten, liegt ein Verstoß gegen § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB vor.

**19 (1)** Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist § 656d BGB nicht nur auf Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus untereinander anwendbar, aus denen sich ein Anspruch des Maklers auf Maklerlohn ergibt, sondern auf jegliche Art einer vertraglichen Vereinbarung, durch die unmittelbar oder mittelbar ein Anspruch des Maklers auf Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn gegenüber der Partei begründet wird, die nicht Partei des Maklervertrags ist. Umfasst sind daher auch alle auf eine Verpflichtung zur Zahlung oder Erstattung des Maklerlohns gerichteten Vereinbarungen des Maklers mit der Partei des Kaufvertrags, die nicht Partei des Maklervertrags ist – etwa in Gestalt einer Schuldübernahme, eines Schuldbeitritts oder einer Erfüllungsübernahme (vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drucks. 19/15827, S. 20; MünchKomm-BGB/Althammer, 9. Aufl., § 656d Rdnr. 9; Staudinger/Arnold, Neub. 2021, § 656d Rdnr. 3; D. Fischer, ZAP 2023, 69, 78; Grüneberg/Retzlaff, 83. Aufl., § 656d Rdnr. 2; jurisPK-BGB/Würdinger, Stand: 16.05.2024, § 656d Rdnr. 3).

**20 (2)** Anders als die Beklagte mit ihrer Revision geltend macht, steht es der Anwendbarkeit des § 656d BGB daher auch nicht entgegen, dass die Verkäuferin der Immobilie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Verpflichtung zur Entrichtung des vereinbarten Maklerlohns gegenüber der Beklagten nicht entbunden war. Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der getroffenen Vereinbarungen ergibt, waren die Kläger im Innenverhältnis zur Verkäuferin verpflichtet, den Maklerlohn in voller Höhe zu bezahlen. Die Verkäuferin als die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, blieb aufgrund dessen nicht im Sinne des § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet.

**21 dd)** Im Streitfall kann offenbleiben, ob eine Anwendung des § 656d BGB ausscheidet, wenn Käufer und Verkäufer im Wege einer sog. Direktzahlungsvereinbarung übereinkommen, dass der Käufer zur Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung des Maklerlohns einen Teil des Kaufpreises unmittelbar an den Makler zu zahlen hat (so MünchKomm-BGB/Althammer, § 656d Rdnr. 4; BeckOGKBGB/Meier, Stand: 01.01.2025, § 656d Rdnr. 9). Dass eine entsprechende Vereinbarung zwischen der Verkäuferin und den Klägern getroffen wurde, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und behauptet auch die Beklagte nicht.

**22 ee)** Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten ist die streitgegenständliche Vereinbarung mit einer solchen Konstellation auch nicht vergleichbar.

**23** Zwar hat das Berufungsgericht es als „nicht geschlossen“ angesehen, dass die Maklerkosten in den ursprünglichen Kaufpreis eingepreist gewesen seien (vgl. dazu Staudinger/Arnold, § 656d Rdnr. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2020, 545 f.) und faktisch von den Käufern hätten getragen werden sollen. Auch trifft es zu, dass – wie die Beklagte mit ihrer Revision betont – die Kläger mit der Zahlung des Maklerlohns im Ergebnis genau den Betrag ausgegeben haben, den sie vor der (zweiten) Reduzierung des Kaufpreises geschuldet hätten, nämlich 395.000 €.

**24** Hierauf kommt es nach den zuvor dargestellten Grundsätzen allerdings nicht an. Die streitgegenständliche, zwischen den Käufern und der beklagten Grundstücksmaklerin getroffene Vereinbarung betrifft, worauf das Berufungsgericht zu Recht abgestellt hat, nicht einen Teil des für das Hausgrundstück vereinbarten Kaufpreises. Vielmehr haben sich die Käufer damit verpflichtet, anstelle der Verkäuferin den (vollen) Maklerlohn an die Beklagte zu zahlen. Anders als die Beklagte mit ihrer Revision geltend macht, beinhaltet diese Vereinbarung daher nicht lediglich die Anweisung, an welche Stelle der Kaufpreis zu entrichten ist, und hat das beklagte Maklerunternehmen auch gerade nicht lediglich als „Zahlstelle“ (für die Verkäuferin) fungiert, sondern die Leistung der Kläger für sich selbst als Zahlung auf ihren Maklerlohnanspruch vereinnahmt.

**25 ff)** Auch ist entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten keine teleologische Reduktion des § 656d BGB geboten, um Konstellationen wie die des Streitfalls, in denen dem Käufer gegenüber dem ursprünglich vereinbarten Kaufpreis keine zusätzliche finanzielle Last aufgebürdet wird, von dessen Anwendungsbereich auszunehmen. Dies würde dem mit der Norm verfolgten Anliegen, wonach der Partei, die den Makler nicht beauftragt hat, höchstens die Hälfte der Maklerkosten auferlegt werden darf, nicht gerecht.

**26 2.** Der Verstoß gegen § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB führt dazu, dass die Zahlung des Maklerlohns durch die Kläger rechtsgrundlos erfolgt ist und den Klägern gegenüber der Beklagten ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB i. H. v. 25.000 € zusteht.

**27 a)** Das Berufungsgericht hat gemeint, aufgrund der Verletzung von § 656d BGB verstoße die getroffene Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB. Für die Annahme einer daraus folgenden Gesamtnichtigkeit der streitgegenständlichen Vereinbarung besteht aber kein Bedürfnis. Vielmehr sei sie nur insoweit nichtig, als sie tatsächlich gegen das gesetzliche Verbot verstöße, also nur hinsichtlich des den hälftigen Betrag überschreitenden Teils. Der mit der Verbotsnorm verfolgte Zweck – die Beschränkung einer Überwälzung auf die Hälfte des Maklerlohns – sei hinreichend durch eine geltungserhaltende Reduktion zu erreichen. § 656d BGB lasse sich auch kein Strafcharakter entnehmen, der eine Gesamtnichtigkeit erfordern würde. Aus dem normativen Zusammenhang zw-



schen § 656c und § 656d BGB ergebe sich ebenfalls keine entsprechende Notwendigkeit. Vielmehr gebiete die Gesetzeszusammenfassung, anzunehmen, dass der Gesetzgeber bewusst eine Differenzierung zwischen den Vorschriften vorgenommen habe.

**28 b)** Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

**29 aa)** Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass die streitgegenständliche Vereinbarung aufgrund des Verstoßes gegen § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig ist. Die Nichtigkeit folgt allerdings entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und verschiedener Stimmen in der Literatur (vgl. MünchKomm-BGB/Althammer, § 656d Rdnr. 10; BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rdnr. 17; Meier, ZfIR 2020, 765, 772; offenlascend Erman/D. Fischer, BGB, 17. Aufl., § 656d Rdnr. 2.1; DNotl-Report 2023, S. 17) nicht aus § 134 BGB, dem zufolge ein gegen ein gesetzliches Verbot verstößendes Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, sondern unmittelbar aus § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB (so wohl auch Staudinger/Arnold, § 656d Rdnr. 5; jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rdnr. 1).

**30** Nach § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Vereinbarung, die – wie dies in Bezug auf die streitgegenständliche Vereinbarung vom 26.07.2021 nach den obigen Ausführungen der Fall ist – die in der Norm genannten Kriterien erfüllt, „nur wirksam, wenn“ die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Hieraus ergibt sich, dass eine Vereinbarung, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, unwirksam ist. Ordnet eine Verbotsnorm aber selbst eine Rechtsfolge an, so ist diese maßgeblich; für eine Anwendung des § 134 BGB verbleibt dann kein Raum (vgl. MünchKomm-BGB/Armbrüster, 10. Aufl., § 134 Rdnr. 4; BeckOGK-BGB/Vossler, § 134 Rdnr. 13; Erman/Arnold, § 134 Rdnr. 2; Staudinger/Fischinger/Hengstberger, Neub. 2024, § 134 Rdnr. 9; vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 17.10.2003, V ZR 429/02, NJW 2003, 3692, juris Rdnr. 18; Urteil vom 12.03.2013, II ZR 179/12, BGHZ 196, 312, juris Rdnr. 15). Auch eines Verweises auf § 656c Abs. 2 Satz 1 BGB, dem zufolge ein Maklervertrag, der von § 656c Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB abweicht, unwirksam ist, bedurfte es daher nicht (vgl. D. Fischer, IMR 2025, 37; dazu auch MünchKomm-BGB/Althammer, § 656d Rdnr. 10; BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rdnr. 17).

**31 bb)** Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Nichtigkeit der streitgegenständlichen Vereinbarung sei auf das nach der gesetzgeberischen Wertung zulässige Maß zu beschränken, weshalb den Klägern nur in Höhe der Hälfte des gezahlten Maklerlohns ein Rückzahlungsanspruch zustehe (in diesem Sinne auch BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rdnr. 17; Meier, ZfIR 2020, 765, 771), trifft ebenfalls nicht zu. Vielmehr ist die gegen § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB verstößende Vereinbarung vom 26.07.2021 insgesamt unwirksam (ebenso MünchKomm-BGB/Althammer, § 656d Rdnr. 10; Staudinger/Arnold, § 656d Rdnr. 5; Fehr/Wichert, ZMR 2022, 439, 443; D. Fischer, Maklerrecht, 7. Aufl., Kap. XII Rdnr. 62; Erman/D. Fischer, BGB, § 656d Rdnr. 2; D. Fischer,

IMR 2025, 37; jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rdnr. 1) und der von den Klägern an die Beklagte gezahlte Maklerlohn daher in voller Höhe zu erstatten.

**32** Auch diese Rechtsfolge lässt sich bereits dem Wortlaut des § 656d Abs. 1 Satz 1 BGB entnehmen, dem zufolge eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung des Maklerlohns verpflichtet, nur wirksam ist, „wenn“ (und nicht: „soweit“) die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt (vgl. D. Fischer, IMR 2025, 37). Ein solches Normverständnis wird außerdem maßgeblich durch die damit verbundene effektive Durchsetzung des mit der Neuregelung beabsichtigten Verbraucherschutzes gestützt (vgl. dazu BT-Drucks. 19/15827, S. 11 bis 13; BGHZ 240, 144, juris Rdnr. 27; D. Fischer, IMR 2025, 37).

**33 C.** Das Berufungsurteil ist demnach auf die Revision der Kläger aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des LG zurückzuweisen. Die Revision der Beklagten ist zurückzuweisen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil sie zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZPO.

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 3. Entstehung eines Vorkaufsrechts in analoger Anwendung des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Begründung von Teileigentum

BGH, Urteil vom 21.05.2025, VIII ZR 201/23 (Vorinstanz: LG Stuttgart, Urteil vom 04.08.2023, 5 S 186/22

BGB § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 469 Abs. 2 Satz 1, § 577 Abs. 1 Satz 1 und 3  
WEG § 1

#### LEITSATZ:

In analoger Anwendung des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB kann auch dann ein Vorkaufsrecht des Mieters entstehen, wenn anstelle von Wohnungseigentum Teileigentum an zu Wohnzwecken vermieteten Räumlichkeiten begründet wird.

#### 4. Sondereigentumsfähigkeit bei Mehrfachparkern

BGH, Beschluss vom 07.03.2024, V ZB 46/23 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 27.06.2023, 1 W 97/23-202/23)

WEG § 3 Abs. 2, § 5 Abs. 2 (i. d. F. bis zum 01.12.2020)

WEG § 3

##### LEITSÄTZE:

1. Weder der einzelne Stellplatz innerhalb einer Doppelstockgarage („Duplexparker“) noch der einzelne Stellplatz auf einem Parkpalettenystem („Palettenparker“) ist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. sondereigentumsfähig.
2. Nach der Neuregelung für Stellplätze in § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG kann auch an den einzelnen Stellplätzen in Doppelstockgaragen Sondereigentum begründet werden. Stellplätze auf Parkpaletten sind jedenfalls dann sondereigentumsfähig, wenn ein bestimmter Palettenstellplatz zum alleinigen Gebrauch fest zugewiesen wird.
3. Zum (zwingenden) gemeinschaftlichen Eigentum gehören alle Zugangsflächen, die mehr als einer Einheit dienen. Die Begründung von Sondereigentum scheidet daher an Bodenflächen unter Palettenparkern aus, die zwingend auch für den Zugang zu den dahinter liegenden („gefangenen“) Stellplätzen genutzt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

##### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten sind die Mitglieder einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) und in den im Beschluss eingang näher bezeichneten Grundbuchblättern als Sondereigentümer eingetragen. Zu der Wohnanlage gehört eine Tiefgarage. Wegen des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums wird im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung vom 06.06.1996 Bezug genommen, die Bestandteil der Teilungserklärung mit gleichem Datum ist. Auf den Blättern 12833 N bis 12850 N ist Sondereigentum an 18 Tiefgaragenstellplätzen mit den Nummern 89 bis 106 gebucht. Wörtlich heißt es beispielsweise zu der Einheit mit der Nummer 89: „(...) verbunden mit dem Sondereigentum an dem Kfz-Einstellplatz Nr. 89, gelegen in der Tiefgarage“. Entsprechende Eintragungen finden sich auch für die Stellplätze mit den Nummern 90 bis 106. Die Stellplätze sind ausweislich des in der Teilungserklärung in Bezug genommenen Aufteilungsplans auf einem auf Laufschienen gelagerten, horizontal verschiebbaren Palettenystem eingerichtet, um die Zufahrt zu den dahinter liegenden Stellplätzen zu ermöglichen. In dem Aufteilungsplan ist ein Rechteck mit den jeweiligen Nummern 89 bis 106 eingezeichnet und in der Mitte des Plans zusätzlich vermerkt: „52 Stellplätze, davon 18 Palettenparker (Fa. zum Beispiel W. Parkplatte P 501)“ und an anderer Stelle: „Parkpalette 2,14 x 5“.

2 Die Beteiligten sind der Auffassung, dass die – sanierrungsbedürftigen – Palettenstellplätze abweichend von der Regelung in der Teilungserklärung niemals sondereigen-

tumsfähig gewesen seien und dass deshalb die Miteigentumsanteile, die nach der Teilungserklärung mit dem Sondereigentum an den Palettenstellplätzen verbunden sein sollen, tatsächlich nur „isolierte Miteigentumsanteile“ seien. Vor diesem Hintergrund haben sie durch notarielle Urkunde vom 19.12.2019 „klarstellend“ einen entsprechenden Nachtrag zur Teilungserklärung vereinbart und die Vereinigung der „isolierten Miteigentumsanteile“ mit dem jeweiligen Wohnungseigentum des für den jeweiligen Stellplatz eingetragenen Teileigentümers erklärt. Zusätzlich sollen an den tatsächlich im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen wegen einer Neuordnung der Stellplätze neun Sondernutzungsrechte begründet werden. Unter dem 12.01.2021 haben sie beantragt, die Erklärungen bzw. Vereinbarungen aus der Urkunde vom 19.12.2019 in das Grundbuch einzutragen.

3 Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat vor dem KG keinen Erfolg gehabt. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten ihren Eintragungsantrag weiter.

4 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zu Recht zurückgewiesen, weil dieser auf die Eintragung nicht eintragungsfähiger Rechte gerichtet sei. Entgegen der Auffassung der Antragsteller seien keine isolierten Miteigentumsanteile entstanden. Vielmehr stünden die Stellplätze Nr. 89 bis 106 im Sondereigentum. Die Begründung von Sondereigentum an diesen Tiefgaragenstellplätzen verstößt nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F., der hier noch anwendbar sei, ordne an, dass Garageneinstellplätze als abgeschlossene Räume gälten, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich seien. Der Gegenstand des Sondereigentums sei allein nach der Grundbucheintragung zu bestimmen. Hierzu gehöre wegen der Bezugnahme (§ 7 Abs. 3 und 4 Satz 1 Nr. 1 WEG a. F.) auch die Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan. Für einen unbefangenen Betrachter sei aufgrund der in Bezug genommenen Bewilligung vom 06.06.1996 Sondereigentum an einem unbeweglichen (fiktiven) Raum geschaffen worden, dessen gleichbleibende Stellplatzfläche durch das mit der jeweiligen Nummer der Stellplätze versehene Rechteck bestimmt worden sei. Aus den im Aufteilungsplan enthaltenen Hinweisen auf verschiedene Bleche und in die Bodenplatte einzulegende Laufschienen folge nichts anderes, da die bauliche Ausgestaltung des Stellplatzes nicht Gegenstand der Eintragung im Grundbuch sei.

5 Selbst wenn sich jedoch aus der Lage der Stellplätze und sonstigen Umständen ergäbe, dass diese mit einem Palettenystem auszustatten seien, seien sie sondereigentumsfähig. Für einzelne Stellplätze innerhalb einer Doppelstockgarage werde die Sondereigentumsfähigkeit zwar teilweise verneint, weil ein Mittelbereich abwechselnd von beiden Parkern in Anspruch genommen werde. Hier werde der gekennzeichnete (fiktive) Raum über dem Rechteck vom Boden bis zur Decke aber unmissverständlich einem Sonder Eigentum zugeordnet; es gehe lediglich um eine horizontale Verschiebung des Fahrzeugs, die nach dem Parkvorgang



Dritter rückgängig gemacht werden könne. Das Recht Dritter, ein Sondereigentum zu durchqueren, sei für die Abgeschlossenheit ohne Bedeutung. Aus den Anmerkungen des planenden Architekten ergebe sich jedenfalls nicht, dass der im Sondereigentum stehende Bereich variabel sei und sich jeweils mit den Parkpaletten verschieben solle.

**6 III.** Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthaftre und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Mit der von dem Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann der Eintragsantrag nicht abgelehnt werden.

**71.** Der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts ist allerdings zutreffend. Ist an den Tiefgaragenstellplätzen mit den Nummern 89 bis 106 wirksam Sondereigentum begründet worden, scheidet die Entstehung von „isolierten Miteigentumsanteilen“ (vgl. zu dieser Möglichkeit Senat, Beschluss vom 05.12.2003, V ZR 447/01, NJW 2004, 1798, 1800) und deren Vereinigung mit anderen Miteigentumsanteilen von vornherein aus. Ebenso wenig kommt dann die Begründung von Sondernutzungsrechten in Betracht, da solche Rechte nur am Gemeinschaftseigentum bestehen können (vgl. Senat, Beschluss vom 20.02.2014, V ZB 116/13, NJW 2014, 1879 Rdnr. 11); folgerichtig wäre der auf eine entsprechende Eintragung gerichtete Antrag zurückzuweisen.

**8 2.** Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist aber an den Stellplätzen kein Sondereigentum begründet worden. Dies gilt unabhängig davon, ob nach dem Inhalt des Grundbuchs Sondereigentum an Stellplatzflächen auf dem Boden der Tiefgarage oder an Stellplatzflächen auf der Palette begründet werden sollte.

**9 a)** Anwendbar ist noch das bisherige Recht, weil es sich bei der Frage, ob im Zusammenhang mit der Teilung des Grundstücks im Jahr 1996 an den Stellplätzen mit den Nummern 89 bis 106 Sondereigentum begründet worden ist, um die Beurteilung eines abgeschlossenen Sachverhalts handelt (vgl. allgemein Senat, Urteil vom 17.03.2023, V ZR 140/22, NJW-RR 2023, 791 Rdnr. 10 f.). Das am 01.12.2020 in Kraft getretene WEGMoG sieht nicht vor, dass die neuen Regelungen zur Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 WEG) auch rückwirkend bei der Beurteilung von in der Vergangenheit liegenden Vorgängen heranzuziehen sind (vgl. zu dem Fehlen sondereigentumsbezogener Übergangsvorschriften auch *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1742). Dass der Eintragsantrag der Beteiligten nach dem 01.12.2020 gestellt worden ist, ändert an der Maßgeblichkeit des bisherigen Rechts nichts, weil er an die Teilung des Grundstücks im Jahr 1996 anknüpft.

**10 b)** Das Beschwerdegericht geht davon aus, dass Sondereigentum an den Bodenflächen begründet worden ist, die in dem Aufteilungsplan durch das mit der jeweiligen Nummer der Stellplätze versehene Rechteck näher gekennzeichnet sind. Diese Annahme ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

**11 aa)** Allerdings spricht auch nach Auffassung des Senats viel dafür, dass sich, anders als die Rechtsbeschwerde meint, aus dem Grundbuch nicht entnehmen lässt, dass

Sondereigentum an Stellplätzen auf einer Palette begründet werden sollte.

**12 (1)** Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen, die der Senat in vollem Umfang überprüfen kann, ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn der Eintragung sowie der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergeben (vgl. nur Senat, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, NJW 2016, 473 Rdnr. 10). Hierbei ist auch der Aufteilungsplan, auf den in der Eintragung gemäß § 7 Abs. 3 und 4 Satz 1 Nr. 1 WEG a. F. (entspricht § 7 Abs. 3 und 4 Satz 1 Nr. 1 WEG) Bezug genommen wird, zur Auslegung des Grundbuchinhalts heranzuziehen.

**13 (2)** Hier wird in dem Eintragungsvermerk lediglich auf das Sondereigentum an in der Tiefgarage gelegenen Kfz-Einstellplätzen verwiesen. Nächstliegend sind damit Stellplätze an den Bodenflächen gemeint. Dass sich die Stellplätze nicht auf dem Tiefgaragenboden befinden sollen, sondern auf einem Palettenystem, ergibt sich aus der Eintragung nicht. Der Hinweis auf sog. Palettenparker (nur) in dem Aufteilungsplan dürfte insoweit unzureichend sein, da die grundsätzliche Bestimmung, worauf sich das Sondereigentum bei einem Stellplatz bezieht, in dem Eintragungsvermerk selbst enthalten sein muss.

**14 bb)** Sollte hiernach Sondereigentum an den jeweiligen Bodenflächen der Stellplätze Nr. 89 bis 106 begründet werden, wäre dies zwar unter dem Aspekt der Raumeigenschaft nach § 1 Abs. 1, 3, § 3 Abs. 1, 2 WEG a. F. unproblematisch, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt. Es nimmt aber nicht in den Blick, dass bei der von ihm vorgenommenen Auslegung des Grundbuchs die Begründung von Sondereigentum nach § 5 Abs. 2 WEG a. F. (entspricht § 5 Abs. 2 WEG) unwirksam ist.

**15 (1)** Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, können nicht Gegenstand des Sondereigentums sein (§ 5 Abs. 2 WEG a. F.). Sie stehen zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum. Das gilt nach dem Sinn der Vorschrift auch für Räume. Vor diesem Hintergrund hat der Senat bereits entschieden, dass ein Stellplatz und ein Verbindungsflur, die den einzigen Zugang zur gemeinschaftlichen Heizanlage und zu den zentralen Versorgungseinrichtungen des Hauses darstellen, nicht Gegenstand des Sondereigentums sein können. Das Gesetz wollte angesichts der Missstände früheren Stockwerkeigentums klare Rechtsverhältnisse schaffen. Diesem Zweck würde ein Zusammentreffen von Sondereigentum und Gemeinnutzungsrecht widersprechen (vgl. Senat, Urteil vom 05.07.1991, V ZR 222/90, NJW 1991, 2909 f.). Mithin gehören zum (zwingenden) gemeinschaftlichen Eigentum alle Zugangsflächen, die mehr als einer Einheit dienen (vgl. *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 35; *Falkner*, DNotZ 2023, 5, 8).

**16 (2)** Vor diesem Hintergrund scheidet die Begründung von Sondereigentum an den Bodenflächen der Stellplätze mit den Nummern 89 bis 106, die (nur) in dem Aufteilungsplan als Palettenparker gekennzeichnet sind, aus. Die Flächen

müssen nämlich zwingend auch für den Zugang zu den dahinter liegenden („gefangenen“) Stellplätzen genutzt werden. Diese können nur erreicht werden, indem die Bodenflächen der Palettenparker überfahren werden, nachdem die Palette zu diesem Zweck bewegt worden ist. Dass die Nutzung der Bodenflächen nur kurzzeitig erfolgt und die Parkpalette anschließend wieder in ihre Ausgangsposition zurückgesetzt wird, ändert an der Nutzung durch mehrere Eigentümer nichts. Unerheblich ist auch die Überlegung des Beschwerdegerichts, das Recht Dritter, ein Sondereigentum zu durchqueren, stehe der Abgeschlossenheit nicht entgegen. Es geht im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Abgeschlossenheit, sondern um die Auslegung des § 5 Abs. 2 WEG a. F. und die sachenrechtliche Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum.

**17 c)** An dem Ergebnis ändert sich selbst dann nichts, wenn das Grundbuch mit der Rechtsbeschwerde im Hinblick auf die Erläuterungen in dem Aufteilungsplan dahingehend auszulegen sein sollte, dass Sondereigentum nicht an den Stellplatzflächen auf dem Boden der Tiefgarage, sondern an den Stellplatzflächen auf der horizontal verschiebbaren Palette begründet werden soll („Palettenparker“). Auch dies ist aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Allerdings wird die Sondereigentumsfähigkeit der einzelnen Stellplätze bei sog. Mehrfachparkern, wozu „Palettenparker“ ebenso gehören wie „Duplexparker“, bei denen mithilfe einer Hebebühne zwei Fahrzeuge übereinander abgestellt werden können, nicht einheitlich beurteilt.

**18 aa)** Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. gelten Garagenstellplätze dann als sonderrechtfähige abgeschlossene Räume, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind. Umstritten ist, ob sich diese Fiktion nur auf die Abgeschlossenheit bezieht oder auch auf die Raumeigenschaft (vgl. zum Streitstand *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 58). Ausgehend von der Annahme, dass nach dem bisherigen Recht nur die Abgeschlossenheit finanziert wird, wird nach verbreiteter, aber ebenfalls bestrittener Auffassung die Ansicht vertreten, einzelne Stellplätze innerhalb einer Doppelstockgarage mit Kippvorrichtung („Duplexparker“) könnten nicht als sondereigentumsfähig angesehen werden. Begründet wird dies in erster Linie damit, dass der lichte Raum vom Boden bis zur Decke aufgrund der Kippvorrichtung nicht klar getrennt sei, sondern in einem Mittelbereich abwechselnd von beiden Parkern in Anspruch genommen werde (vgl. OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1978, 85; BayObLG, NJW-RR, 1995, 783; OLG Jena, NotBZ 2005, 219; offen gelassen von OLG Hamm, OLGZ 1983, 1, 4; BeckOGK-WEG/Schultzky, Stand: 01.03.2020, § 5 Rdnr. 103 m. w. N., ausführlich auch BeckOK-WEG/Gerono/Leidner, Stand: 01.08.2020, § 3 Rdnr. 63 ff.). Hieran anknüpfend meint ein weiterer Teil der Literatur, diese Überlegungen müssten auch bei „Palettenparkern“ gelten, da die Stellplätze auf Parkpaletten wegen ihrer Verschiebbarkeit keine feste räumliche Abgrenzung hätten (vgl. BeckOGK-WEG/Schultzky, § 5 Rdnr. 103; Bärmann/Pick/Bær, WEG, 20. Aufl. 2020, § 3 Rdnr. 27; vgl. aber zur Möglichkeit der Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einer mobilen Parkpalette AG Düsseldorf, ZMR 2020, 891). Demgegenüber bejahren

andere die Sondereigentumsfähigkeit jedenfalls für den einzelnen Stellplatz eines Doppelparkers, weil § 3 Abs. 2 WEG a. F. auch die Raumeigenschaft fingiere (vgl. *Staudinger/Rapp*, Neub. 2018, § 3 Rdnr. 20, 20a; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 62, § 5 Rdnr. 40 Stichwort Doppelparker/Doppelstockgarage; i. E. auch *Bärmann/Armbüster*, WEG, 14. Aufl. 2018, § 5 Rdnr. 70). Für „Palettenparker“ dürfte nach dieser Auffassung nichts anderes gelten, auch wenn dies nicht ausdrücklich erörtert wird.

**19 bb)** Der Senat hat bislang lediglich entschieden, dass eine Doppelstockgarage einen Raum im Sinne von § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 WEG a. F. bildet und als Ganze im Teileigentum stehen kann. Offen gelassen hat der Senat, ob auch der einzelne Stellplatz innerhalb einer Doppelstockgarage sondereigentumsfähig ist (Senat, Urteil vom 21.10.2011, VZR 75/11, NJW-RR 2012, 85 Rdnr. 7).

**20 cc)** Der Senat entscheidet die Frage nunmehr dahingehend, dass weder der einzelne Stellplatz innerhalb einer Doppelstockgarage („Duplexparker“) noch der einzelne Stellplatz auf einem Parkpalettenystem („Palettenparker“) – wie hier – nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. sondereigentumsfähig ist.

**21 (1)** Sondereigentum kann nur an Räumen begründet werden (vgl. § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 WEG a. F.). Dieses Kriterium ist auch bei Garagenstellplätzen zu beachten. Soweit in § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. angeordnet wird, dass Garagenstellplätze „als abgeschlossene Räume“ gelten, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind, wird hierdurch nicht die Raumeigenschaft fingiert, sondern lediglich die Abgeschlossenheit. Dies ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut der Vorschrift, folgt aber aus der Gesetzeslogik und der Gesetzgebungs geschichte. Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG a. F. soll Sondereigentum nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Diese allgemeine Regelung zur Abgeschlossenheit wird in Satz 2 desselben Absatzes um eine spezielle Regelung für Garagenstellplätze ergänzt, die sich ebenfalls nur auf die Abgeschlossenheit bezieht. Bestätigt wird dies durch die Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. Die Vorschrift ist durch die WEG-Novelle vom 30.07.1973 in das Gesetz eingefügt worden (BGBl. I, S. 910). Damit sollte die Arbeitsüberlastung der Grundbuchämter abgemildert werden. Als besonders arbeitsaufwendig erwies es sich, wenn ein Mit eigentumsanteil an einem Grundstück mit dem Sondereigentum an einer ganzen Tiefgarage verbunden wurde und an der Teileigentumseinheit Tiefgarage wiederum eine Unterbruchteilsgemeinschaft gebildet wurde. Dann mussten zum Teil in Abt. I des Grundbuchs Hunderte von Bruchteileigentümern, in Abt. II eine Vielzahl von Auflassungsvor merkungen und in Abt. III eine Vielzahl von Einzelbelastungen eingetragen werden. Durch eine Ergänzung des § 3 Abs. 2 WEG a. F. zur Abgeschlossenheit, die bei einer dauerhaft markierten Abgrenzung der Stellfläche fingiert wird, sollte der Garagenstellplatz als solcher sonderrechtfähig gemacht werden, um auf diese Weise einen übersichtlicheren und durch Zuschriften auch vereinfachten Grundbuchvollzug zu ermöglichen (vgl. BT-Drucks. 7/62, S. 6 f.;

siehe zur Entstehungsgeschichte auch *Röll*, DNotZ 1992, 221, 222); von einer Fiktion der Raumeigenschaft ist nicht die Rede (vgl. auch BeckOK-WEG/*Gerono/Leidner*, § 3 Rdnr. 63.2).

**22 (2)** Damit kommt es für die Sondereigentumsfähigkeit der einzelnen Stellplätze bei sog. Mehrfachparkern entscheidend darauf an, ob die Stellplätze als Räume zu qualifizieren sind. Dies ist nicht der Fall. Unter „Raum“ im Sinne des WEG ist der lichte Raum in einem Gebäude vom Boden bis zur Decke zu verstehen. Diese Voraussetzung ist weder bei einem „Duplexparker“ noch bei einem „Palettenparker“ erfüllt. Bei der Doppelstockgarage wird der lichte Raum von beiden Parkern benutzt, sodass eine klare Trennung des Raumes zwischen Boden und Decke fehlt (vgl. BayObLG, NJW-RR, 1995, 783). Im Ergebnis nicht anders verhält es sich bei den Stellplätzen auf Parkpaletten. Bei ihnen fehlt es wegen der Verschiebbarkeit an der notwendigen räumlichen Festlegung (so auch BeckOGK-WEG/*Schultzky*, § 5 Rdnr. 103; *Bärmann/Pick/Baer*, WEG, § 3 Rdnr. 27).

**23 (3)** Soweit das Beschwerdegericht die Sachlage bei den Parkpaletten anders beurteilen möchte als bei einer Doppelstockgarage, beruht dies auf der – wie gezeigt (vgl. oben Rdnr. 14 ff.) im Hinblick auf § 5 Abs. 2 WEG a. F. rechtsfehlerhaften – Annahme, an dem Raum vom Boden bis zur Decke hätte Sondereigentum begründet werden können.

**24 3.** Die bisherige Rechtslage ist allerdings durch das – hier aber noch nicht anwendbare (vgl. oben Rdnr. 9) – WEMoG grundlegend umgestaltet worden. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG gelten Stellplätze nunmehr als Räume. Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers kann auch an den einzelnen Stellplätzen in Doppelstockgaragen Sondereigentum begründet werden (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 39). Stellplätze auf Parkpaletten sind jedenfalls dann sondereigentumsfähig, wenn – wie hier – ein bestimmter Palettenstellplatz zum alleinigen Gebrauch fest zugewiesen wird (§ 903 Satz 1 BGB, § 5 Abs. 2 WEG; vgl. BeckOGK-WEG/*Meier*, § 5 Rdnr. 119; BeckOGK-WEG/M. Müller, Stand: 01.09.2023, § 3 Rdnr. 125, 129; BeckOK-WEG/*Leidner*, Stand: 02.10.2023, § 3 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/*Kafka*, 9. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 48; *Forschner*, ZNotP 2021, 202, 203; *Dötsch/Schultzky/Zschieschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 7). Die Gegenauffassung, die die Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen auf horizontal verschiebbaren Parkpaletten mit der Begründung verneint, hierdurch würde unzulässiges „mobiles Immobiliareigentum“ entstehen (vgl. *Bauer/Schaub/Schneider*, GBO, 5. Aufl., Allgemeiner Teil, Abschn. E. II. 4. b) dd) Rdnr. 92 b); i. E. a. A. wohl auch *Elzer*, ZNotP 2021, 97, 99), überzeugt nicht. § 3 Abs. 1 sowie § 5 Abs. 1 und 2 WEG erlauben abweichend von den §§ 93, 94 BGB die Begründung von Sondereigentum an wesentlichen Gebäudebestandteilen; dass eine bewegliche Anlage wie ein Doppel- oder Palettenparkerstellplatz sogar eine eigene Sondereigentumseinheit bilden kann, beruht allein darauf, dass der Gesetzgeber insoweit die Raumeigenschaft nunmehr fingiert. Wie es sich bei einer automatisierten Parkvorrichtung verhält, die mehreren Nutzern zugänglich ist und Stellplätze nach Verfügbarkeit vergibt, bedarf keiner Ent-

scheidung (vgl. hierzu BeckOGK-WEG/*Meier*, § 5 Rdnr. 119; DNotI-Report 2021, 161, 162; KölnerFB WEG/*Falkner*, 2. Aufl., Kap. 3 Rdnr. 143 ff.).

**25 IV. 1.** Das Grundbuchamt ist deshalb unter Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse anzuweisen, die von den Beteiligten beantragte Eintragung nicht aus den in den Beschlüssen genannten Gründen abzulehnen (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 5 und Abs. 6 Satz 2 Hs. 2 FamFG).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarin Dr. Melanie Falkner, Ochsenfurt

#### 1. Einleitung

Recht und Gesetz müssen mit der Zeit gehen: Immer mehr Autos, immer weniger Parkplätze – darauf hat das Wohnungseigentumsrecht reagiert. Zugeschnitten ist das WEG – wie der Name schon sagt – auf „Wohnungen“. § 1 Abs. 1 WEG und § 3 Abs. 1 WEG sprechen jeweils von „Räumen eines Gebäudes“, die zu Wohn- oder anderen Zwecken genutzt werden. Heutzutage gehört zum Wohnen ein Parkplatz praktisch dazu. Doch wie subsumiert sich der Parkplatz als „Raum eines Gebäudes“?

Im Jahr 1973 wird zum Eigentumserwerb eines Parkplatzes erste Abhilfe geschaffen, die damals eingeführte Vorschrift (also § 3 Abs. 2 WEG a. F.) lautete:

„Sondereigentum soll nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Garagenstellplätze gelten als abgeschlossene Räume, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierung ersichtlich sind.“

Weitere und nochmals verstärkte Abhilfe schaffte das WEMoG mit Wirkung seit dem 01.12.2020, sodass nunmehr der Stellplatz bereits in § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG erste Erwähnung findet und in Abs. 3 die zweite: „Stellplätze gelten als Räume“:

„Sondereigentum soll nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind und Stellplätze sowie außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks durch Maßangaben im Aufteilungsplan bestimmt sind.“

#### 2. Der Stellplatz als verschiebbarer Raum, § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F.

Was für den unbefangenen Leser eigentlich recht ähnlich aussieht, führt in den Untiefen des spezialisierten Wohnungseigentumsrechts zu erheblichen Auswirkungen. Systematisch bezog sich (und bezieht sich auch heute) § 3 Abs. 1 WEG auf die Sondereigentumsfähigkeit, welche zunächst Räume in einem Gebäude voraussetzt (§ 3 Abs. 1 WEG ist dabei vorbehaltlich von § 5 Abs. 1, Abs. 2 WEG zu begreifen, der nochmals zwingendes Gemeinschaftseigentum normiert und dadurch die Sondereigentumsfähigkeit einschränkt – hierzu aber noch später in Ziffer 3.). Die bloße Sollvorschrift des ehemaligen § 3 Abs. 2 WEG (heute Abs. 3) bezog sich in ihrem Kontext



dagegen auf die Abgeschlossenheit dieser Räume<sup>1</sup> – und stellte dabei auch den markierten Tiefgaragenstellplatz einem abgeschlossenen Raum gleich. Kurzum: § 3 Abs. 1 WEG betrifft die Raumeigenschaft, während die Abgeschlossenheit in heute Abs. 3, früher Abs. 2 geregelt ist. Nur die aufgrund fehlender Wände zwischen den Tiefgaragenstellplätzen fehlende Abgeschlossenheit wurde durch die Fiktion des § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. überwunden.

Im entschiedenen Fall ging es um die „Verschiebbarkeit“ eines Stellplatzes und die daraus folgenden Konsequenzen für die Sondereigentumsfähigkeit. Der BGH verlangt für das alte, vor dem 01.12.2020 geltende Recht die Raumeigenschaft des verschiebbaren Stellplatzes als Voraussetzung für die Begründung von Sondereigentum (§ 3 Abs. 1 WEG). Denn eine Fiktion der Raumeigenschaft für Stellplätze gibt es nach dem alten Recht noch nicht, da sich eben § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. nach Auffassung des BGH nur auf die Abgeschlossenheit bezieht. Ob der Stellplatz in einem Duplex-Parksystem vertikal von oben nach unten gefahren werden kann, oder in einem Palettenystem horizontal von links nach rechts, spielt für die Raumeigenschaft erst mal keine Rolle (zum Unterschied aber später, Ziffer 3.). Der BGH argumentiert, dass ein „Raum“ einen lichten Raum in einem Gebäude vom Boden bis zur Decke voraussetzt. Maßgeblicher erscheint aber der Aspekt, dass ein Raum feste, gegenständliche und haptisch greifbare Grenzen durch Wände, Boden und Decke hat.<sup>2</sup> Die Wände wurden in § 3 Abs. 2 WEG a. F. durch Markierungen (also weiße Streifen auf dem Boden) ersetzt und werden heute in § 3 Abs. 3 WEG durch die Maßangaben im Aufteilungsplan ersetzt. Das Fehlen einer räumlich-gegenständlichen Fixierung des Stellplatzes wird vom BGH weniger betont als der Aspekt, dass es zu einer „Mehrachbenutzung“ bzw. Mehrfachzuordnung des Luftraumes kommt in dem Bereich, in dem die Hebebühne hin- und herfährt, sodass eine klare Trennung der Räume fehlt und aufgrund des geteilten Luftraumes nicht zwei getrennte Räume vorliegen können.

Der BGH entscheidet damit die bisher strittige Frage,<sup>3</sup> ob § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. die Raumeigenschaft oder nur die Abgeschlossenheit fingiert (Rdnr. 21). Weiter entscheidet er die bis dahin strittige Frage, ob die Raumeigenschaft eine „unverschiebbare“ räumliche Festlegung voraussetzt oder nicht (Rdnr. 22). Aus der Entscheidung beider Streitfragen folgt, dass nach dem bis zum 01.12.2020 geltenden Recht nur die Abgeschlossenheit fingiert wurde, sodass die Raumeigenschaft zu prüfen war. Diese Prüfung ergab, dass aufgrund der Verschiebbarkeit der Stellplatzfläche die Raumeigenschaft zu verneinen ist, weshalb auf Basis des bis zum 01.12.2020

geltenden Rechts Duplex- und Palettenstellplätze nicht sondereigentumsfähig sind.

### 3. Die Errungenschaft des neuen Rechts, § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG n. F.

Nach Einführung der ausdrücklichen Fiktion eines Stellplatzes als Raum in § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG ist die Sondereigentumsfähigkeit von verschiebbaren Stellplätzen – sei es vertikal, sei es horizontal – nach heutigem Recht allgemein anerkannt.<sup>4</sup> Der Stellplatz ist von Abs. 2 in Abs. 1 „aufgestiegen“. Obgleich nicht entscheidungserheblich, bestätigt auch der BGH ausdrücklich die Möglichkeit der Sondereigentumsbegründung an Duplex- oder Paletten-Parkplätzen nach dem heute geltenden Recht (Rdnr. 24). Dem ist beizupflichten, wobei sich dies m. E. primär aus der Gesetzesbegründung ergibt, die ausdrücklich Sondereigentum am Duplex-Parker erwähnt.<sup>5</sup> Anders ausgedrückt ist der genaue Umfang der Fiktion des neuen § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG noch in allen Facetten zu untersuchen.

Allein der Gesetzwortlaut hätte nämlich auch dahingehend aufgefasst werden können, dass in der heutigen Fassung § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG Sondereigentum an Räumen in einem Gebäude gestattet und Satz 2 für Stellplätze allein diesen Gebäudebezug entbehrlich macht, jedoch weiterhin einen festen, gegenständlich umgrenzten Bereich (eben einen Raum ohne Wände) voraussetzt. Der Stellplatz wäre dann eben nur ein Raum ohne bzw. außerhalb des Gebäudes. Denn noch eindeutiger normiert und noch praktisch bedeutsamer als Sondereigentum an verschiebbaren Stellplätzen ist die Möglichkeit nach dem neuen Recht, Sondereigentum an Freifläche-Stellplätzen zu begründen<sup>6</sup> (wohingegen § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. ausdrücklich nur den „Garagenstellplatz“ als abgeschlossenen Raum fingierte).

Durch die Fiktion eines Raumes wird für die Begründung von Sondereigentum an einem Stellplatz also nicht nur der Gebäudebezug entbehrlich, sondern auch die exklusive eigentumsrechtliche Zuweisung des Luftraums über dem Stellplatz. Nun ist fraglich und es wurde vom BGH ausdrücklich offen gelassen (Rdnr. 24), ob die Fiktion dann auch soweit gehen kann, einen Stellplatz ohne festen Flächenbezug als Sondereigentum zuzulassen. Noch weitergehend als eine Verschiebbarkeit einer fest zugewiesenen Parkfläche ist ein Parkplatz, der nur eine Parkberechtigung in einem Parksystem vermittelt, welches selbständig jeweils eine freie Parkfläche zuweist, sodass die Parkflächen zwischen den Parkenden durchgetauscht werden (Motto: immer ein Parkplatz, aber nicht derselbe). Man könnte auch einen solchen Stellplatz unter den Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG fassen. Trotzdem erscheint dies sehr weitgehend und zweifelhaft,<sup>7</sup> weil nach

1 Staudinger/Rapp/Wobst, Neub. 2023, § 3 WEG Rdnr. 40.

2 MünchKomm-BGB/Kafka, 9. Aufl. 2023, § 3 WEG Rdnr. 31 und Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rdnr. 31 sprechen von „Dauer und Stabilität, wie es die sachenrechtliche Ordnung erwartet“.

3 Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 4.

4 BeckOK-WEG/Leidner, Stand: 18.10.2024, § 3 Rdnr. 16; Grüneberg/Wicke, 84. Aufl. 2025, § 3 WEG Rdnr. 9; Hügel/Elzer, WEG, § 3 Rdnr. 64.

5 BT-Drucks. 19/18791, S. 39.

6 BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rdnr. 16.

7 So auch DNotI-Report 2021, 161, 163 f.



allgemeinem Verständnis unseres zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs ein körperlicher Bezug zu einer Sache erforderlich sein dürfte, die in ihrer räumlichen Umgrenzung fixiert und dem Rechtsinhaber zugewiesen wird. Ein geteilter Luftraum über einer gegenständlichen, konturierten und fixierten Fläche ist leichter hinnehmbar als der Verzicht auf jegliche gegenständliche Fixierung des eigentumsrechtlichen Bezugsobjekts.

Fraglich zur Reichweite der Fiktion ist auch die begriffliche Eingrenzung des „Stellplatzes“. Aus der Gesetzgebungshistorie ergibt sich der Stellplatz vorrangig als „Kfz-Stellplatz“. Inwieweit hierzu eine Ähnlichkeit nötig ist, sodass Motorad-Stellplätze und Wohnmobil-Stellplätze noch erfasst sind, nicht aber ein Container-Stellplatz,<sup>8</sup> ein Rollstuhl-Stellplatz<sup>9</sup> oder ein Mülltonnen-Stellplatz,<sup>10</sup> ist noch ungeklärt. Abgesehen von der bestehenden Rechtsunsicherheit sollte der vernünftige Notar auf solch eher abenteuerliche Gestaltungen verzichten, m. E. ist eine Ähnlichkeit zum Kfz-Stellplatz nötig.<sup>11</sup>

Trotz des neuen § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG bleibt aus der besprochenen Entscheidung für alle Nicht-Stellplätze relevant, dass eine Verschiebbarkeit von Flächen bzw. ein geteilter Luftraum dazu führt, dass die Raumeigenschaft zu verneinen ist. Für ein „Duplex-System“ an Kellerabteilen greift allein § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG, nicht aber die Raumfiktion des Satz 2. Mangels Raumeigenschaft des verschiebbaren Kellerabteils kann hieran also kein Sonder-eigentum begründet werden.

#### 4. Ausweichmöglichkeit auf den festen Raum unter der Parkpalette? Das Zugangserfordernis

Nun hatte das Berufungsgericht die wirklich charmante und kreative Idee, das ganze Problem mit der Verschiebbarkeit der Sondereigentumsfläche und einem doppelt genutzten Luftraum dadurch zu umschiffen, dass der verschiebbare Teil schlicht ignoriert wird und Sondereigentum einfach an dem unter der technischen Schiebe-technik liegenden, festen und unverrückbaren Boden eingeräumt wird. Hier ergibt sich der Unterschied zum Duplex-Parker mit seiner vertikalen Beweglichkeit, der einen solchen „festen Untergrund“ nicht vorweisen kann. Dieser zunächst genial erscheinende Ausweg war letztlich jedoch nicht zielführend, weil sich ein anderes Hindernis auftürmte: das Zugangserfordernis.

Die durch die Parkpalette geschaffene horizontale Verschiebbarkeit des Stellplatzes hatte ja den Grund, den Zugang zu dahinter liegenden weiteren Stellplätzen zu

- 8 Zulassend Grüneberg/Wicke, § 3 WEG Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Kafka, § 3 WEG Rdnr. 44: für „stellbare“ Sachen.
- 9 Zulassend Staudinger/Rapp/Wobst, § 3 WEG Rdnr. 38.
- 10 Abl. Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 5.
- 11 Hügel/Elzer, WEG, § 3 Rdnr. 61: Abstellen von Fahrzeugen aller Art, die für die Fortbewegung von Menschen geeignet sind.

ermöglichen. Kann man die Sondereigentumsfläche nun mehr nicht mehr „wegfahren“, weil sie sich auf den festen Untergrund unter der Schiebeeinrichtung bezieht, so muss man das am Untergrund bestehende Sondereigentum überqueren, um zum dahinter liegenden Sondereigentums-Stellplatz zu gelangen. Damit würde das Sondereigentum am festen Untergrund aber als Zugangsfläche dem Gebrauch eines weiteren Wohnungseigentümers dienen, was nach § 5 Abs. 2 WEG der Sondereigentumsfähigkeit gerade entgegensteht.

Es sei erinnert, dass die Frage des Zugangs von der Frage der Abgeschlossenheit zu trennen ist.<sup>12</sup> Beides wird häufig – so offenbar auch vom Berufungsgericht – vermengt. Während die fehlende Abgeschlossenheit nur einen Verstoß gegen die Soll-Vorschrift des § 3 Abs. 3 WEG darstellt und die Entstehung von Sondereigentum nicht verhindert, verhindert § 5 Abs. 2 WEG mit der Rechtsfolge zwingendes Gemeinschaftseigentum gerade die Sondereigentumseinräumung. An einer von mehreren Wohnungseigentümern zu nutzenden Zugangsfläche kann kein Sondereigentum entstehen.<sup>13</sup> Insoweit hat man allein mit der Abgeschlossenheit „zu kurz gedacht“. Das sog. gefangene Sondereigentum (der hintere Stellplatz) ist am Ende des Tages, nämlich nach Anwendung des § 5 Abs. 2 WEG auf die Zugangsfläche, gar nicht mehr gefangen.<sup>14</sup>

Der etablierte und nicht mehr wegzubringende Terminus „Abgeschlossenheit“ bedeutet m. E. richtigerweise nur, dass die Sondereigentumsräume durch Wände und Türen sowie Boden und Decke in sich geschlossen sind und eine „räumliche Barriere“ gegenüber anderem Sondereigentum oder gegenüber Gemeinschaftseigentum besteht (Abtrennung).<sup>15</sup> Dies entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 WEG. Während sich im WEG das Wort „Zugang“ gar nirgends finden lässt, sieht allein der untergesetzliche § 5 Abs. 1 Nr. 2 AVA<sup>16</sup> den Zugang als zweite Voraussetzung der Abgeschlossenheit vor. Merkte man sich den Zugang aber nur (und m. E. fälschlicherweise) im Zusammenhang mit der Abgeschlossenheit, wird man zur Ziehung falscher Rechtsfolgen verleitet (§ 3 Abs. 3 WEG als bloße Soll-Vorschrift). Richtigerweise fehlt der Zugang gar nicht, weil nur die Zugangsfläche unrichtig (irrtümlich) als Sondereigentum anstatt als Gemeinschaftseigentum ausgewiesen ist. Die nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG der Grundbuchvorlage beizufügende Bescheinigung der Baubehörde, dass

12 Hügel/Elzer, WEG, § 3 Rdnr. 49 f.; Falkner, DNotZ 2023, 5, 7 ff.; a. A. Staudinger/Rapp/Wobst, § 3 WEG Rdnr. 22.

13 BGH, Urteil vom 05.07.1991, V ZR 222/90, NJW 1991, 2909; Hügel/Elzer, WEG, § 3 Rdnr. 50; Falkner, DNotZ 2023, 5, 8; Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 7.

14 Dies verkennt das OLG München, das ein Notwegerrecht analog § 917 BGB anwenden möchte; zustimmend Staudinger/Rapp/Wobst, § 3 WEG Rdnr. 55; richtigerweise ablehnend Hügel/Elzer, WEG, § 3 Rdnr. 50.

15 Falkner, DNotZ 2023, 5, 7.

16 Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem WEG.

die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 3 WEG vorliegen, trägt unverrückbar den Namen „Abgeschlossenheitsbescheinigung“, obgleich sie neben der Abgeschlossenheit auch den Zugang und das Vorhandensein der Maßangaben (§ 6 AVA) bescheinigt. Indes handelt es sich um verschiedene Punkte: Ein Carport-Stellplatz kann durch seine Seitenwände abgrenzbar sein, das Erfordernis von bestimmten Maßangaben ist damit nicht erfüllt.

## 5. Der Rechtsanwender als Historiker

Über vier Jahre nach der WEG Reform durch das WEMoG darf man sich natürlich fragen, ob eine Beschäftigung mit dem zuvor geltenden Recht und dessen Anwendung überhaupt noch zeitgemäß und sinnvoll ist, sodass diese Urteilsanmerkung gar nicht so lesenswert sein könnte. Vor dieser – durchaus verständlichen – Einschätzung muss gewarnt werden. Denn ist Wohnungseigentum einmal begründet, währt es in großen Anlagen grundsätzlich ewig. Während also die Teilungsurkunden (sachenrechtliche Aufteilung und Gemeinschaftsordnung für das Binennverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander) im Zustand ihrer Geburtsstunde verharren, schreiten der Fortschritt in Rechtsprechung und die Reformen der gesetzlichen Vorschriften voran (vor dem WEMoG zum 01.12.2020 gab es die WEG-Novelle 2007). Beides passt dann nicht mehr zusammen, was die Rechtsanwendung erschwert.

Die Änderung der gesetzlichen Vorschriften führt nicht zu einer Heilung früherer Unwirksamkeiten (Rdnr. 9). Möchte man überprüfen, ob ein Sondereigentum wirksam begründet wurde, muss man auf die Vorschriften zum Zeitpunkt der Begründung rekurrieren. Dass der Rechtsakt nach dem nunmehr geltenden Recht wirksam vorgenommen werden könnte, ändert an einer bestehenden Unwirksamkeit nichts (solange nicht eine erneute Vornahme tatsächlich durchgeführt wird). Es sei erinnert, dass an inhaltlich unzulässige Grundbucheintragungen auch kein Vertrauenstatbestand anknüpft, sodass ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet.<sup>17</sup>

Abgesehen von einer Prüfung der wirksamen Rechtsentstehung wird es den jungen Rechtsanwender, der die alte Rechtslage nicht kennt, zunehmend schlicht verwirren, warum entgegen den vorhandenen Möglichkeiten des § 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG so viele Sondernutzungsrechte an Stellplätzen und Gartenabteilen zu finden sind (weil früher Sondereigentum nur an Räumen zulässig war). Ferner wird verwundern, warum entgegen der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG, § 3 Abs. 3 AVA keine Aufteilungspläne im DIN A3 Format vorhanden sind<sup>18</sup> (weil früher der Maßstab 1:100 zwingend war).

Bei einer Auskunft über den Inhalt alter Gemeinschaftsordnungen, also über den schuldrechtlichen Teil der Auf-

teilungsurkunde über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, ist Vorsicht geboten. Der Impuls, die Gemeinschaftsordnung aufgrund der Grundbucheintragung (verdinglichte Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolger) für immer noch geltend zu halten, muss unterdrückt werden. In einer Vielzahl der Fälle (insbesondere Auskünfte über Vereinbarungen zur Kostentragung oder zu baulichen Änderungen) sollte die Auskunft mit: „Sofern kein abweichender Beschluss gefasst wurde (...“ beginnen. Denn nach § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG können Kostenregelungen nunmehr beschlossen werden und ein solcher Beschluss bedarf keiner Grundbucheintragung (§ 10 Abs. 3 WEG). Eine bisherige Regelung in der Gemeinschaftsordnung wird durch den Beschluss aufgehoben.<sup>19</sup> Die Gemeinschaftsordnung wird dadurch zum „falschen Freund“ bzw. „schwer lesbar“.

- 19 Zusätzlich sorgt § 47 WEG dafür, dass nicht etwa anzunehmen ist, die alte Gemeinschaftsordnung stehe einer Beschlusskompetenz entgegen.

•

## 5. Grundbuchfähigkeit eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG

OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.06.2025, 2 W 47/25

BGB § 54 Abs. 1 Satz 1  
GBO § 47 Abs. 2

### LEITSATZ:

Auch nach dem Inkrafttreten des MoPeG am 01.01.2024 ist ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit grundbuchfähig, sodass es keiner Voreintragung im Vereinsregister bedarf.

Diese Entscheidung wird behandelt von Meier,  
Praxisupdate Gesellschaftsrecht (in diesem Heft, S. 419).

•

## 6. Grundbuchfähigkeit eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG

OLG München, Beschluss vom 10.02.2025, 34 Wx 328/24e

BGB §§ 25, 54 Abs. 1 Satz 1  
GBO §§ 29, 47 Abs. 2  
GBV § 15

### LEITSÄTZE:

1. Auch nach Inkrafttreten des MoPeG ist der Verein ohne Rechtspersönlichkeit, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, grundbuchfähig.
2. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, denn danach ist zu beurteilen, ob sich

17 Grüneberg/Herrler, § 892 Rdnr. 10.

18 Der Notarassessor oder junge Kassenangestellte verspreche bloß nicht am Telefon, dass man die Aufteilungspläne kopieren und versenden werde.



**die Grundbuchfähigkeit des Vereins nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit nach Vereinsrecht, oder aber nach § 54 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit nach Gesellschaftsrecht richtet. Dabei kann auch eine nur in privatschriftlicher Form vorgelegte Satzung als Nachweis genügen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Diese Entscheidung wird behandelt von Meier,  
Praxisupdate Gesellschaftsrecht (in diesem Heft, S. 419).

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Begeht wird die Eintragung des Beteiligten zu 3, eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit, als Berechtigten eines Nießbrauchsrechts sowie als Gläubiger einer Briefgrundschuld.

**2** Mit Schreiben vom 09.09.2024 beantragte der Urkundsnotar auch im Namen der Gläubigerin sowohl die Eintragung eines Nießbrauchrechts wie auch die Eintragung einer Briefgrundschuld für die Beteiligten zu 1 und zu 2 als Mitglieder in Gesamthandsgemeinschaft des Beteiligten zu 3. Beigefügt waren sowohl die Nießbrauchs- als auch die Grundschuldbestellungsurkunde. Mit Hinweis vom 26.09.2024 legte das Grundbuchamt dar, dass die Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Mitglieder in Gesamthandsgemeinschaft der Beteiligten zu 3 als Berechtigte eines Nießbrauchsrechts und als Gläubiger einer Grundschuld nicht möglich sei. Das Grundbuchamt argumentierte, dass es von einem nicht eingetragenen Idealverein im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. ausgehe. Dass Rechtsfähigkeit nicht gleichbedeutend mit Grundbuchfähigkeit sei, ergebe sich aus § 47 Abs. 2 GBO n. F. § 47 Abs. 2 GBO n. F. sei für den nicht eingetragenen Idealverein analog anwendbar; deshalb bedürfe eine Eintragung ins Grundbuch erst der vorherigen Eintragung ins Vereinsregister. Mit Schreiben vom 09.10.2024 bat der Urkundsnotar unter ausführlichem Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung um Überprüfung der grundbuchamtlichen Rechtsauffassung.

**3** Das Grundbuchamt hielt allerdings an seiner Meinung fest und wies den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 05.11.2024 zurück. Zum einen bedürfe es der vorherigen Eintragung des Beteiligten zu 3 in das Vereinsregister, zum anderen sei dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen, dass es sich bei dem Beteiligten zu 3 um einen nicht eingetragenen Idealverein handle, also kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliege.

**4** Mit Schreiben vom 07.11.2024 legte der Urkundsnotar in Vollmacht der Beteiligten gegen den Zurückweisungsbeschluss Beschwerde ein. Zum einen sei der nicht eingetragene Verein weiterhin grundbuchfähig, weil hieran durch das MoPeG nichts geändert worden sei und geändert werden sollte, zum anderen musste weder vor dem 01.01.2024 noch müsse danach ein nicht eingetragener Verein seine „richtige“ Rechtsform nachweisen.

**5** Mit Beschluss vom 12.12.2024 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem OLG München vorgelegt.

**6** Mit Schreiben vom 19.12.2024 hat der Urkundsnotar vorsorglich klargestellt, dass die Eintragung für den benannten Verein beantragt worden sei, hilfsweise für den Fall, dass die Nennung der Mitglieder nicht für möglich erachtet werde, werde dessen Eintragung ohne Nennung der Mitglieder bewilligt und beantragt.

**7 II.** Die zulässige Beschwerde hat – jedenfalls vorläufig – Erfolg.

**8 I.** Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere statthaft gemäß § 71 Abs. 1 GBO.

**9** Der Urkundsnotar hat die Beschwerde ausdrücklich im Namen der Beteiligten eingelegt.

**10 2.** In der Sache hat das Rechtsmittel zumindest vorläufig Erfolg.

**11** Die vom Grundbuchamt angenommenen Eintragungshindernisse rechtfertigen keine Antragszurückweisung.

**12 a)** Ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit ist auch nach dem Inkrafttreten des MoPeG am 01.01.2024 grundbuchfähig. Anders als vom Grundbuchamt angenommen bedarf es keiner Voreintragung in das Vereinsregister.

**13** § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. verweist für den Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit auf die entsprechende Anwendung des gesamten materiellen Vereinsrechts (§§ 24–53 BGB), ausdrücklich nicht mehr auf Gesellschaftsrecht und damit auch nicht auf § 47 Abs. 2 GBO n. F. In der Gesetzesbegründung wird hervorgehoben, dass sich mit diesem Verweis nunmehr unmittelbar aus dem Gesetz ergebe, dass die Mitglieder des Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit – vorbehaltlich der Regelung in § 54 Abs. 2 BGB n. F. – nicht per se für die Verbindlichkeiten des Idealvereins persönlich haften (BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 123 f.). Zur Frage der Grundbuchfähigkeit verhält sich die Begründung nicht, ebenso wenig setzt sie sich mit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 21.01.2016, V ZB 19/15, FGPrax 2016, 97 auseinander.

**14** In Literatur und Rechtsprechung werden letztlich zwei Auffassungen vertreten:

**15** Gewichtige Stimmen (Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311; Staudinger/Schwennicke, Stand: 04.11.2024, § 54 Rdnr. 107; MünchKomm-BGB/Leuschner, 10. Aufl., § 54 Rdnr. 34; Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98 f.), die die Grundbuchfähigkeit des Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit ablehnen, argumentieren, das Schweigen des Gesetzgebers zur Grundbuchfähigkeit sei als Versehen zu qualifizieren, sodass eine planwidrige Regelungslücke vorliege, die zur Grundbuchunfähigkeit des Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit führe. Der Idealverein müsse sich in Anlehnung an den Gedanken des § 47 Abs. 2 GBO n. F. zunächst in das Vereinsregister eintragen lassen, bevor er Rechte an einem Grundstück erwerben könne. Die Regierungsgründung zu § 47 Abs. 2 GBO n. F. zeige, dass der Gesetzgeber die Eintragung einer BGB-Außengesellschaft nur unter ihrem Namen ohne vorherige Eintragung in das Gesellschaftsregister habe verhindern wollen, weil sich Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung regelmä-



Big nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen ließen (BT-Drucks. 19/27635, S. 194). Diese Überlegung müsse auf den Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit übertragen werden. Zudem verweise § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf § 21 BGB, worin aber die Grundbuchfähigkeit des eingetragenen Vereins wurzelt. Hinzu komme, dass der Verein ohne Rechtspersönlichkeit in § 15 GBV nicht erwähnt sei.

**16** Das OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24, FGPrax 2024, 249, 250) ist der gegenteiligen Meinung, der Verein ohne Rechtspersönlichkeit, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, unterliege keiner Vereintragungsobligkeit (so auch Schulze/Dörner, BGB, 12. Aufl., § 54 Rdnr. 8; Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl., § 54 Rdnr. 8; Erman/Westermann/Anzinger, BGB, 17. Aufl., § 54 Rdnr. 7a; Schulteis, EWiR 2023, 654; Schäfer/Wertenbruch, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 13 Rdnr. 14 ff.; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, 5. Aufl., J. Rdnr. 30 ff.; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 09.12.2024, § 47 Rdnr. 59; Keller/Munzig/Keller, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 4 Rdnr. 59; Gummert, ZPG 2024, 370, 376; Holzer, FGPrax 2023, 99, 101; Waldner, RNotZ 2023, 450, 452; Böhringer, NotBZ 2022, 161, 164 f.). Dies folge aus § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach auf diese Vereine die Vorschriften der §§ 24 bis 53 BGB entsprechend anzuwenden seien, weshalb sie sich von den eingetragenen Vereinen, die unzweifelhaft grundbuchfähig seien, nur im Hinblick auf die Eintragung im Vereinsregister unterscheiden würden. Das Gegenargument, es werde gerade nicht auf § 21 BGB verwiesen, beruhe auf einem Zirkelschluss. Es gehe ja gerade um die Frage der Verknüpfung der Eintragung im Vereinsregister mit der Grundbuchfähigkeit. Entgegen der Gegenansicht bestehe insoweit keine Regelungslücke, sodass von vornherein kein Raum für eine Analogie sei, unabhängig von der Frage der Rechtsähnlichkeit zwischen Verein ohne Rechtspersönlichkeit und GbR. Zwar fehle es an einer ausdrücklichen Regelung der Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit, aber auch für den eingetragenen Verein bestehe keine solche ausdrückliche Regelung. § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV, der die Grundbuchfähigkeit des eingetragenen Vereins voraussetzt, könne zur Auslegung nicht herangezogen werden, da es sich bei der GBV um eine Rechtsverordnung handle (Demharter, GBO, 33. Aufl., § 1 Rdnr. 104), die nicht den Inhalt des höherrangigen Gesetzesrechts bestimmen könne. Eine Regelungslücke bestehe auch nicht deshalb, weil in der Gesetzesbegründung zum MoPeG die Frage der Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nicht ausdrücklich erwähnt werde. Gegenstand des MoPeG sei mit der Änderung des § 54 BGB die endgültige Ausgliederung des bisherigen nicht eingetragenen Vereins aus dem Recht der GbR und dessen Unterstellung als Verein ohne Rechtspersönlichkeit unter das als bekannt vorausgesetzte Vereinsrecht. Aus diesem ergebe sich die Antwort auf die Frage, sodass keine Notwendigkeit bestanden habe, dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich zu wiederholen. Schon gar nicht könne aus der Gesetzesbegründung, wonach hinsichtlich des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit lediglich eine Anpassung des Gesetzestextes an die ohnehin bestehende Rechtslage erfolgt sei, gefolgert werden, der Ge-

setzgeber habe die in der Entscheidung des BGH vom 21.01.2016, V ZB 19/15, FGPrax 2016, 97 für den nicht eingetragenen Verein beschriebene Rechtslage beibehalten wollen. Die Entscheidung des BGH stütze sich auf die Verweisung in § 54 Satz 1 BGB a. F. auf das Recht der GbR und damit auch § 47 Abs. 2 GBO a. F. Beide Vorschriften seien durch das MoPeG grundlegend geändert, sodass schwerlich angenommen werden könne, der Gesetzgeber habe gleichwohl den Inhalt der Entscheidung des BGH beibehalten wollen. Die weiteren Argumente zur Entlastung der Grundbuchämter und der zweckmäßigen Aufgabenteilung zwischen Grundbuchamt und Registergericht mögen rechtspolitisch ihre Berechtigung haben. Der Gesetzgeber habe sich aber für ein anderes Regelungsmodell entschieden.

**17** Nach Überzeugung des Senats sprechen die besseren Argumente für die (weitere) Grundbuchfähigkeit des Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit. Zwar hat sich der Gesetzgeber des MoPeG in der Gesetzesbegründung zur Streichung von § 50 Abs. 2 ZPO und § 735 ZPO lediglich dahingehend geäußert, dass der Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit materiell rechtsfähig und auch aktiv und passiv partei- wie auch vollstreckungsfähig sei (BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 202). Der Gesetzgeber wollte mit § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. die Verweisung aber nur „an die schon seit langem bestehende Rechtslage“ anpassen (RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 124). Diese ist aber durch die Rechtsprechung des BGH gekennzeichnet, die eine Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins bejaht hat (Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 19/15, FGPrax 2016, 97). Dass § 47 Abs. 2 GBO n. F. nicht mehr für Idealvereine ohne Rechtspersönlichkeit herangezogen werden kann, dient nicht als Gegenargument, zumal auf § 47 Abs. 1 GBO rekuriert werden kann. Ebenso wenig spricht die Neufassung des § 15 GBV gegen die vom Senat vertretene Auffassung. Zum einen kann auch eine neu gefasste Rechtsverordnung nicht den Inhalt eines höherrangigen Rechts bestimmen, zum anderen regelt sie nur die Fassung der Eintragung. Aus der Verweisung in § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. auf die §§ 24–53 BGB lässt sich wiederum weder für die eine noch für die andere Auffassung Eindeutiges entnehmen.

**18 b)** Soweit das Grundbuchamt ein Eintragungshindernis zudem darin sieht, dass nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen sei, dass dem Verein kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zugrunde liegt, kann der Zurückweisungsbeschluss auch nicht deshalb aufrechterhalten bleiben. Zwar hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, denn danach ist zu beurteilen, ob sich die Grundbuchfähigkeit des Vereins nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit nach Vereinsrecht, oder aber nach § 54 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit nach Gesellschaftsrecht richtet. Allerdings hat das Grundbuchamt die Beteiligten vorher nicht zur Behebung des Mangels aufgefordert. Da der Zweck zum Beispiel durch Vorlage der Vereinssatzung nachgewiesen werden könnte, erweist sich die sofortige Antragszurückweisung als verfahrensfehlerhaft (Demharter, GBO, § 18 Rdnr. 21).



**19** Soweit das Grundbuchamt den Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO fordert, weist der Senat auf Folgendes hin:

Nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 25 BGB bedarf bei einem Verein ohne Rechtspersönlichkeit die Satzung keiner Form (Grüneberg/Ellenberger, § 25 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 25 Rdnr. 32; BeckOGK-BGB/Segna, Stand: 01.04.2024, § 25 Rdnr. 32). Es besteht daher für die Gründungsmitglieder oftmals keine Notwendigkeit, die Satzung beurkunden zu lassen. Würde an dem strengen Formerefordernis des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO festgehalten, könnte dies zu einer unüberwindbaren Beweisnot der Beteiligten führen. Trotz der Formvorschrift des § 29 GBO kann daher auch eine nur in privatschriftlicher Form vorgelegte Satzung als Nachweis genügen (zur vergleichbaren Situation bei Gesellschaftsverträgen von BGB-Gesellschaften in der Zeit vor Inkrafttreten des MoPeG: Senat, Beschluss vom 28.07.2015, 34 Wx 106/15, FGPrax 2015, 250; Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, FGPrax 2015, 57, 58; BayObLGZ 1992, 259, 261 ff.; Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 42).

**20 c)** Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden, da das Grundbuchamt – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – auch den bislang fehlenden Nachweis der Vertretungsbefugnis des Vorstands (Gummert, ZPG 2024, 370, 376) nicht zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht hat und deshalb noch weitere behebbare Mängel vorliegen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. Wolfram Waldner, Lauf a. d. Pegnitz

#### 1. Entscheidung

Nach dem OLG Frankfurt a. M.<sup>1</sup> hat nun auch das OLG München die in der Literatur deutlich überwiegende<sup>2</sup> Auffassung bestätigt, dass aus dem Schweigen des Gesetzgebers nicht auf die Grundbuchunfähigkeit des Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit (früher: nicht eingetragener Verein<sup>3</sup>) seit 01.01.2024 zu schließen sei. Für die Rechtslage vor dem 01.01.2024 hatte sich zuletzt das KG ebenso für die Grundbuchfähigkeit ausgesprochen.<sup>4</sup> Die Gegenmeinung – ob diese Stimmen „gewichtig“ sind, mag dahinstehen – befürwortet eine Analogie zur GbR und verlangt von einem Verein ohne Rechtspersönlichkeit seit dem 01.01.2024, sich zuvor in das Vereinsregister eintragen zu lassen, also zum eingetragenen Verein zu werden.<sup>5</sup> Vor Kurzem hat das KG entschieden, ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit könne ohne Vereintragung im

1 Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24, DNotZ 2025, 107.

2 Umfassende Nachweise in Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

3 § 42 Abs. 1 Satz 3 BGB und Nr. 13101 KV-GNotKG verwenden diese Terminologie übrigens auch heute noch.

4 Beschluss vom 16.03.2023, 1W 445/22, 1W 448/22, NotBZ 2023, 463.

5 So ausdrücklich Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 311 f.

Vereinsregister nicht als Gesellschafter einer eGbR in das Gesellschaftsregister eingetragen werden, tendiert also wohl zur Gegenmeinung.<sup>6</sup>

Der Gesetzgeber hat das Problem offensichtlich überhaupt nicht gesehen, denn in den Teilen der amtlichen Begründung zum MoPeG, die sich dem Grundbuchrecht widmen,<sup>7</sup> kommt der Verein ohne Rechtspersönlichkeit schlicht nicht vor. Die Frage stellt sich auch nur für den Idealverein, weil das Gesetz für den wirtschaftlichen Verein ohne Rechtspersönlichkeit auf die GbR-Vorschriften verweist (§ 54 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das OLG München stützt sich zur Begründung seiner Auffassung vor allem auf Gesichtspunkte der Gesetzesauslegung; im Wesentlichen wird der Anspruch auf Eintragung daraus gefolgert, dass eine derartige Eintragung nicht gesetzlich ausgeschlossen ist. Dem kann man sicher zustimmen. Zu ergänzen wäre hier noch der Gesichtspunkt, dass die Gegenmeinung keine Lösung für diejenigen Vereine ohne Rechtspersönlichkeit hat, die weniger als sieben Mitglieder haben. Sie können sich bekanntlich nicht in das Vereinsregister eintragen lassen (§ 56 BGB) und wären, wenn sie bereits eingetragen sind, im Grundbuch „gefangen“, da es ihnen mangels Grundbuchfähigkeit ja auch nicht möglich wäre, ihre Rechte an einem Grundstück zu übertragen oder aufzugeben.

Das OLG München hat sich – verfahrensrechtlich völlig korrekt – auf die Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses des Grundbuchamts beschränkt und das Grundbuchamt, ebenso richtig, darauf hingewiesen, dass die Eintragung auch nicht daran scheitern darf, dass die Eigenschaft als Idealverein nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann, und zwar ohne Rücksicht darauf, in welcher Form die Satzung vorliegt. Auch eine in öffentlich beglaubigter Form vorliegende Satzung würde da nichts nützen, weil das Vorliegen eines Idealvereins nicht von der Zielsetzung in der Satzung abhängt, sondern davon, wie sich die tatsächliche Betätigung des Vereins darstellt.<sup>8</sup> Beiläufig angesprochen wird dann noch, dass der seine Eintragung begehrende Verein die Vertretungsbefugnis seines Vorstands nachweisen müsse.

#### 2. Eintragung eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit im Grundbuch

Mit der Bejahung der Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit beginnen allerdings erst die praktischen Probleme, auch wenn sich das OLG München in seiner Entscheidung diesen nicht zu stellen hatte. Außer der Vertretung des Vereins durch den Vorstand bestehen diese insbesondere beim Nachweis, wer Mitglied eines solchen Vereins ist. Bis 31.12.2023 war das einfach: § 899a BGB enthielt eine gesetzliche Vermutung und die

6 Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24, NZG 2025, 649 = Rpfleger 2025, 424 (Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen).

7 BT-Drucks. 19/27635, S. 139 f., 206 ff., 216 ff.

8 So bereits BayObLG, Beschluss vom 24.02.1983, 2 Z 1/83, Rpfleger 1983, 282.

galt auch für das Grundbuchamt.<sup>9</sup> Durch die Streichung von § 899a BGB und des bisherigen § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO ist der Verein ohne Rechtspersönlichkeit grundbuchrechtlich aber jetzt in einer ähnlich unkomfortablen Lage wie die GbR, bevor sich der Gesetzgeber ihrer durch Einfügung der beiden genannten Vorschriften angenommen hat.

Die erste Frage ist dabei sogleich, ob außer dem Verein auch seine Mitglieder in das Grundbuch eingetragen werden können und müssen. Für die Rechtslage vor dem 01.01.2024 hat das der BGH bejaht;<sup>10</sup> in der Literatur zum MoPeG wird die Frage nur ausnahmsweise thematisiert.<sup>11</sup> Ich meine, dass der Wegfall des § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO die Eintragung der Mitglieder nicht hindert und dass man sie nach wie vor verlangen muss. Zum einen ist der Schluss vom Schweigen des Gesetzgebers auf eine unveränderte Rechtslage nur dann tragfähig, wenn auch die Erfordernisse des bisherigen Rechts beachtet werden. Zum anderen ersetzt die Eintragung der Mitglieder die ansonsten nicht gegebene Publizität dieses Rechtsträgers. Dabei verkenne ich nicht, dass es aus der Zeit vor dem Inkrafttreten von § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO (18.08.2009) Grundbucheintragungen von Vereinen gibt, die nur den Vereinsnamen angeben,<sup>12</sup> ebenso wie in dieser Zeit bei einigen Grundbuchämtern GbRs ohne Angabe ihrer Gesellschafter eingetragen wurden. Das ist aber kein Grund, derartige Publizitätsmängel bei künftigen Eintragungen in Kauf zu nehmen. Das Erfordernis stößt auch nicht auf unüberwindliche Hindernisse. Die meisten Vereine ohne Rechtspersönlichkeit haben eine überschaubare Zahl von Mitgliedern; ist es ausnahmsweise anders und hält der Verein laufende Grundbuchberichtigungen für praktisch nicht durchführbar, muss der Verein eben doch den Weg der Eintragung in das Vereinsregister einschlagen.

Die zweite Frage betrifft den Nachweis der Mitgliedschaft und der Vertretung des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit. Anders als beim Nachweis der Verfolgung ideeller Zwecke kommt hier eine Einschränkung der Anwendung des § 29 GBO nicht in Betracht, da der Verein durch entsprechende Gestaltung seiner Satzung mit zumutbarem Aufwand den jeweiligen Nachweis führen kann. Selbst wenn das Grundbuchamt der Ersteintragung oder jedenfalls das ihm übergeordnete OLG hier einen wohlwollenden Maßstab anlegt – für künftige Eintragungen sollte man so vorsehen, dass auch der penibelste Rechtspfleger und das ungädigste Beschwerdegericht nichts zu beanstanden haben. Durch die Aufhebung des § 899a BGB ist die Vermutung entfallen, dass der Verein aus sei-

nen eingetragenen Mitgliedern besteht. Er muss also selbst dafür sorgen, dass die Vermutung nicht mehr gebraucht wird und die Bewilligungsbefugnis nach § 19 GBO dem Grundbuchamt durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann. Dabei muss man immer § 29 GBO vor Augen haben: Alle Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere die Bewilligungsbefugnis nach § 19 GBO, müssen dem Grundbuchamt durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden können.

### 3. Satzungsgestaltung für Vereine ohne Rechtspersönlichkeit

Eine Lösung kann etwa folgendermaßen aussehen: Alle derzeitigen Mitglieder des Vereins stellen in einer (mindestens) unterschriftsbeglaubigten Erklärung fest, dass sie und nur sie die Mitglieder des Vereins sind und dass ein dieser Erklärung beigefügtes Schriftstück die aktuelle Satzung des Vereins darstellt. Diese Satzung sieht zweckmäßig vor, dass Wirksamkeitsvoraussetzung einer Satzungsänderung die Vornahme einer beliebigen Eintragung in das Grundbuch ist, die ein Grundstück oder Grundstücksrecht des Vereins betrifft. Das kann die Eintragung einer Eigentümerbuchgrundschatz zu 500 € an einem Vereinsgrundstück sein oder auch ein Pfandrecht an einer im Grundbuch zugunsten des Vereins eingetragenen Grundschatz oder auch die Löschung eines Eigentümerrechts, das früher einmal eingetragen wurde. Was eingetragen wird, ist deswegen völlig gleichgültig, weil diese Eintragung nur ein Vehikel für die gewünschte Satzungsänderung ist, die – was ebenfalls die Vereinssatzung vorzuschreiben hat – nur wirksam wird, wenn diese Grundbucheintragung erfolgt ist und (um unbemerkte Änderungen auszuschließen) der Wortlaut der alten und der neuen Satzung in der Eintragungsbewilligung wiedergegeben werden. Auch der Ein- und Austritt von Mitgliedern und die Person und die Vertretungsmacht des Vorstands müssen in der Form des § 29 GBO nachweisbar sein. Ich würde hier der Einfachheit halber folgende Satzungsregelung vorschlagen: Eintritt und Austritt von Mitgliedern erfolgen je durch eine Erklärung, unter der die Unterschriften des Eintretenden/Austretenden und eines beliebigen weiteren Vereinsmitglieds notariell beglaubigt sind. Wer beim Austretenden im Hinblick auf eine nach § 39 BGB unzulässige Erschwerung des Austritts Bedenken hat, mag hier die unterschriftsbeglaubigte Erklärung des Austretenden genügen lassen. Dass Ein- und Austritt von Mitgliedern möglich sind, muss das Grundbuchamt anhand der Satzung überprüfen können – denn es muss sich davon überzeugen, dass es sich nicht in Wahrheit um eine GbR handelt, die sich als Verein ohne Rechtspersönlichkeit verkleidet hat. Der Nachweis der Vorstandseigenschaft und der Dauer der Bestellung des Vorstands erfolgt durch ein Versammlungsprotokoll, unter dem – ähnlich wie nach § 26 Abs. 4 WEG – die Unterschriften von drei Vereinsmitgliedern öffentlich beglaubigt sind. Selbstverständlich sind auch andere Satzungsregelungen denkbar; das Vorstehende soll nur skizzenhaft belegen, dass die Erfüllung der sich aus § 29 GBO ergebenden Anforderungen auch ohne Registerpublizität zwar mit gewissen Umständen verbunden, aber keineswegs ausgeschlossen ist.

9 Bauer/Schaub/Wegmann, GBO, 5. Aufl. 2023, § 47 Rdnr. 46.

10 BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405.

11 Sehr dezidiert und anders als hier allerdings Gummert, ZPG 2024, 370, 376 f.

12 Insbesondere sind zumindest die Bundesverbände politischer Parteien, die als nicht eingetragene Vereine organisiert sind, in Grundbüchern eingetragen (ein Beispiel OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.09.1999, 3 W 138/99, MittBayNot 2000, 42).



#### 4. Bereits eingetragene Vereine ohne Rechtspersönlichkeit

Wird der Verein aus Anlass der Grundbucheintragung neu gegründet, können die genannten Vorschläge bereits in der Gründungssatzung berücksichtigt werden. Existiert der Verein dagegen schon, muss er zunächst seine Satzung anpassen und es besteht – ähnlich wie bei einer am 18.08.2009 bereits eingetragenen GbR – das Problem, dass sich Existenz, Satzung und Mitgliederbestand des Vereins nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen, da eben § 899a BGB nicht mehr gilt. Allerdings lassen sich die Entscheidungen des BGH vom 28.04.2011,<sup>13</sup> durch die den am 18.08.2009 bereits eingetragenen GbRs die Teilnahme am Grundbuchverkehr (wieder) ermöglicht wurde, auch auf bereits eingetragene Vereine ohne Rechtspersönlichkeit übertragen, sodass hier die Versicherung der aktuell vorhandenen Mitglieder, dass sie die einzigen Mitglieder seien, ausreichend sein wird.

Die Zahl der Vereine ohne Rechtspersönlichkeit, die Grundstücksrechte haben oder erwerben wollen, ist verhältnismäßig gering. Schon wegen der Handelndenhaf tung beim Verein ohne Rechtspersönlichkeit (§ 54 Abs. 2 BGB) lassen sich die meisten grundbesitzenden Vereine auch ohne gesetzliche Notwendigkeit in das Vereinsregister eintragen. Trotzdem wird es möglicherweise nicht ausbleiben, dass ein anderes OLG die hier entschiedene Frage anders sehen wird und irgendwann doch der BGH entscheiden muss.<sup>14</sup> Alternativ könnte der Gesetzgeber wenigstens durch Regelung der Art und Weise der Eintragung in der GBV dem Verein ohne Rechtspersönlichkeit nachträglich einen Teil der Aufmerksamkeit zukommen lassen, die er ihm bei Erlass des MoPeG verweigert hat.

13 BGH, Beschluss vom 28.04.2011, V ZB 194/10, 232/10, 234/10, MittBayNot 2011, 393.

14 Auch eine durchgeführte Rechtsbeschwerde gegen die in Fn. 6 genannte Entscheidung des KG würde erkennen lassen, wohin der BGH tendiert. Die Entscheidung des KG kann nicht überzeugen, denn es ist nicht wohl niemand bestreiten wollen, dass ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit materiell wirksam in eine eGbR eintreten und deren Gesellschafter werden kann. Soll dann das Gesellschaftsregister zwangsläufig auf unbegrenzte Zeit unrichtig bleiben, wenn der Verein seine Eintragung in das Vereinsregister ablehnt?

•

tet ist, ist mit dem Inkrafttreten des MoPeG uneingeschränkt grundbuchfähig.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2025, 107. Sie wird behandelt von Meier, Praxisupdate Gesellschaftsrecht (in diesem Heft, S. 419).

#### 8. Eintragungsfähigkeit einer GbR, die einen Idealverein als Gesellschafter hat

KG, Beschluss vom 20.02.2025, 22 W 59/24

BGB § 54 Abs. 1, §§ 707, 707a Abs. 1 Satz 2  
FamFG § 382 Abs. 4

#### LEITSÄTZE:

1. Für Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, gilt die Regelung in § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend. Sie können daher nur dann Gesellschafter einer eGbR sein, wenn sie sich in das Vereinsregister eintragen lassen.
2. Die fehlende Eintragung eines Gesellschafters einer eGbR in das Vereinsregister kann durch eine Zwischenverfügung beanstandet werden.

Diese Entscheidung wird behandelt von Meier, Praxisupdate Gesellschaftsrecht (in diesem Heft, S. 419).

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit einer elektronisch eingereichten und notariell beglaubigten Anmeldung vom 29.07.2024 meldete der Beteiligte zu 1 (WMS) die Errichtung der Hangstraße 12 eGbR mit Sitz in B-S an. Gesellschafter seien neben seiner Person der FMS n. e. V. mit Sitz in B sowie der Verein HB n. e. V., wobei jeweils die Mitglieder angegeben wurden. Zum Geschäftsführer und Alleinvertreter sei er bestellt, im Falle seiner Verhinderung der FMS n. e. V. Den Vertretern sei Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt. Die Anmeldung enthält weiter die Versicherung, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist. Beigefügt war der Anmeldung weiter eine Urkunde vom 28.03.2023 über die Gründung und die Satzung des FMS n. e. V., bei der der Beteiligte zu 1 alle weiteren Mitglieder durch notariell beglaubigte Vollmacht vertritt. Der Beteiligte zu 1 wurde auch zum alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Vorstand des FMS n. e. V. gewählt. Die entsprechenden Unterschriften des Beteiligten zu 1 sind durch seinen Verfahrensbevollmächtigten notariell beglaubigt. Weiterhin sind die notariell beglaubigten Vollmachten für den Beteiligten zu 1 beigefügt. Ebenfalls beigefügt war ein Gesellschaftsvertrag der eGbR vom 28.03.2023, den der Beteiligte zu 1 im Namen der weiteren Gesellschafter abgeschlossen hat. Seine Unterschrift ist wiederum notariell beglaubigt.

2 Mit einem Schreiben vom 21.08.2024 wies das AG darauf hin, dass ein Vollzug der Anmeldung nicht in Betracht komme, weil die Vereine in das Vereinsregister einzutragen seien. Es bedürfe der entsprechenden Voreintragung der Ver-

#### 7. Grundbuchfähigkeit eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24

BGB § 54  
GBO § 18

#### LEITSATZ:

Der Verein ohne Rechtspersönlichkeit, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerich-

eine. Eine Eintragung mit dem angemeldeten Namenszusatz n. e. V. komme ebenfalls nicht in Betracht. Auch die angemeldete Geschäftsführungsbefugnis sei nicht eintragungsfähig. Auch eine abstrakte Vertretungsbefugnis sei der Anmeldung nicht zu entnehmen. Es seien aber sowohl die abstrakte als auch ggf. die konkrete Vertretungsbefugnis anzumelden, soweit diese von der abstrakten abweiche. Auch die Vertretung im Verhinderungsfalle sei nicht eintragungsfähig. Zur Erledigung der Hinweise wurde eine Frist von einem Monat gesetzt.

**3** Diesem Schreiben ist der Verfahrensbevollmächtigte mit einem Schreiben vom 29.08.2024 entgegengetreten. Der Hinweis zu einem Verein ohne Rechtspersönlichkeit sei als Mindermeinung näher zu begründen. Bei verschiedenen Grundbuchämtern wie Aue-Bad Schlema, Bergisch-Gladbach, Jena, Vechta und Registergerichten wie Kaiserslautern hätten sich wegen eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit im Gesellschaftsregister bisher keine Probleme ergeben. Durch den BGH sei anerkannt worden, dass der n. e. V. grundbuchfähig sei, durch das MoPeG hätten sich insoweit keine Änderungen ergeben. Der n. e. V sei uneingeschränkt rechtsfähig. Das sei auch dem Gesetzgeber klar gewesen, der ganz bewusst keine besonderen Regelungen für Register und Grundbucheintragungen getroffen habe. Dies gelte erst recht deshalb, weil zahlreiche politische Parteien und Gewerkschaften in der Form des n. e. V. agierten. Es fehle aus diesem Grund an einer planwidrigen Regelungslücke. Mit einer weiteren Anmeldung vom 17.09.2024 meldete der Notar an, dass die Gesellschaft durch alle Gesellschafter vertreten werde, konkret der Verein FMS n. e. V. die Gesellschaft alleine vertritt und ihm Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt sei, während der Gesellschafter Verein HB n. e. V. von der Vertretung ausgeschlossen sei, die Anmeldung der Geschäftsführerbefugnis des Beteiligten zu 1 werde zurückgenommen.

**4** Auf das Schreiben vom 29.08.2024 hin hat das Registergericht mit Schreiben vom 23.09.2024 an seiner Auffassung festgehalten, dass es einer Voreintragung der Vereine im Vereinsregister bedürfe. Insoweit wurde eine neue Erledigungsfrist von sechs Wochen gesetzt. Das Schreiben war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Zu diesem ihm am 25.09.2024 zugestellten Schreiben hat der Notar mit einem am 07.10.2024 eingegangenen Schreiben Stellung genommen und zur Eintragung aufgefordert. Für den Fall, dass diese nicht erfolge, solle das Schreiben als Erinnerung angesehen werden.

**5** Der Erinnerung hat das AG nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 09.10.2024 zur Entscheidung vorgelegt.

**6 II. 1.** Der Senat ist zur Entscheidung berufen, auch wenn die Beteiligten Erinnerung eingelegt haben. Denn das zutreffende Rechtsmittel ist nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG, der auch in Gesellschaftsregistersachen gilt, die Beschwerde. Die Vorschrift schließt es zwar nicht aus, dass die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens etwa an dem notwendigen Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG scheitert, so dass lediglich eine Rechtpflegererinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPfIG in Betracht kommt. Aufgrund der wirt-

schaftlichen Bedeutung der Gründung, die Gesellschaft soll Grundbuchpositionen ihrer Gesellschafter übernehmen, wird der Wert von 600 € hier aber überschritten. Als Beschwerde ist das Rechtsmittel statthaft und auch im Übrigen zulässig, weil sie form- und fristgerecht eingelegt worden ist. Die Gesellschafter der einzutragenden Gesellschafter sind auch insgesamt durch die Zwischenverfügung im Sinne des § 59 FamFG beschwert, weil die von ihnen gewünschte Eintragung verweigert wird.

**7 2.** Die Beschwerde hat aber keinen Erfolg. Das Registergericht konnte die fehlende Eintragung der beiden Gesellschafter, des FMS n. e. V. und des HB n. e. V. im Rahmen einer Zwischenverfügung beanstanden, vgl. lit. a). Die Beanstandung ist auch zu Recht erfolgt, vgl. lit. b).

**8 a)** Stehen einer Eintragung behebbare Hindernisse entgegen, so hat das Registergericht nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG eine Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu setzen. Dies ist hier mit dem Schreiben vom 23.09.2024 geschehen. Das Registergericht hat insoweit darauf aufmerksam gemacht, dass die Eintragung der (...) eGbR nur in Betracht kommt, wenn die beiden Gesellschafter in das Vereinsregister eingetragen werden. Dem Erlass der Zwischenverfügung stand auch nicht entgegen, dass die Beanstandung nicht als behebbar anzusehen wäre, weil ein neues Rechtsgeschäft erforderlich wäre (dazu grundsätzlich: KG, Beschluss vom 08.02.2005, 1 W 203/03, juris Rdnr. 3; Dutta/Jacoby/Müther, FamFG, 4. Aufl., § 382 Rdnr. 6.1; Sternal/Eickelberg, FamFG, 21. Aufl., § 382 Rdnr. 29.). Das wäre der Fall, wenn ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB generell nicht Gesellschafter einer eGbR sein könnte. Das ist aber nicht der Fall, weil materiellrechtlich eine solche Beteiligung wie auch bei einer nicht eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts möglich wäre (vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl., § 707a Rdnr. 12; so auch Begr. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132). Überdies unterscheiden sich auch Vereine ohne Rechtspersönlichkeit mit und ohne Eintragungsabsicht nicht voneinander, sodass diese auch noch nach der Gründung der eGbR zur Beseitigung des Eintragungshindernisses die Entscheidung zur Eintragung treffen können. Denn auch die vor der Eintragung in das Vereinsregister vorhandene Personenvereinigung, der sog. Vorverein, ist als Verein ohne Rechtspersönlichkeit anzusehen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 26.01.1972, BReg 2 Z 135/71, juris Rdnr. 25; MünchKomm-BGB/Leuschner, 10. Aufl., § 21 Rdnr. 142; Staudinger/Schwennicke, Neub. 2023, § 21 Rdnr. 104; Soergel/Hadding, BGB, 2000, Vor § 21 Rdnr. 64; BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 01.05.2024, § 21 Rdnr. 126). Tritt später eine Eintragungsabsicht hinzu, verhindert dies eine Rechtsnachfolge nicht (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.1977, II ZR 107/76, juris Rdnr. 10).

**9 b)** Die Beteiligten zu 2 und 3 können zwar materiellrechtlich Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein. Die Eintragung dieser Gesellschaft scheitert aber an § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB. Diese Vorschrift ist auf die Beteiligten zu 2 und 3 in entsprechender Anwendung des § 54 Abs. 1 Satz 2 BGB anzuwenden.

**10** Ist der Zweck eines Vereins nicht auf einen wirtschaftli-



chen Geschäftsbetrieb gerichtet und ist er nicht in das Vereinsregister eingetragen, sind allerdings nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst nur die §§ 24 bis 53 BGB entsprechend anzuwenden. Ein solcher Verein ohne Rechtspersönlichkeit ist entsprechender der bisherigen Einschätzung in Rechtsprechung und Literatur zum nichteingetragenen Verein, wie die Beteiligten zu Recht geltend machen, als rechtsfähig anzusehen und aus diesem Grund in der Lage, grundsätzlich jede Rechtsposition einzunehmen (vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 8 III. 2. a), 3., 4. c, § 25 II. 1. b); ders., NJW 2001, 993, 1002 f.; Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff.; ders., ZHR 148 (1984), 503 ff., 506; JurisPK-BGB/Bergmann, 10. Aufl., § 54 Rdnr. 55; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 24; Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts/Gummert, § 71 Rdnr. 1ff.; Grüneberg/Ellenberger, 84. Aufl., § 54 Rdnr. 2; Soergel/Hadding, BGB, § 54 Rdnr. 16; Staudinger/Weick, § 54 Rdnr. 2, 49, 74; siehe auch BGH, Urteil vom 02.07.2007, II ZR 111/05, juris Rdnr. 55 (zur Parteifähigkeit); Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 19/15, juris Rdnr. 15 ff. (zur Eintragung im Grundbuch)). Dass der Gesetzgeber diese Einschätzung, die er etwa durch die Änderung des § 50 Abs. 2 ZPO a. F. durch das Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 24.09.2009 anerkannt hat, durch das MoPEG wieder ändern wollte, ist nicht ersichtlich. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass der n. e. V. über jede materiellrechtliche Position auch jede formale Position einnehmen kann. Denn eine solche lässt sich allein aus der Annahme einer Rechtsfähigkeit heraus gerade nicht ableiten, wie die nicht eingetragene BGB-Gesellschaft zeigt, vgl. § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB sowie § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB, § 67 Abs. 1 Satz 3 AktG, § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG, § 47 Abs. 2 GBO. Dass der Gesetzgeber nun für eine Beteiligungsform, der es ebenso wie der nicht eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts an der Publizität bezüglich Existenz und Vertretung fehlt, etwas anderes bestimmen wollte, ist nicht ersichtlich. Für den wirtschaftlichen Verein ergibt sich eine entsprechende Behandlung durch die Verweisung auf die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft. Die Verweisung auf § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB muss insoweit analog auch für den nicht eingetragenen Idealverein gelten (ebenso BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 01.11.2024, § 54 Rdnr. 22; MünchKomm-BGB/Leuschner, § 54 Rdnr. 39). Dies ist im Interesse der Registerpublizität erforderlich, die mit der Reform des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angestrebt worden ist. Denn für das Registergericht ist weder die Annahme ausreichend nachprüfbar, dass es sich um eine Idealverein handelt, noch sind die Bestimmungen zur Vertretung überprüfbar. Der Gesetzgeber sieht bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die am Rechtsverkehr als Inhaber von Grundstücksrechten oder als Gesellschafter anderer Gesellschaften teilnehmen, ein erhöhtes Bedürfnis nach einer durch Publizität vermittelten Sicherheit über Haftungs- und Vertretungsverhältnisse (RegE BT-Drucks. 19/27635, S. 114). Warum diese Gründe nicht auch für einen Verein ohne Rechtspersönlichkeit gelten sollen, ist nicht nachvollziehbar. Eine Privilegierung des nicht eingetragenen Idealvereins gegenüber der GbR ist auch nicht gerechtfertigt. Der ursprüngliche Grund für die Wahl der Organisationsform

eines nicht eingetragenen Vereins, nämlich der Wunsch der durch das Konzessionssystem bedingten staatlichen Aufsicht zu entgehen, greift bei den Beteiligten zu 2 und 3 nicht und ist im Übrigen unter der Ägide des Grundgesetzes auch nicht mehr notwendig (so wohl auch BeckOK-BGB/Schöpflin, Stand: 01.11.2024, § 54 Rdnr. 22). Auf die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 10.10.2024, 20 W 186/24, juris) lässt sich eine abweichende Meinung nicht stützen. Die Entscheidung ist im Grundbuchverfahren getroffen worden, die Frage der Grundbuchfähigkeit spielt im vorliegenden Verfahren aber keine Rolle. Der Hinweis auf eine von dieser Auffassung abweichende Praxis anderer Registergerichte bindet den Senat nicht.

11 c) Dass bezüglich der eingereichten Anmeldung unklar bleibt, wer den FMS n. e. V. vertreten soll und auch eine Anmeldung zur Vertretungsbefugnis des Beteiligten zu 1 fehlt, ist für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung, weil hier nur die Zwischenverfügung vom 23.09.2024 angefallen ist. Über den Eintragungsantrag an sich kann der Senat nicht entscheiden (vgl. Dutta/Jacoby/Müther, FamFG, § 382 Rdnr. 10).

(...)

•

## 9. Auslegung der Gemeinschaftsordnung – Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums

KG, Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 21/24

BGB §§ 925, 873

GBO §§ 20, 29

WEG §§ 9b, 12, 18, 23, 24, 26

### LEITSATZ:

Ein in einer vor dem 01.12.2020 vereinbarten Gemeinschaftsordnung enthaltener Zustimmungsvorbehalt zugunsten „der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer“ zur Veräußerung eines Wohnungseigentums ist ergänzend dahin auszulegen, dass nicht die Wohnungseigentümer individuell, sondern die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zustimmungsbefugt sind.

Diese Entscheidung wird behandelt von Wobst, Praxisupdate WEG (in diesem Heft, S. 442).

•

## 10. Eintragung einer Teilungserklärung bei Einreichung des Aufteilungsplans in Papierform in größerem Format als DIN A3

OLG München, Beschluss vom 04.09.2024, 34 Wx 224/24e

AVA § 3 Abs. 3  
ERVV Ju § 19 Abs. 1  
GBO § 135 Abs. 1 und 3  
WEG § 7 Abs. 4, § 8

### LEITSÄTZE:

1. Dem grundbuchamtlichen Vollzug einer Teilungserklärung nach dem WEG steht nicht entgegen, dass der Aufteilungsplan nicht in elektronischer, sondern in Papierform eingereicht wurde.
2. Wurde der Aufteilungsplan zudem in einem Format größer als DIN A3 vorgelegt, ist dies ebenfalls unschädlich.
3. Als bloße Verwaltungsvorschrift für die Bauordnungsbehörde mit lediglich interner Wirkung vermag die AVA im Grundbuchverfahren keine über § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG hinausgehenden Anforderungen zu begründen. Gleiches gilt im Hinblick auf § 29 GBO. (Leitsatz der Schriftleitung)

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2025, 37. Sie wird behandelt von Wobst, Praxisupdate WEG (in diesem Heft, S. 442).

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

## 11. Zur Auslegung eines Ehe- und Verzichtsvertrags im Hinblick auf den Ausschluss auch des vorzeitigen Zugewinnausgleichs

OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 18.09.2024, II-25 UF 69/24

BGB §§ 133, 138, 157, 1364, 1365, 1369, 1371, 1372, 1385  
FamFG §§ 58 ff., 68 Abs. 3 Satz 2

### LEITSATZ:

Der notariell beurkundete Ausschluss des Zugewinnausgleichs für den Fall der Ehescheidung in dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehe- und Verzichtsvertrag umfasst den Ausschluss des vorzeitigen Zugewinnausgleichs gemäß § 1385 BGB mit, auch wenn dieser nicht ausdrücklich im Vertrag genannt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1-4 (hier nicht abgedruckt)

5.1. Der Senat schließt sich der Auffassung des AG an, dass der notariell beurkundete Ausschluss des Zugewinnaus-

gleichs für den Fall der Ehescheidung in dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehe- und Verzichtsvertrag den Ausschluss des vorzeitigen Zugewinnausgleichs gemäß § 1385 BGB mitumfasst, auch wenn dieser nicht ausdrücklich im Vertrag genannt wird.

6 Verträge sind gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist die beiderseitige Interessenlage zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 09.05.2003, V ZR 240/02, juris Rdnr. 10 m. w. N.; vgl. auch Busche in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2021, § 157 Rdnr. 7 m. w. N.). Bei der Auslegung der einem Vertrag zugrundeliegenden Willenserklärung ist zudem gemäß § 133 BGB der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

7 Nach dieser Maßgabe ist Ziffer 1 des Ehe- und Verzichtsvertrags entgegen der Auffassung der Antragstellerin dahingehend auszulegen, dass der Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Falle der Scheidung den vorzeitigen Zugewinnausgleich einschließt. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass auch der Antragsgegner den Zugewinnausgleich ausdrücklich nur für den „Fall der Scheidung“ ausschließen wollte, ist festzuhalten, dass der Begriff „Fall“ hier nicht auf einen Zeitpunkt hinweist, sondern auf eine Fallkonstellation, nämlich die – erfolgreiche – Durchführung des Scheidungsverfahrens.

8 Zwar haben die Beteiligten keine ausdrückliche Regelung über den vorzeitigen Zugewinnausgleich getroffen. Doch unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen kann Sinn und Zweck des ausdrücklich vereinbarten Ausschlusses des Zugewinnausgleichs für den Fall der Scheidung nur gewesen sein, dass beide Beteiligten auf jeglichen Ausgleich eines Zugewinns für diesen Fall verzichten wollten. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, welches Interesse die Beteiligten daran gehabt haben sollen, einen Zugewinnausgleich zu einem früheren Zeitpunkt als dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung zulassen zu wollen.

9 Dass die Beteiligten über die Frage des vorzeitigen Zugewinnausgleichs möglicherweise bei Vertragsschluss nicht nachgedacht haben, schließt nicht aus, die getroffene Regelung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen insoweit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu betrachten. Der Senat sieht keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Beteiligten den vorzeitigen Zugewinnausgleich hätten zulassen wollen, wenn sie bei Abschluss des Ehevertrags über diese Frage nachgedacht hätten.

10 2. Soweit die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung betont, vorläufig gehe es ihr ausschließlich um die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung der Zugewinngemeinschaft, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, welches schützenswerte Interesse sie daran haben könnte, die Zugewinnsgemeinschaft vor Rechtskraft der Scheidung aufzuheben.

11 Gemäß § 1364 BGB ergeben sich die Rechtsfolgen der Zugewinnsgemeinschaft aus den §§ 1365ff. BGB. Dies umfasst einerseits Verfügungsbeschränkungen gemäß § 1365 BGB bis § 1369 BGB und andererseits die Regelungen über

den Zugewinnausgleich im Todesfall gemäß § 1371 BGB und über den Zugewinnausgleich in anderen Fällen gemäß § 1372 BGB.

**12** Wegen des zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehe- und Verzichtsvertrags ergeben sich weder in Bezug auf die Regelungen über den Zugewinnausgleich noch in Bezug auf die Regelungen über die Verfügungsbeschränkungen der in Zugewinngemeinschaft lebenden Ehegatten schützenswerte Interessen der Antragstellerin an der vorzeitigen Aufhebung der Zugewinngemeinschaft.

**13 a)** Dass der vorzeitige Zugewinnausgleich gemäß § 1385 BGB aufgrund des zwischen den Beteiligten geschlossenen Ehevertrags im Hinblick auf das laufenden Scheidungsverfahren ausgeschlossen ist, hat der Senat unter Bezugnahme auf die Entscheidung des AG bereits ausgeführt.

**14 b)** Die Verfügungsbeschränkungen gemäß §§ 1365 bis 1369 BGB sind für beide Beteiligten aufgrund von Ziffer 1. a) des Ehevertrags aufgehoben. Auch dies wurde oben ausgeführt. Die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft bringt der Antragstellerin insoweit keinen Vorteil.

**15 c)** Weitere Rechte kann die Antragstellerin aus der vorzeitigen Aufhebung der Zugewinngemeinschaft nicht herleiten.

**16 3.** Der Verzicht auf die vorzeitige Beendigung der Zugewinngemeinschaft gemäß § 1386 BGB ist in der hiesigen Fallgestaltung nicht sittenwidrig gemäß § 138 BGB, denn der Antragstellerin gehen keine den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts berührenden Rechte verloren.

**17** Zwar mag zu diskutieren sein, ob der isolierte Verzicht auf die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft im Interesse güterrechtlicher Autonomie und Selbstständigkeit dann unzulässig ist, wenn die sich aus §§ 1364 bis 1369 BGB ergebenden Verfügungsbeschränkungen ehevertraglich nicht abbedungen sind. Denn in diesem Fall können die Ehegatten durch die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über ihr jeweiliges Vermögen erlangen.

**18** Vorliegend sind aber sämtliche sich aus der Zugewinngemeinschaft ergebenden Verfügungsbeschränkungen der Beteiligten durch den Ehe- und Verzichtsvertrag abbedungen worden, wie bereits ausgeführt wurde. Die Beteiligten sind auch während bestehender Zugewinngemeinschaft in ihrer Verfügungsgewalt über ihr jeweiliges Vermögen nicht beschränkt.



## 12. Eigenständiger Anspruch des berufsmäßigen Ergänzungspflegers auf Aufwendungseratz

OLG München, Hinweisbeschluss vom 13.05.2024, 16 WF 467/24e

BGB § 1808 Abs. 3, § 1813 Abs. 1, § 1879

FamGKG § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2, § 24 Nr. 2, § 26 Abs. 2

VBVG § 1 Abs. 3 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. Es kann dahinstehen, ob der Anspruch des berufsmäßigen Ergänzungspflegers auf Vergütung und Aufwendungseratz als Teil der Verfahrenskosten zu qualifizieren ist oder ob es sich um einen eigenständigen Anspruch des berufsmäßigen Ergänzungspflegers handelt, der nach Maßgabe von §§ 168d, 292 Abs. 1, 3-6 FamFG gegen den Mündel bzw. einen Dritten, der die Schuld übernommen hat, festzusetzen ist. Die letztgenannte Auffassung erscheint aber zutreffend. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Erklärung zur Übernahme der Kosten einer Ergänzungspflegschaft im Sinne des § 24 Nr. 2 Var. 2 FamGKG wird bereits angenommen, wenn der Veräußerer eines Grundstücks in der notariellen Urkunde die Kosten der Beurkundung und des Vollzugs übernimmt und für die Durchführung des Grundstücksgeschäfts die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig war. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Erklären die Erziehungsberechtigten in einer notariell beurkundeten Erklärung über eine Schenkung, dass sie als Veräußerer die Kosten der Ergänzungspflegschaft und der familiengerichtlichen Genehmigung tragen, und teilen sie dies dem Gericht mit, beinhaltet die Übernahmeerklärung aus Gründen des Schutzes des Minderjährigen, dass die Erziehungsberechtigten damit einverstanden sind, auch im Außenverhältnis (alleinige) Schuldner des Anspruchs des Ergänzungspflegers auf Erstattung seiner Vergütung und Aufwendungen zu werden. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Grundsätzlich erfolgt die Führung der Pflegschaft unentgeltlich. Eine Vergütung kann in der Regel nur der berufsmäßig tätige Pfleger verlangen, wobei die Berufsmäßigkeit vom Gericht bei der Bestellung festgestellt werden muss. Erbringt dieser im Rahmen seiner Amtsführung anwaltsspezifische Tätigkeiten, so steht ihm ein Wahlrecht zu, ob er diese im Wege des Aufwendungseratzes nach anwaltlichem Gebührenrecht abrechnet, § 1813 Abs. 1, § 1808 Abs. 3 BGB, § 4 VBVG, oder eine Vergütung seiner Tätigkeit nach Stunden gemäß § 1813 Abs. 1, § 1808 Abs. 3 BGB, § 1 Abs. 3, § 3 VBVG beansprucht. (Leitsatz der Schriftleitung)
5. Die Vertretung eines Kindes durch einen Ergänzungspfleger beim Abschluss notarieller Überlassungsverträge erfordert eine umfassende rechtliche Prüfung der Verträge, weshalb die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts gerechtfertigt erscheint. (Leitsatz der Schriftleitung)



## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 13. Anforderungen an den Erbscheinsantrag eines Gläubigers zum Zwecke der Zwangsvollstreckung

OLG Brandenburg, Beschluss vom 15.01.2025, 3 W 75/24

FamFG §§ 48, 352

PStG § 61 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1

ZPO § 792

#### LEITSÄTZE:

1. Nach § 792 ZPO kann ein Gläubiger, wenn er zum Zwecke der Zwangsvollstreckung eines Erbscheins bedarf, dessen Erteilung anstelle des Schuldners verlangen. Dabei richtet sich das Verfahren nach denjenigen Vorschriften, nach denen auch dem Schuldner die Urkunde erteilt würde, also insbesondere nach § 352 FamFG. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Auch der Gläubiger muss also die entsprechenden Personenstandsurkunden, die für die Erteilung des Erbscheins erforderlich sind, beibringen. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin begeht als Gläubigerin des Erblassers einen Erbschein, der den Beteiligten zu 2 als Alleinerben des Erblassers ausweist.

2 Sie beruft sich hierfür auf die gesetzliche Erbfolge. Da sämtliche anderen in Betracht kommenden Erben die Erbschaft ausgeschlagen hätten, sei der Beteiligte zu 2, ein Enkel des Erblassers, dessen alleiniger Erbe geworden. So weit der Beteiligte zu 2, vertreten durch seine Mutter als dessen alleinige gesetzliche Vertreterin, die Erbschaft für diesen ausgeschlagen habe, sei diese Ausschlagung nicht wirksam, wie das Nachlassgericht selbst mitgeteilt habe.

3 Das Nachlassgericht hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.10.2023 darauf hingewiesen, dass die Pflichtangaben nach § 352 FamFG fehlten und die Richtigkeit der Angaben durch öffentliche Urkunden nachzuweisen sei.

4 Daraufhin hat die Antragstellerin die Geburtsurkunden des Erblassers, die des Beteiligten zu 2, sowie der Kinder des Erblassers („Name 01“) und („Name 02“) eingereicht.

5 Mit Beschluss vom 10.05.2024 hat das Nachlassgericht den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Der Antrag sei fehlerhaft, es fehlten weiterhin Pflichtangaben nach § 352 FamFG, die erforderlichen Personenstandsurkunden lägen nicht vollständig vor. Zudem könne dem Antrag auch im Übrigen nicht stattgegeben werden, da die Antragstellerin nicht ausreichend dargelegt habe, dass die Ausschlagungserklärung des benannten Erben unwirksam sei.

6 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde. Sie wendet ein, sie sei nicht verpflichtet, die

verlangten Angaben zu machen. Die Pflichtangaben nach § 352 FamFG seien nur von einem Antragsteller zu machen, der die Erteilung eines Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt. Hierzu gehöre sie als Nachlassgläubigerin nicht.

7 Im Übrigen hätte das Nachlassgericht von Amts wegen prüfen müssen, ob der Beteiligte zu 2 das Erbe wirksam ausgeschlagen hat oder nicht. Das Nachlassgericht habe selbst mitgeteilt, dass die Ausschlagung nach seiner Auffassung unwirksam sei und deshalb auch die Feststellung des Fiskuserbrechts abgelehnt.

8 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

9 II. Die nach §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1. hat in der Sache keinen Erfolg.

10 I. Der Erbscheinsantrag ist bereits unzulässig, da er die nach § 352 FamFG erforderlichen Angaben nicht enthält, obwohl das Nachlassgericht die Antragstellerin hierauf hingewiesen und Gelegenheit zur Ergänzung des Antrags gegeben hat.

11 a) Voraussetzung eines zulässigen Antrags ist, dass der Antragsteller die im Erbscheinsantrag erforderlichen Angaben macht (BGH, Beschluss vom 08.02.2023, IV ZB 16/22). Macht der Antragsteller nicht die geforderten Angaben oder fehlen Urkunden, kann er durch Zwischenverfügung, zweckmäßig mit Fristsetzung, dazu aufgefordert werden; bleibt das erfolglos wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen (Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023 Rdnr. 61).

12 Nach § 792 ZPO kann ein Gläubiger, wenn er zum Zwecke der Zwangsvollstreckung eines Erbscheins bedarf, dessen Erteilung anstelle des Schuldners verlangen. Dabei richtet sich das Verfahren nach denjenigen Vorschriften, nach denen auch dem Schuldner die Urkunde erteilt würde, also insbesondere nach § 352 FamFG (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2019, I-3 Wx 210/19).

13 Auch der Gläubiger muss also die entsprechenden Personenstandsurkunden, die für die Erteilung des Erbscheins erforderlich sind, beibringen (Bonefeld/Kroiß/Tanck/Heindl, Erbprozess, 6. Aufl. 2023, § 9 Rdnr. 1; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.06.2023, 3 W 55/23, BeckRS 2023, 15013). Er ist hierzu auch regelmäßig problemlos imstande. Das Benutzungsrecht für standesamtliche Urkunden regelt das PStG. Nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 PStG haben „andere Personen“ – zu denen auch Gläubiger zählen – ein Recht auf Erteilung, wenn sie ein rechtliches Interesse glaubhaft machen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2019, I-3 Wx 210/19).

14 b) Die zum Nachweis des gesetzlichen Erbrechts des Beteiligten zu 2 erforderlichen Personenstandsurkunden hat die Antragstellerin nicht vollständig vorgelegt.

15 Vorgelegt hat die Antragstellerin die Geburtsurkunde des Erblassers, die Geburtsurkunde des Beteiligten zu 2, die Geburtsurkunde von („Name 01“) und die Geburtsurkunde der („Name 02“). Aus diesen Geburtsurkunden ergibt sich, dass („Name 01“) und („Name 02“) Abkömmlinge des Erb-



lassers sind. Der Beteiligte zu 2 ist aber kein Abkömmling einer dieser beiden Personen, sondern ausweislich der Geburtsurkunde der Abkömmling von („Name 03“). Die Geburtsurkunde des („Name 03“) hat die Antragstellerin aber nicht vorgelegt und ist auch nicht sonstiger Bestandteil der Akte, sodass der Nachweis, dass („Name 03“) ein Abkömmling des Erblassers und damit der Beteiligte zu 2 als Sohn von („Name 03“) ebenfalls vom Erblasser abstammt und dessen Enkel ist, nicht erbracht ist. Die Antragstellerin hat auch in ihrem Schreiben vom 13.12.2023 als Kinder von („Erblasser“) und („Name 04“) nur („Name 01“) und („Name 02“) genannt. Dass der Erblasser einen weiteren Sohn („Name 03“) hat, ist dort nicht erwähnt. Ohne einen solchen Nachweis kann das Erbrecht des Beteiligten zu 2 nicht festgestellt werden.

**16** Der Antrag war also bereits aus diesem Grund zurückzuweisen, sodass die Beschwerde ohne Erfolg bleibt.

**17** 2. Der Senat weist bereits jetzt darauf hin, dass der Antrag selbst bei Vervollständigung der Angaben nach vorläufiger Einschätzung keinen Erfolg haben dürfte.

**18** a) Zutreffend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Prüfung, ob die Ausschlagung des Beteiligten zu 2 wirksam war, vom Nachlassgericht von Amts wegen in einem weiteren Erbscheinsverfahren zu prüfen wäre und der Antrag nicht mit dem Hinweis auf fehlenden Vortrag hierzu zurückgewiesen werden dürfte. Im Hinblick auf § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 FamFG dürfte es ausreichen, dass sich die Beteiligte zu 2 wegen der Annahme der Erbschaft durch den Beteiligten zu 2 – wie geschehen – der Sache nach auf den Inhalt der Nachlassakte bezieht. Denn auf dieser Grundlage ist das Gericht selbst von einer Annahme ausgegangen. Es hat sich bereits in dem Verfahren über die Feststellung des Fiskuserbrechts ausdrücklich darauf bezogen, dass die Ausschlagung keine Wirksamkeit entfalte.

**19** b) Anders als das Nachlassgericht geht der Senat nach seiner vorläufigen Rechtsauffassung davon aus, dass der Beteiligte zu 2 die Erbschaft letztlich wirksam ausgeschlagen hat. Zwar ist zunächst die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung nicht erteilt worden. Die Mutter des Beteiligten zu 2 hat aber, nachdem der Beteiligte zu 2 zu kostenintensiven Maßnahmen am Grundstück aufgefordert worden war, erneut für diesen die Ausschlagung der Erbschaft bzw. die Anfechtung der Annahme erklärt und hierfür die familiengerichtliche Genehmigung beantragt. Das Familiengericht hat mit Beschluss vom 14.03.2019 diese Erklärung genehmigt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass nach Versagung der familiengerichtlichen Genehmigung Verbindlichkeiten bekannt worden seien, die zunächst nicht bekannt gewesen seien und die dazu führten, dass die Ausschlagung für das Kind insgesamt vorteilhaft sei.

**20** Darin liegt der Sache nach eine Abänderung der ursprünglichen Entscheidung über die Versagung der Genehmigung nach § 48 FamFG vor.

**21** c) Eine solche Entscheidung dürfte auch zulässig gewesen sein. Die Abänderungssperre nach § 48 Abs. 3 FamFG dürfte dem nicht entgegenstehen. Eine Abänderung kommt danach dann nicht in Betracht, wenn die Genehmigung

oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. § 48 Abs. 3 FamFG ergänzt die Vorschrift des § 40 Abs. 2 FamFG, die die Wirksamkeit von Entscheidungen, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, an den Eintritt der formellen Rechtskraft knüpft. Abs. 3 berücksichtigt das schutzwürdige Interesse von an einem Rechtsgeschäft beteiligten Dritten an dem dauerhaften Bestand einer Genehmigungsentscheidung (Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 48 Rdnr. 13; Stefanie Rüntz in Bahrenfuss, FamFG, 3. Aufl., § 48 Rdnr. 73). Erfasst werden nur solche Beschlüsse, deren Gegenstand eine gerichtliche Genehmigung ist, die Voraussetzung für die Außenwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts gegenüber einem Dritten ist (MünchKomm-FamFG/Ulrici, 4. Aufl. 2025, § 48 Rdnr. 25). An einer solchen Außenwirkung dürfte es bei der Ausschlagung der Erbschaft aber fehlen. Einen an einem Rechtsgeschäft Beteiligten Dritten gibt es dabei nicht (vgl. auch Bartels in Dutta/Jacoby/Schwab, FamFG, Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 48 Rdnr. 46 ff.).



#### 14. Verzicht auf ein Nacherbenrecht bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers für den Nacherben

OLG Köln, Beschluss vom 25.11.2024, 2 Wx 200/24

BGB §§ 2205, 2222

#### LEITSÄTZE:

- Der Verzicht auf ein Nacherbenrecht kann bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers für den Nacherben nur von dem Testamentsvollstrecker erklärt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Die Löschung des Nacherbenvermerks bedarf in diesem Fall weder der Zustimmung eines Pflegers für unbekannte Nacherben nebst betreuungsgerichtlicher Genehmigung noch einer Zustimmung bereits bekannter Nacherben. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der Beteiligte zu 1 ist im o. g. Grundbuchblatt als Eigentümer verzeichnet. In Abteilung II ist unter lfd. Nr. 5 ein Nacherbenvermerk folgenden Inhalts eingetragen:

„G W, geboren am (...) 1961, ist befreiter Vorerbe. Nacherben sind die Abkömmlinge des Vorerben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, derzeit M W, geboren am (...) 2003. Die Nacherbfolge tritt bei Tod des Vorerben ein. Zur Wahrung der Rechte der Nacherben ist Testamentsvollstreckung angeordnet.“

2 In notarieller Urkunde vom 08.08.2023 (UVZ-Nr. 1830 für 2023 des verfahrensbevollmächtigten Notars [...]) haben sich die Beteiligten unter der aufschiebenden Bedingung der Erbinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 2 in dem Erbvertrag vom selben Tage geeinigt, dass der im o. g. Grundbuchblatt verzeichnete Grundbesitz künftig nicht mehr der Nacherbschaft unterliegt, sondern in das freie

Vermögen des Beteiligten zu 1 als des Vorerben überführt wird, und die Nacherbin den Grundbesitz freigibt.

**3** Mit Schriftsatz vom 14.03.2024 hat der verfahrensbevollmächtigte Notar unter Beifügung einer beglaubigten Abschrift des Erbvertrags, in welchem der Beteiligte zu 1 die Beteiligte zu 2 zu seiner Alleinerbin berief (...), die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt (...). Im Nachgang ist die am 15.05.2024 beglaubigte Löschungsbewilligung des Testamentsvollstreckers N W eingereicht worden (...).

**4** Mit Zwischenverfügung vom 07.08.2024 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag beanstandet und die Zustimmung eines Pflegers nebst rechtskräftiger Genehmigung des Betreuungsgerichts sowie einer Zustimmung der bereits bekannten Nacherben nebst Nachweisen der Abstammung in der Form des § 29 GBO für erforderlich erachtet. Zur Begründung hat sie im Kern ausgeführt, zwar stelle die Löschung des Nacherbenvermerks keine Verfügung im Rechtssinne und auch kein materiellrechtliches Freiwerden des Grundbesitzes aus der Nacherbenbindung dar. Jedoch würde mit der Löschung die grundbuchmäßige Absicherung des Nacherbenrechts gegen gutgläubigen Erwerb aufgegeben.

**5** Hiergegen wendet sich die mit Schriftsatz des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 06.11.2024 eingelegte Beschwerde (...), mit der im Wesentlichen der Standpunkt vertreten wird, für die Löschung genüge die Bewilligung des Nacherbentestamentsvollstreckers. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG Köln vorgelegt.

**6** 2. Die nach § 71 Abs. 1 GBO statthaftre und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung, weil das gerügte Eintragungshindernis nicht besteht.

**7** Für die Löschung des in Abteilung II unter Ifd. Nr. 5 eingetragenen Nacherbenvermerks bedarf es weder der Zustimmung eines Pflegers für unbekannte Nacherben nebst betreuungsgerichtlicher Genehmigung noch einer Zustimmung bereits bekannter Nacherben. Vielmehr genügt die Löschungsbewilligung des zur Wahrnehmung der Rechte der Nacherben bestellten Testamentsvollstreckers.

**8** Ein derartiger Testamentsvollstrecker nimmt, wie sich aus § 2222 BGB ergibt, alle Rechte und Pflichten des Nacherben wahr. Er tritt voll an seine Stelle; soweit er Erklärungen anstelle des Nacherben abgeben kann, scheidet die Bestellung eines Pflegers für den Nacherben aus. Zwar fehlt dem Nacherbentestamentsvollstrecker die rechtliche Befugnis, auf die Anwartschaft des Nacherben selbst zu verzichten, dem Vorerben also die Stellung eines Vollerben zu verschaffen. Indes wird durch den Verzicht auf den Nacherbenvermerk der Grundbesitz nicht frei von den Rechten des Nacherben. Verzichtet wird damit lediglich auf die Wirkung des Nacherbenvermerks, sodass ein gutgläubiger Dritter das Grundstück frei vom Nacherbenrecht erwerben könnte. Der Verzicht kann bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers für die Nacherben nur von diesem erklärt werden. Er enthält keine Verfügung über das Nacherbenrecht oder über einen Nachlassgegenstand (§ 2205 Satz 2,

3 BGB) und kann daher unbeschränkt vom Testamentsvollstrecker erklärt werden. An die Erklärung des Verzichts durch den Nacherbentestamentsvollstrecker ist das Grundbuchamt gebunden; eine Überprüfung der Erklärung darauf, ob sie zweckmäßig ist und ordnungsmäßiger Wahrnehmung der Interessen des Nacherben entspricht, steht dem Grundbuchamt nicht zu (einhellige Meinung, BayObLG, Beschluss vom 01.06.1989, BReg 2 Z 119/88, juris Rdnr. 12-14; zust. OLG Hamburg, Beschluss vom 15.04.2019, 2 W 58/18, juris Rdnr. 46; Staudinger/Dutta, Neub. 2021, § 2222 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 9. Aufl. 2022, § 2222 Rdnr. 7; Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2222 BGB Rdnr. 2). Die der Zwischenverfügung zugrunde liegende Wertung ist erwägenswert, würde aber die Befugnisse des Testamentsvollstreckers gerade im Falle der Nacherbenvollstreckung über die gesetzliche Regelung des § 2205 BGB hinaus einschränken.

(...)

•

## 15. Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Enterbung für den Fall, dass der Erbe eine bestimmte Person heiratet

OLG München, Beschluss vom 23.09.2024, 33 Wx 325/23e  
BGB § 138 Abs. 1, §§ 2084, 2247, 2353  
GG Art. 6, Art. 14 Abs. 1 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. Zur Frage der (hier nicht gegebenen) Sittenwidrigkeit einer Enterbung in einem privatschriftlichen Testament für den Fall, dass der Begünstigte eine bestimmte Person heiratet und die Eheschließung noch vor dem Tod des Erblassers erfolgt.
2. Ob eine sittenwidrige und damit nichtige Bedingung die konkrete Verfügung des Erblassers (hier: Enterbung) insgesamt unwirksam macht, ist im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung zu klären.
3. Verletzt die Nichtabhilfeentscheidung des Nachlassgerichts rechtliches Gehör, kann eine Rückgabe der Akten an das Nachlassgericht zur erneuten Durchführung des Abhilfeverfahrens unterbleiben, wenn die Sache entscheidungsreif ist.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der in dritter Ehe verheiratete Erblasser ist am (...) 2022 verstorben. Er betrieb ein Restaurant der Spitzengastronomie samt Hotel. Aus der Ehe mit seiner ersten Ehefrau gingen der Beteiligte zu 1 und ein weiterer vorverstorbener Sohn hervor, aus der Ehe mit der zweiten Ehefrau der Beteiligte zu 2 (= Beschwerdeführer). Die dritte Ehe des Erblassers blieb kinderlos.

2 Der Erblasser errichtete am 19.10.2016 ein mehrseitiges handschriftliches Testament, in dem er den Beteiligten zu 1 und den Beschwerdeführer als Erben zu je  $\frac{1}{2}$  einsetzte. Auf der letzten Seite dieses Testaments verfügte der Erblasser:



„Sollte mein Sohn A [= der Beteiligte zu 1] seine Lebensgefährtin (...) [C L] heiraten, wird er enterbt.“

**3** Es existieren drei Versionen des auf den 19.10.2016 datierenden handschriftlichen Testaments, die sich insbesondere bezüglich von Verfügungen die dritte Ehefrau des Erblassers betreffend unterscheiden. Hinsichtlich der zitierten Klausel sind die Testamente identisch. Der kinderlose Beteiligte zu 1 heiratete am (...) 2018 die im vorstehenden Testament genannte C L, mit der er seitdem verheiratet ist.

**4** Am 17.01.2023 beantragte der Beschwerdeführer die Erteilung eines Alleinerbscheins. Er ist der Ansicht, durch die Heirat des Beteiligten zu 1 sei die Bedingung im Testament vom 19.10.2016 eingetreten und der Beteiligte zu 1 enterbt worden. Dem ist der Beteiligte zu 1 entgegengetreten. Er ist der Ansicht, es handele sich insoweit um eine sittenwidrige Bedingung.

**5** Das Nachlassgericht ist Argumentation des Beteiligten zu 1 gefolgt und hat den Erbscheinsantrag des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 01.06.2023 zurückgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde vom 20.06.2023 hat das Nachlassgericht mündlich verhandelt und den Beteiligten zu 1 angehört. Mit Beschluss vom 27.11.2023, der Geschäftsstelle übergeben am 30.11.2022, hat es der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

**6 II.** Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die Erteilung des vom Beschwerdeführer beantragten Alleinerbscheins liegen vor. Das Nachlassgericht war deshalb anzuweisen (§ 2353 BGB), den beantragten Erbschein zu erteilen.

**7 1.** Der Senat kann sogleich in der Sache entscheiden, obgleich das Abhilfeverfahren an einem wesentlichen Verfahrensmangel leidet, da das Erstgericht das Vorbringen des Beschwerdeführers in dessen Schriftsatz vom 28.11.2023 vor Erlass der Abhilfeentscheidung am 30.11.2023 nicht berücksichtigt und damit dessen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hat.

**8 a)** Die Nachlassrichterin hat die Abhilfeentscheidung bereits am 27.11.2023 unterschrieben. Die gerichtliche Entscheidungsfindung endet aber erst mit dem Erlass des Beschlusses; erst zu diesem Zeitpunkt wird dieser als Rechtsprechungsakt existent. Bis zum Zeitpunkt des Erlasses befindet sich der Beschluss nur im Entwurfsstadium und kann daher vom Gericht noch abgeändert werden (BGH, Beschluss vom 04.07.2018, XII ZB 240/17, NJW 2018, 3786). Nach § 38 Abs. 3 FamFG ist die nicht verkündete Nichtabhilfeentscheidung (erst) mit der Übergabe des unterzeichneten Beschlusses an die Geschäftsstelle erlassen. Daher sind in Nachlasssachen Schriftsätze, die bis zu diesem Zeitpunkt eingehen, grundsätzlich bei der Nichtabhilfeentscheidung noch zu berücksichtigen. Dies gilt selbst dann, wenn die Entscheidung im Zeitpunkt des Eingangs des Schriftsatzes vom Nachlassrichter bereits unterzeichnet, aber noch nicht an die Geschäftsstelle übergeben worden ist. Bleibt schriftsätzliches Vorbringen, das vor Erlass der Entscheidung im Sinne von § 38 Abs. 3 FamFG eingegangen ist, unberücksichtigt, wird der Verfahrensbeteiligte in

seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) auch dann verletzt, wenn dem Richter der Schriftsatz nicht mehr rechtzeitig vorgelegt worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 15.07.2015, XII ZB 525/14, NJW-RR 2015, 1090).

**9 b)** Eine Aufhebung der Nichtabhilfeentscheidung und Rückgabe der Akten an das Nachlassgericht konnte gleichwohl unterbleiben, weil die Sache entscheidungsreif ist und der mit der unterbleibenden Rückgabe der Akten an das Nachlassgericht einhergehende Verlust einer Instanz angesichts der Entscheidungsreife der Sache nicht erheblich ins Gewicht fällt, zumal eine Beweisaufnahme nicht durchzuführen war.

**10 2.** Die Beschwerde ist auch begründet. Zu Unrecht hat das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag des Beschwerdeführers vom 17.01.2023 zurückgewiesen. Es war daher, da der Senat den beantragten Erbschein selbst nicht erteilen kann, zu seiner Erteilung anzuweisen (§ 2353 BGB).

**11** Der Senat teilt nicht die Ansicht des Nachlassgerichts, dass die Enterbung des Beteiligten zu 1 sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB und dieser im Ergebnis als Miterbe zu  $\frac{1}{2}$  berufen ist. Für die Annahme von Sittenwidrigkeit ist im vorliegenden Fall kein Raum (sogleich unter a)). Selbst wenn man aber zu einer Sittenwidrigkeit der konkreten Bedingung käme, wäre der Beteiligte zu 1 in der Folge nicht als Erbe berufen (sogleich unter b)).

**12 a)** Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob die verfahrensgegenständliche Klausel geeignet ist, die durch Art. 6 GG gewährleistete Eheschließungsfreiheit des Beteiligten zu 1 zumindest mittelbar zu beeinflussen, denn die Klausel ist im konkreten Fall unter Berücksichtigung der durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Testierfreiheit des Erblassers nicht sittenwidrig.

**13 aa)** Der Senat hat bereits Zweifel, ob in Fällen, in denen spätestens bei Eintritt des Erbfalls feststeht, ob der Bedachte die betreffende Handlung vorgenommen oder unterlassen hat, eine Bedingung im Rechtssinne vorliegt, die am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB zu messen ist. Zur Zeit des Erbfalls (= Eintritt der Rechtsfolgen) fehlt die Bedingungen grundsätzlich immanente Ungewissheit, denn es steht fest, ob die sanktionierte Handlung vorgenommen wurde oder nicht (so auch Staudinger/Otte, Neub. 2019, § 2074 Rdnr. 17).

**14 bb)** Selbst wenn aber von einer entsprechenden Bedingung auszugehen wäre, wäre diese nicht sittenwidrig. Unter welchen Voraussetzungen Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen in der hier zur Entscheidung stehenden Konstellation sittenwidrig sind, ist allerdings umstritten.

**15 (1)** Die Rechtsprechung vor Geltung des BGB oder des GG hielt Bedingungen für unwirksam, mittels derer die Erblasser die Eheschließungsfreiheit des Bedachten in Fragen beeinflussen wollen, die allein von deren freiem sittlichen Entschluss abhängen und nicht mit Vermögensvorteilen verquickt werden sollten (OLG Rostock, Urteil vom 08.12.1890, BeckRS 1890, 1; RG, Urteil vom 18.09.1913, IV 200/13, BeckRS 1913, 00002).

**16** Nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG, Beschluss vom 22.03.2004, 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008

„Hohenzollern“) sind Bedingungen in Erbverträgen daraufhin zu überprüfen, ob sie geeignet sind, die grundrechtlich geschützte Eheschließungsfreiheit des eingesetzten Abkömmlings (zumindest) mittelbar zu beeinflussen. Das BVerfG hat in Ebenbürtigkeitsklauseln in Erbverträgen, in denen die Nacherben vor die Wahl gestellt wurden, entweder eine ebenbürtige Ehe im Sinne der Hausverfassung einzugehen, um dadurch das Familienvermögen über Generationen hinweg in der Familie zu halten, oder aber die Stellung als Nacherbe zu verlieren, eine mögliche mittelbare Beeinflussung der Eheschließungsfreiheit erblickt. Wann und unter welchen Voraussetzungen andere Klauseln in Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich geeignet sind, eine mittelbare Beeinflussung des Bedachten im Hinblick auf seine Eheschließungsfreiheit auszuüben, hat es nicht entschieden.

**17** Der BGH hielt in einer früheren Entscheidung die Bedingung, wonach sich ein Abkömmling von seiner Ehefrau scheiden lassen müsse, um den Erblasser beerben zu können, nicht für sittenwidrig, weil der Erblasser das Verhalten der Schwiegertöchter als schwere Kränkung seiner eigenen Ehre und der seiner Familie angesehen und die Schwieger töchter nicht für wert gehalten habe, einmal Bäuerinnen auf seinem Hof zu werden (BGH, Urteil vom 28.01.1956, IV ZR 216/55, BeckRS 1956, 31385658).

**18** Das BayObLG billigte einen Ausschluss von der Erbfolge wegen der nach dem Hausgesetz erforderlichen, im konkreten Fall aber fehlenden Zustimmung des Fürsten zur Eheschließung, weil die getroffene Regelung in besonderem Maße dem Ziel des Erblassers diente, unter den Abkömmlingen denjenigen zum Erben zu berufen, der am besten geeignet erschien, den Nachlass im Sinne des Erblassers zu verwalten (BayObLG, Beschluss vom 04.08.1999, 1 Z BR 187/97, juris). Eine Erbeinsetzung unter der Bedingung der Erbringung von lebzeitigen Pflegeleistungen zugunsten des Erblassers hielt es für möglich, ohne die Frage der Sittenwidrigkeit zu thematisieren (BayObLG, Beschluss vom 28.01.1998, 1 Z BR 162/97, 1 Z BR 176/97, NJW-RR 1998, 729). Das OLG Frankfurt a. M. sah die Grenze zur Sittenwidrigkeit in einem privatschriftlichen Testament, in dem der Erblasser die Erbeinsetzung seiner Enkelkinder von regelmäßigen Besuchen bei ihm abhängig mache, als überschritten an (OLG Frankfurt a. M., 20 W 98/18, ZEV 2019, 212), weil die vom Erblasser erhobene Bedingung unter Berücksichtigung der höchstpersönlichen und auch wirtschaftlichen Umstände die Entschließungsfreiheit des bedingten Zuwendungsempfängers unzumutbar unter Druck setze und durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen Verhaltensweisen bewirkt werden sollten, die regelmäßig eine freie, innere Überzeugung des Handelnden voraussetzen (OLG Frankfurt a. M., 20 W 98/18, ZEV 2019, 212). Das OLG Naumburg (9 U 110/98, BeckRS 1998, 31024804) hielt eine Erbeinsetzung unter der Bedingung, eine bestimmte Person bis drei Jahre nach dem Tod des Erblassers nicht zu heiraten, für sittenwidrig, weil die Anordnung bei objektiver Betrachtungsweise und unter Beachtung der Größe des Nachlasses einen ungebührlichen und weitreichenden Einfluss auf die Entschließungsfreiheit der Erbin ausgeübt habe. Das OLG Hamm (10 U 58/21, FD-ErbR 2023, 458493)

hielt ein Besuchsverbot für den Lebensgefährten der Erbin nach dem Tod der Erblasserin für sittenwidrig, weil die nur bedingte Zuwendung im konkreten Fall, in dem die Parteien bis zum Erbfall familiär zusammenlebten, einen unzumutbaren Druck auf die Bedachte ausübe, sich in einem höchstpersönlichen Bereich auf eine bestimmte Art und Weise zu verhalten.

**19** Im Schrifttum wird zu Potestativbedingungen einerseits vertreten, alle Bedingungen, die auf das künftige Verhalten des Bedachten im nicht vermögensbezogenen Bereich abstellen, seien unwirksam (*Kipp/Coing*, Erbrecht, § 16 III. 1. b); *Keuk*, FamRZ 1972, 9). Nach anderer Ansicht liegt grundsätzlich kein Eingriff in Freiheitsrechte, insbesondere in Grundrechte vor, weil es dem Erblasser unbenommen sei, lebzeitig durch finanzielle Verlockungen auf das Verhalten einer Person Einfluss nehmen zu wollen, sodass ihm das auch nach seinem Tode durch Bedingungen möglich sein müsse, weshalb sich hieraus keine Sittenwidrigkeit von Potestativbedingungen herleiten lasse (*Muscheler*, ZEV 1999, 151). Eine vermittelnde Ansicht stellt darauf ab, dass eine Vermutung zugunsten der Testierfreiheit bestünde und die Annahme der Sittenwidrigkeit nur bei einem klaren Überwiegen der Gegenposition gerechtfertigt erscheine (MünchKomm-BGB/*Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 2074 Rdnr. 20 unter Berufung auf BGH, Beschluss vom 02.12.1998, IV ZB 19/97, MittRhNotK 1999, 54 (Hohenzollern)).

**20** (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die verfahrensgegenständliche Klausel nicht sittenwidrig, sondern im Rahmen der Testierfreiheit des Erblassers hinzunehmen. Dabei kann dahinstehen, welcher der im Schrifttum vertretenen Ansicht zu folgen ist, zumal diesbezüglich oft unklar ist, ob die jeweilige Rechtsfolge auch dann greifen soll, wenn – wie hier – Eintritt oder Ausfall der Bedingung noch zu Lebzeiten des Erblassers feststehen.

**21** (i) Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der durch die Bedingung auf den Beteiligten zu 1 einwirkende – im Folgenden unterstellte – Druck von geringem Gewicht ist, da er nicht aus dem Testament selbst herrührt, sondern der Ankündigung des Erblassers entspringt, ihn für den Fall der Hochzeit mit C L zu enterben. Dieses – zunächst rein im Tatsächlichen liegende – Verhalten mag moralisch missbilligt werden, zur testamentarischen Regelung verhält es sich grundsätzlich aber nicht: Hätte der Erblasser keine entsprechende testamentarische Verfügung getroffen, wären seine Äußerungen rechtlich ohne jede Relevanz, insbesondere könnte kein anderer Erbpräendent aus ihnen Rechte herleiten. Hätte der Erblasser hingegen zwar wie geschehen testiert, dies aber dem Beteiligten zu 1 nicht mitgeteilt, wäre ausgeschlossen, dass die Klausel Druck auf diesen im Hinblick auf die beabsichtigte Eheschließung ausgeübt hätte, jedenfalls zu Lebzeiten des Erblassers. Anknüpfungspunkt für die Sittenwidrigkeitsprüfung ist mithin eine bloße Äußerung des Erblassers.

**22** (ii) Hinzu kommt, dass der potenzielle Erbe in Fällen der vorliegenden Art in aller Regel weiß, dass er durch „Wohlverhalten“ zwar etwas gewinnen kann, aber bei „Zuwiderhandlungen“ nichts verliert, hat er doch auf eine über seinen Pflichtteil hinausgehende Beteiligung am Nachlass



keinen Anspruch (so im Ergebnis auch *Gutmann*, NJW 2004, 2347). Selbst wenn der potenziell Bedachte positive Kenntnis von der Verfügung von Todes wegen hat, zum Beispiel weil sie ihm vom Erblasser gezeigt wird, wird ihm gelegentlich sein, dass das Vorzeigen eines entsprechenden Testaments für ihn mit keinerlei rechtlicher Sicherheit verbunden ist.

**23 a.** Zwar müssen die Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Testaments (Testierwille, Testierfähigkeit und Beachtung der Formvorschriften) im Errichtungszeitpunkt vorliegen, aber die Rechtslage hinsichtlich der zu vererbenden Gegenstände bleibt zu Lebzeiten des Erblassers unverändert und selbst die testamentarische Erbeinsetzung begründet für den Bedachten keinerlei Rechte – auch kein Anwartschaftsrecht – in Bezug auf den Nachlass (*Lange*, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 13 Rdnr. 6). Sie kann vom Erblasser vielmehr jederzeit widerrufen werden. Das subjektive Erbrecht entsteht mithin erst im Augenblick des Erbfalls, weil bis dahin ungewiss ist, ob der Bedachte den Erbfall überhaupt erlebt (§ 1923 Abs. 1 BGB; vgl. *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 1922 Rdnr. 208).

**24 b.** Kann der Erblasser aber ein bereits errichtetes Testament bis zum Eintritt des Erbfalls jederzeit widerrufen, kann der Bedachte keine Gewissheit in Richtung einer Erbeinsetzung haben, auch dann nicht, wenn er sein Verhalten an den Wünschen des Erblassers ausrichtet. Eine solche Bedingung ist deshalb allenfalls in geringem Maße geeignet, auf den Bedachten rechtlich erheblichen Druck, der über denjenigen in alltäglichen Lebenssituationen hinausgeht, auszuüben.

**25 (iii)** Auch der Umstand, dass der Erblasser seine Testierfreiheit nutzt, um durch die Bedingung auf einen grundrechtlich geschützten Lebensbereich des Beteiligten zu 1 einzuwirken, führt aufgrund der in die Abwägung zwischen den Grundrechten einzubeziehenden Lebenssituation des Beteiligten zu 1 im konkreten Fall nicht zur Sittenwidrigkeit der Bedingung.

**26 a.** Zu berücksichtigen ist zunächst, dass der Beteiligte zu 1 als Abkömmling des Erblassers pflichtteilsberechtigt ist (§ 2303 Abs. 1 BGB). Die Pflichtteilsansprüche führen zu einer maßgeblichen wirtschaftlichen Beteiligung des Beteiligten zu 1 an dem nicht unerheblichen Erblasservermögen. Dass er pflichtteilsberechtigt ist, wusste der Beteiligte zu 1 bereits zu dem Zeitpunkt, als ihm der Erblasser die Enterbung für den Fall der missbilligten Eheschließung androhte, sodass er diesen Umstand in seine persönliche Abwägung einstellen konnte, auch wenn er nicht wissen konnte, in welcher Höhe tatsächlich Pflichtteilsansprüche bestehen würden. Ein unzumutbarer wirtschaftlicher Druck wurde vor der Eheschließung mithin nicht aufgebaut.

**27 b.** Darüber hinaus hat der Erblasser dem Beteiligten zu 1 nach dessen Bekunden geholfen, eine Ausbildung in der Spitzengastronomie zu erhalten und abzuschließen. Diese Ausbildung war im Jahre 2016 bereits abgeschlossen und der Beteiligte zu 1 verfügte über eine feste Anstellung im Betrieb des Erblassers, die auch nach der Hochzeit nicht beendet wurde. Auch dies spricht dagegen, dass die in

Aussicht gestellte Erbenstellung/Enterbung unzumutbaren Druck auf den Beteiligten zu 1 ausübe, kann er doch jederzeit für sich und seine Familie auch in einem fremden Betrieb aus eigener Kraft und Anstrengung aufkommen, zumal er am Erblasservermögen zusätzlich durch seine Pflichtteilsansprüche beteiligt ist.

**28 c.** Schließlich spricht gegen die Annahme der Sittenwidrigkeit im konkreten Einzelfall auch, dass dem Beteiligten zu 1 nicht – wie vom BVerfG hinsichtlich der Ebenbürtigkeitsklausel gerügt – nahezu jede Eheschließung untersagt war, sondern dass der Erblasser lediglich den Einfluss einer bestimmten Person auf den von ihm aufgebauten Betrieb, in dem der Beteiligte zu 1 tätig war und ist und dies nach dem Willen des Erblassers auch bleiben sollte, verhindern und auf diese Weise sein Lebenswerk sichern wollte. Dass er sich dafür auch des Erbrechts bedient hat, mag menschlich zweifelhaft sein, ist jedoch rechtlich hinzunehmen.

**29 (iv)** Gegen die Sittenwidrigkeit der Bedingung spricht im konkreten Einzelfall ferner, dass der Erblasser noch zu Lebzeiten das von ihm missbilligte Verhalten des Beteiligten zu 1 durch eine (erneute) Enterbung hätte sanktionieren können.

**30 a.** Der Erblasser hätte, als er von der Hochzeit des Beteiligten zu 1 mit C L erfuh, diesen enterben können. Für die Wirksamkeit einer solchen Verfügung wäre es nach allgemeiner Ansicht unerheblich gewesen, was den Erblasser zu seinem Schritt bewogen hat und ob die Enterbung mit oder ohne Angabe von Gründen oder sogar unter ausdrücklicher Benennung der vom Erblasser missbilligten Eheschließung erfolgt wäre (so auch *Bernauer*, DNotZ 2019, 782). Dies ist Ausdruck der grundgesetzlich garantierten Testierfreiheit, die den Erblasser von Verfassungs wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge zwingt (BVerfG, Beschluss vom 16.10.1984, 1 BvR 513/78, NJW 1985, 1455), sondern vielmehr auch die Freiheit umfasst, die Vermögensnachfolge nicht an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen (BVerfG, Beschluss vom 21.02.2000, 1 BvR 1937/97, NJW 2000, 2495; BayObLG, Beschluss vom 04.08.1999, 1 Z BR 187/97, BeckRS 1999, 7895; OLG München, 31 Wx 248/20, NJW-RR 2021, 138). Kann der Erblasser aber noch lebzeitig das von ihm als „Fehlverhalten“ empfundene Verhalten durch eine Enterbung „ahnden“, hat die im Testament niedergelegte Enterbung für den Fall des „Fehlverhaltens“ ein so geringes Gewicht, dass im Zweifel der Testierfreiheit gegenüber anderen Rechten der Vorrang gebührt. Wenn der Erblasser bis zum Zeitpunkt seines Todes eine Person unter Angabe von Gründen, die nicht den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder den Anschauungen entspricht, enterben kann und dies als Ausfluss seiner Testierfreiheit von der Rechtsordnung hingenommen wird, kann es keinen Unterschied machen, wenn er die Erbeneinsetzung von vornherein bedingt vornimmt.

**31 b.** Aus dem Umstand, dass der Erblasser nach der Hochzeit des Beteiligten zu 1 nicht erneut in diese Richtung testiert hat, lässt sich nicht schließen, dass die Enterbung keinen Bestand haben sollte. Es ist naheliegend, dass der Erblasser als juristischer Laie es als eine Selbstverständlichkeit

angesehen hat, dass die von ihm angedrohte Enterbung greift und er insofern nach seiner Vorstellung eine erneute, (nur) klarstellende Testierung nicht für erforderlich gehalten hat (vgl. dazu OLG München, 31 Wx 128/17, NJW-RR 2017, 907).

**32 (3)** Damit unterscheiden sich die Fälle, in denen der Eintritt oder der Ausfall der Bedingung vor dem Erbfall bereits feststeht und solche, in denen an ein nach dem Erbfall liegendes Verhalten angeknüpft wird. Nur in den letztgenannten Fällen droht dem Bedachten ein echter Entscheidungskonflikt, denn erst ab dem Erbfall steht er vor der Wahl, sich entweder dem Willen des Erblassers zu beugen und die Erbschaft (bzw. die Zuwendung) zu erhalten oder aber diesen Willen zu ignorieren und die Erbschaft (Zuwendung) zu verlieren. Nur in dieser Konstellation kann er zudem eine verlässliche wirtschaftliche Bewertung vornehmen, denn erst jetzt lässt sich der Wert der Zuwendung bzw. des Nachlasses bestimmen. Zwar mag sich auch in den Fällen, in denen die Bedingung an ein Verhalten vor dem Erbfall anknüpft, die angedrohte Enterbung für den (mutmaßlich) Bedachten unangenehm anfühlen, eine rechtlich relevante Beeinträchtigung stellt sie aber schon deswegen nicht dar, weil der Bedachte grundsätzlich weiß, dass der Erhalt der Zuwendung – über deren Höhe er nur spekulieren kann – auch losgelöst von einem etwaigen Wohlverhalten ungewiss ist, denn es ist einerseits völlig offen, ob der Bedachte den Erbfall überhaupt erlebt, und zum anderen, ob der Erblasser „Wort hält“ und das „Wohlverhalten“ durch eine testamentarische Zuwendung belohnt und diese am Ende auch (wirtschaftlich) werthaltig ist. Deswegen ist es auch angemessen, beide Fallgruppen grundsätzlich unterschiedlich zu behandeln.

**33 (4)** Im Übrigen war die im Testament ausgesprochene Enterbung für den Fall der Eheschließung mit C L tatsächlich ungeeignet, das Verhalten des Beteiligten zu 1 zu beeinflussen und auf diesen erheblichen Druck auszuüben, denn dieser ist in Kenntnis der angekündigten Enterbung die Ehe mit C L eingegangen.

**34 b)** Selbst wenn man entgegen den bisherigen Ausführungen davon ausgeinge, dass die vom Erblasser im Testament vom 19.10.2016 aufgestellte Bedingung sittenwidrig und damit nichtig wäre, wäre der Beteiligte zu 1 nicht als Mit Erbe zu ½ neben dem Beschwerdeführer berufen.

**35 aa)** Die Rechtsfolgen sittenwidriger und damit nichtiger Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.

**36 (1)** Nach einer Ansicht soll danach unterschieden werden, ob der Erblasser die betreffende Verfügung unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung gestellt hat. § 2085 BGB finde bei Anordnung einer auflösenden, nicht aber bei einer aufschiebenden Bedingung Anwendung. S ofern der Erblasser seine Verfügung mit einer auflösenden Bedingung versehen habe, deute dies nämlich darauf hin, dass sein Wille grundsätzlich auf den Eintritt der Rechtsfolge gerichtet sei. Die Anordnung, dass diese bei Bedingungseintritt wegfällt, könne insofern als abtrennbarer Teil der Verfügung angesehen werden, sodass die Anwendung

des § 2085 BGB gerechtfertigt sei. Bei einer aufschiebenden Bedingung läge diese Interessenlage des Erblassers jedoch nicht vor. Hier solle nach dem Willen des Erblassers seine Verfügung von vornherein nur bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen zum Tragen kommen. Dies weise darauf hin, dass bei Unwirksamkeit der Bedingung auch die Verfügung als solche nicht wirksam sein solle (Staudinger/Otte, § 2085 Rdnr. 14).

**37** Nach anderer Ansicht kann die Frage, ob die nichtige Bedingung die Verfügung insgesamt unwirksam macht oder ob die Verfügung unbedingt bestehen bleibt, nicht nach § 139 BGB oder § 2085 BGB beurteilt werden, weil es sich nicht um trennbarere Teile eines Rechtsgeschäfts in dem von diesen Vorschriften gemeinten Sinn handelt (MünchKomm-BGB/Leipold, § 2074 Rdnr. 28; von Lübtow, I, S. 352), vielmehr unmittelbarer Inhalt der Anordnung des Erblassers ist (BeckOGK-BGB/Gierl, Stand: 01.06.2024, § 2085 Rdnr. 22). Die Rechtsfolgen einer unwirksamen Bedingung sollen sich dann gemäß den allgemeinen Grundsätzen im Wege der erläuternden bzw. ergänzenden Auslegung beurteilen (BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.05.2024, § 2074 Rdnr. 27; NK-BGB/Selbherr, 6. Aufl. 2022, § 2074 Rdnr. 28; BeckOGK-BGB/Gierl, § 2085 Rdnr. 26).

**38** Soweit das OLG Naumburg (a. a. O.) von einer sittenwidrigen Bedingung ausgegangen ist, verhält sich die Entscheidung nicht zu der Frage, welche Rechtsfolge eine solche Bedingung nach sich zieht. Das OLG Hamm (a. a. O.) scheint stillschweigend davon ausgegangen zu sein, dass durch ergänzende Testamentsauslegung der Wille der Erblasserin festzustellen sei. Das OLG Frankfurt a. M. (a. a. O.) ging davon aus, dass dem Schutzzweck entsprechend die Zuwendung ohne die unwirksame Bedingung „ohne Weiteres“ aufrechterhalten bleibt, was sich im Übrigen aber auch im Wege der hypothetischen Testamentsauslegung ergeben.

**39 (2)** Die Frage, ob eine sittenwidrige und damit nichtige Bedingung die Verfügung insgesamt unwirksam macht, ist im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung zu klären.

**40 (i)** § 2085 BGB ist schon deswegen nicht anwendbar, weil die Verfügung des Erblassers eine einheitliche ist: Der Erblasser will den Bedachten nur dann bedenken, wenn er ein bestimmtes Verhalten vornimmt oder unterlässt. Diese Zuwendung kann nicht in die Zuwendung einerseits und die Bedingung andererseits aufgespalten werden, vielmehr handelt es sich um eine untrennbare Einheit.

**41(ii)** Letztlich ist bei der Beurteilung der Rechtsfolgen nichtiger Bedingungen (allein) die Frage zu beantworten, zu wessen Nachteil es gereicht, wenn der Wille des Erblassers in Bezug auf eine Aufrechterhaltung der betreffenden Verfügung auch ohne die unwirksame Bedingung unaufgeklärt bleibt (vgl. BeckOGK-BGB/Gierl, § 2085 Rdnr. 26).

**42** Käme § 2085 BGB zur Anwendung, hätte dies zur Folge, dass im Zweifel die Verfügung auch ohne die unwirksame Bedingung bestehen bliebe und derjenige, der sich auf einen anderen Willen des Erblassers beruft, insoweit die Feststellungslast trüge. Geht man hingegen von der grund-



sätzlichen Nichtigkeit von Verfügung und Bedingung aus, trüge im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung derjenige die Feststellungslast, der sich auf die Fortgeltung der Verfügung beruft.

**43** Lässt sich aber kein Wille des Erblassers in die eine oder andere Richtung feststellen, ist für die Anwendung von § 2085 BGB kein Raum, denn die Vorschrift beruht gerade auf der Annahme, dass der Wille des Erblassers im Zweifel eher dahin geht, die übrigen, von der Unwirksamkeit nicht betroffenen Verfügungen aufrechtzuerhalten, denn durch die Testierung kommt sein grundsätzlicher Wille zum Ausdruck, die gesetzliche Erbfolge abzuändern. Diese Schlussfolgerung kann aber in Fällen, in denen der Erblasser die Erbeinsetzung unter einer Bedingung vornimmt, gerade nicht gezogen werden, denn die gesetzliche Erbfolge soll eben nur für den Fall abgeändert werden, dass der Bedachte die Handlung vornimmt oder unterlässt.

**44 bb)** Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lässt sich dem vorliegenden Testament kein Wille des Erblassers entnehmen, an der Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 auch dann festzuhalten, wenn dieser die Bedingung – Eheschließung mit C L – verwirkt. Im Gegenteil: Der Umstand, dass der Erblasser die bedingte Erbeinsetzung an letzter und damit hervorgehobener Stelle des Testaments anordnet und sie damit der am Anfang vorgenommen Erbeinsetzung entgegengesetzt, spricht dafür, dass es ihm auf den Ausschluss des Beteiligten zu 1 von der Erbfolge in besonderem Maße ankam, falls dieser die vom Erblasser missbilligte Ehe ein geht. Die Erbeinsetzung lässt sich mithin auch nicht im Wege ergänzender Testamentsauslegung feststellen.

**45 III.** 1. Kosten fallen bei der erfolgreichen Beschwerde nicht an. Für die Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten sieht der Senat keine Veranlassung.

**46** 2. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

**47 a)** Soweit die Frage der Sittenwidrigkeit zu beurteilen und eine Abwägung der Grundrechte der Testierfreiheit (Art. 14 GG) und der Eheschließungsfreiheit (Art. 6 GG) vorzunehmen ist, handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, die die Zulassungskriterien (§ 70 FamFG) nicht erfüllt. Zudem kommt es auf die Frage der Sittenwidrigkeit nicht entscheidungserheblich an, weil auch bei unterstellter Sittenwidrigkeit eine Erbeinsetzung zu verneinen wäre.

**48 b)** Hinsichtlich der weiteren im vorliegenden Fall zu entscheidenden Rechtsfragen ist nicht ersichtlich, dass insoweit das Bedürfnis nach einer rechtsbeschwerdegerichtlichen Leitentscheidung für die Rechtspraxis, nach Leitsätzen für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen, oder zur Ausfüllung von Gesetzeslücken besteht (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 21.03.2007, XII ZR 136/05, NJW-RR 2007, 1022). Die Frage nach den Rechtsfolgen sittenwidriger Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen ist aufgrund der vom Senat im vorliegenden Einzelfall verneinten Sittenwidrigkeit nicht entscheidungserheblich (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 19.12.2002, VII ZR 101/02, NJW 2003, 831).

**49** 3. Hinsichtlich des vom Beschwerdeführer ebenfalls be-

antragten Europäischen Nachlasszeugnisses fehlt bislang eine nachlassgerichtliche Entscheidung.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Rolf Husmann**, Berlin

Dem Beschluss des OLG München lag – vereinfacht dargestellt – folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erblasser, Inhaber eines Restaurants der Spitzengastronomie und eines Hotelbetriebs, verfügte mit Einzeltestamenten, die in der Hauptsache übereinstimmten und alle aus dem Jahr 2016 stammen, dass sein Sohn, ein gelernter Koch, unter der Bedingung enterbt sein soll, dass er seine damalige, namentlich benannte Lebensgefährtin heiratet. Die Heirat zwischen dem Sohn und seiner Lebensgefährtin fand 2018 statt. Erst nach der Heirat starb der Erblasser. Im Jahr 2023 wurde ein Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt.

Das Nachlassgericht war erstinstanzlich der Ansicht, dass die Bedingung sittenwidrig sei und daher keine Erbteilung vorliege. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel hatte vor dem OLG Erfolg, weil der Senat eine Sittenwidrigkeit in diesem Fall mit sehr gut nachvollziehbaren Gründen verneinte.

Die Frage nach der Sittenwidrigkeit von Bedingungen in letztwilligen Verfügungen, die auf das Verhalten der Bedachten Einfluss ausüben können (sog. Lenkungsklauseln), ist bisher Gegenstand einer lebhaften Diskussion zwischen Rechtsprechung und Literatur gewesen.<sup>1</sup> Auch wenn die Rechtsprechung sich sprachlich auf die Formel des BVerfG einigen konnte, dass eine Sittenwidrigkeit nur bei einer unerträglichen Drucksituation vorliege, verbarg sich hinter dieser Formulierung in der Sache eine Einzelfallrechtsprechung, die nur schwer sinnvoll systematisierbar ist.<sup>2</sup> Der jüngste Beschluss des OLG München legt nunmehr möglicherweise den Grundstein für eine Fallgruppenbildung, wonach Einzeltestamente, die Bedingungen enthalten, deren Eintritt oder Nichteintritt vor dem Erbfall feststeht, in der Regel nicht sittenwidrig sind. Dies hätte den Mehrwert für die Praxis, dass Bedingungen mit größerer Rechtssicherheit in letztwilligen Verfügungen Verwendung finden könnten.

#### 1. Inhalt der Entscheidung

Den Kern und den Hauptteil der Entscheidung nimmt eine Sittenwidrigkeitsprüfung ein, wenn auch weitere interessante Ausführungen zur Dogmatik von Bedingungen und zur Auslegung eines Testaments bei Nichtigkeit einer Klausel enthalten sind. Maßstab für die Sittenwidrigkeitsprüfung im Einzelfall ist dabei nach ständiger Rechtsprechung wegen der Abwägung mit der verfassungsrechtlich garantierten Testierfreiheit, dass Lenkungsklauseln nur dann sittenwidrig sind, wenn sie der in den Grundrechten

1 Vgl. zum Stand der Diskussion in Rspr. und Lit. z. B. Staudinger/Otte, Neub. 2019, § 2074 Rdnr. 30-35.

2 Zu den vielgestaltigen Rechtsprechungsfällen liefert *Leipold* einen guten Überblick: MünchKomm-BGB/*Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 2074 Rdnr. 23-27.

zum Ausdruck kommenden normativen Wertungen in erheblicher Weise widersprechen.<sup>3</sup>

In seiner Abwägungsentscheidung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Eheschließungsfreiheit des potenziellen Erben gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, dass sich hieraus keine Sittenwidrigkeit ergeben kann.

Erstens sei das Mittel der bedingten Enterbung (a) nicht per se sittenwidrig und (b) ergebe sich auch aus der Zweck-Mittel-Relation nichts anderes.

a) Das Mittel der bedingten Enterbung sei – so das Gericht – nicht per se sittenwidrig, weil es im Allgemeinen nur einen geringen Druck ausüben könne. Dafür führt das Gericht vier Gründe kumulativ an.

Zum einen beruhe die Drucksituation auf einem tatsächlichen Ankündigungsverhalten und nicht bereits auf einer nicht mehr abänderbaren Rechtslage, die erst künftig mit Tod des Testierenden eintreten werde.<sup>4</sup>

Außerdem handele es sich bei einer Erbeinsetzung um einen Vorteil, auf den man anders als beim Pflichtteil keinen Anspruch habe. Man könne also lediglich etwas hinzugewinnen, aber nichts entzogen bekommen.<sup>5</sup>

Des Weiteren sei die Erbeinsetzung keine ausreichend gesicherte Erwerbsposition, kein Anwartschaftsrecht, sondern lediglich eine Erwerbschance, die in der Höhe und sogar auch hinsichtlich des tatsächlichen Eintritts noch ganz offen sei. Ein wirklicher Entzug einer ausreichend sicheren Rechtsposition als Sanktion sei daher nicht feststellbar.<sup>6</sup>

Viertens: Auch im konkreten Einzelfall sei keine besondere Drucksituation mit der Lenkungsklausel verbunden. Das Pflichtteilsrecht des Enterbten sei wirtschaftlich betrachtet erheblichen Umfangs gewesen. Der Enterbte sei auch nicht angewiesen auf die Erbschaft, weil er seinen Lebensunterhalt selbst erwirtschaften könne – dank einer Ausbildung, die ihm der Erblasser ermöglichte, und dank der Anstellung im Restaurant des Erblassers auch nach der Heirat mit seiner Lebensgefährtin. Außerdem sei dem Enterbten lediglich untersagt worden, eine einzige, bestimmte Person nicht zur Ehefrau zu nehmen. Im Vergleich zu der Hohenzollern-Entscheidung, in dem eine Vielzahl an Ehepartnern ausgeschlossen worden seien, die nicht ebenbürtig seien, wäre dies ein geringerer Eingriff.<sup>7</sup>

3 Dass die Abwägung zwischen Testierfreiheit und den betroffenen Grundrechten im Einzelfall im Ausnahmefall zur Feststellung der Sittenwidrigkeit führt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH und entspricht den Grundsätzen, die das BVerfG im Hohenzollern-Fall niedergelegt hat (BVerfG, Beschluss vom 22.03.2004, 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008); so beispielsweise: BGH, Urteil vom 28.01.1956, IV ZR 216/55, BeckRS 1956, 31385658; Beschluss vom 02.12.1998, IV ZB 19/97, NJW 1999, 566, 568 f.

4 Vgl. Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

5 Vgl. Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

6 Vgl. Rdnr. 23 f. der besprochenen Entscheidung.

7 Vgl. zu diesem Absatz Rdnr. 25-28 der besprochenen Entscheidung.

b) Aus der Zweck-Mittel-Relation lasse sich fernerhin ebenfalls keine Sittenwidrigkeit ableiten.

Der Wille des Erblassers, dass sein Lebenswerk nicht durch die Beteiligung bzw. Einflussnahme der jetzigen Ehefrau des Enterbten gefährdet werde, könne auch mit erbrechtlichen Mitteln abgesichert werden. Der Erblasser sei grundsätzlich frei darin, – unabhängig vom sittlichen Verständnis der Bevölkerung – seine Erben zu wählen.<sup>8</sup> Es könne keinen entscheidenden Unterschied machen, ob der Erblasser nach der Heirat ein neues Testament erichte und darin die Enterbung quasi *post factum* vornehme oder ob der Erblasser bereits *ante factum* durch eine Bedingung eine solche Regelung treffe, solange er noch vor seinem Tod durch eine erneute Enterbung dasselbe Ergebnis erreichen könne. Genauso stehe erst nach dem Tod des Erblassers der Umfang des Nachlasses endgültig fest, vor dem Erbfall gerade nicht, sodass von einer solch vagen Aussicht auf Vermögenszuwendung noch keine ausreichende Druckwirkung ausgehen könnte.

## 2. Analyse der Entscheidung

Der Beschluss ist zu begrüßen, weil er das Gestrüpp der Einzelfallrechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bedingungen in erheblichem Maße lichtet.

Bisher war zweifelhaft, ob bereits die Kundgabe einer Bedingung vor dem Todesfall sittenwidrig sein könnte. So schließt *Leipold* den Versuch einer Einflussnahme nur unter der doppelten Bedingung aus, dass die Bedingung vor dem Erbfall eintritt und der Bedachte vom Erblasser nicht über die bedingte Zuwendung zuvor informiert worden ist.<sup>9</sup>

Außerdem hat die Rechtsprechung bisher Bedingungen in Einzeltestamenten, die die Zuwendungen von lebzeitigen Verhalten wie Pflegeleistungen oder regelmäßigen Besuchen abhängig machen, unterschiedlich beurteilt. Während das BayObLG keine Sittenwidrigkeit bei Abhängigkeit einer Erbeinsetzung in einem Einzeltestament von Pflegeleistungen zu Lebzeiten des Erblassers sah, auch wenn die Bedachte das Testament mitunterschrieb und damit Kenntnis von der Bedingung hatte,<sup>10</sup> sah das OLG Frankfurt a. M. in einer jüngeren Entscheidung die Sittenwidrigkeit einer bedingten Erbeinsetzung dann gegeben, wenn diese von lebzeitigen Besuchspflichten der Bedachten abhängt.<sup>11</sup>

Das OLG München bereitet mit seiner neuen Rechtsprechung den Weg, Bedingungen in Einzeltestamenten regelmäßig – wenn auch nicht in allen Fällen – für zulässig zu halten, wenn der Bedingungseintritt vor dem Erbfall liegt. Die Schaffung einer Fallgruppe – das OLG verwen-

8 Vgl. Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

9 Vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2074 Rdnr. 21.

10 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 28.01.1998, 1 ZBR 162/97, 1 ZBR 176/97, NJW-RR 1998, 729.

11 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 05.02.2019, 20 W 98/18, NJW-RR 2019, 394.



det diesen Begriff selbst wörtlich –<sup>12</sup> erscheint überzeugend, weil sich die Argumente, die das Gericht dafür anführt, problemlos vom Einzelfall extrapolieren und auf andere vergleichbare Fälle übertragen lassen: Es fehlt in allen gleich gelagerten Fällen stets an einer ausreichend gesicherten Erwerbsposition; es besteht nämlich kein Anwartschaftsrecht, solange der Erblasser noch lebt. Auch das zweite tragende Argument ist übertragbar, wonach eine bedingte Erbeinsetzung nicht sittenwidrig sein kann, wenn theoretisch die Möglichkeit bestünde, durch ein neues Testament das gleiche Ergebnis, nämlich die (unbedingte) Enterbung ohne jeden Verdacht der Sittenwidrigkeit zu erreichen.

Es ist allerdings zu weitgehend, behaupten zu wollen, dass immer und ausnahmslos alle Bedingungen, die vor dem Erbfall eintreten, nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfallen. Dies mag von anderen Autoren anders gesehen oder zumindest in rhetorischem Eifer zu pauschal formuliert werden,<sup>13</sup> überzeugend ist dies jedoch aus mehreren Gründen nicht.

Erstens: Diese Schlussfolgerung greift viel zu weit, da es ganz offensichtlich Bedingungen gibt, die auch, wenn ihr Eintritt vor dem Erbfall liegt, dennoch dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfallen würden. Man stelle sich nur einmal vor, ein Auftragsmörder würde – bedingt auf die erfolgreiche Durchführung des Verbrechens vor dem Erbfall – zum Erben oder Vermächtnisnehmer eingesetzt. Trotzdem: Die Zweck-Mittel-Relation allein wird regelmäßig wohl nicht mehr die Sittenwidrigkeit begründen. Vielmehr sind nur solche Bedingungen, die bereits aufgrund des verfolgten Zwecks als sittenwidrig einzustufen sind, weiterhin unwirksam.

Zweitens erscheint es zweifelhaft, ob die Schlussfolgerung, dass alle Bedingungen, die vor dem Erbfall eintreten, keinesfalls sittenwidrig sind, auch auf Erbverträge oder Ehegattentestamente übertragbar ist. Man führe sich allein die Drucksituation vor Augen, die von einer solchen Verfügung ausgehen kann, wenn diese bereits Bindungswirkungen entfaltet, die eine Abänderung einschränken oder verhindern.

Auch wenn nicht pauschal ausnahmslos alle Bedingungen, die vor dem Erbfall eintreten, dem Verdikt der Sittenwidrigkeit entgehen, bringt der Beschluss einen großen Mehrwert an Rechtssicherheit.

Der Praktiker wird, wenn diese Rechtsprechung sich etabliert, „Lenkungsklauseln“ rechtssicherer in die Gestaltungspraxis einbringen können als zuvor und dabei auf

eine Fallgruppe zurückgreifen können, die man wie folgt beschreiben kann: „Bedingungen“ in Verfügungen von Todes wegen, die auf einen Zeitpunkt bis zum Tod des Erblassers abstellen, sind im Regelfall nunmehr unproblematisch, solange die Verfügung (noch) keine Bindungswirkung entfaltet und der mit der bedingten Erbeinsetzung verfolgte Zweck nicht offensichtlich sittenwidrig ist.

Problematisch bleiben allerdings Klauseln, wonach das Verhalten nach dem Tod des Erblassers noch relevant für den Bedingungseintritt ist. Auch bei der Übertragung dieser Rechtsprechung auf Erbverträge und Ehegattentestamente rät der Verfasser zur Vorsicht. Hier sollten prophylaktisch Rücktritts- und Änderungsvorbehalte vorsehen werden, um eine dem Einzeltestament vergleichbare Situation zu erreichen.



## 16. Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments bei Testierunfähigkeit eines Ehegatten

OLG Celle, Beschluss vom 14.03.2024, 6 W 106/23

BGB §§ 140, 2229 Abs. 4, §§ 2265, 2267

### LEITSÄTZE:

- Ein wirksames gemeinschaftliches Testament gemäß §§ 2265, 2267 Satz 1 BGB liegt nicht vor, wenn einer der Ehegatten bei Testamentserrichtung testierunfähig war. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Eine Umdeutung (§ 140 BGB) des unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments in ein Einzeltestament des Erblassers kommt nicht in Betracht, wenn der Erblasser die getroffenen Anordnungen nicht eigenhändig geschrieben, sondern unter Rückgriff auf die Formerleichterung in § 2267 BGB den von dem anderen Beteiligten geschriebenen Text nur unterschrieben hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1. Der am (...) 1938 geborene und am (...) 2020 verstorbene Erblasser war bis zu seinem Tod mit der Beteiligten zu 1 verheiratet. Das Ehepaar hatte zwei gemeinsame Kinder, die Beteiligten zu 2 und 3.

2 Am 10.10.1993 errichteten der Erblasser und die Beteiligte zu 1 eine von der Beteiligten zu 1 eigenhändig geschriebene und von dem Erblasser und ihr unterschriebene letztwillige Verfügung, die nur noch in Kopie vorliegt (...). Sie lautet auszugsweise wie folgt:

„Unser letzter Wille

Für den Fall unseres Todes vermachen wir unserem Sohn (dem Beteiligten zu 3) unser Hausgrundstück (...) und das daneben liegende Bau- und Waldgebiet laut Erbvertrag vom 12.10.67.

Das vorhandene Barvermögen (Wertpapiere und Bankguthaben) soll unsere Tochter (die Beteiligte zu 2) er-

12 Vgl. Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung: „beide [d. i. Bedingung vor/nach Erbfall] Fallgruppen [sind] grundsätzlich unterschiedlich zu behandeln“.

13 So wohl weitergehender *Litzenburger* in seiner Anmerkung zum hier und dort besprochenen Beschluss des OLG München (*Litzenburger*, FD-ErbR 2024, 822775), in der er festhält, „dass eine mit einer Bedingung verknüpfte Enterbung jedenfalls dann wirksam – und nicht sittenwidrig – ist, wenn der Eintritt der damit verbundenen ‚Bedingung‘ vor oder spätestens beim Erbfall endgültig feststeht“.

ben. Sie hat als vorweggenommene Erbschaft bereits mit Vertrag vom 06.07.1993 Grundvermögen übertragen bekommen.

Das Hausinventar sollen sich (die Beteiligten zu 2 und 3) je zur Hälfte teilen. (Der Beteiligte zu 3) erhält außerdem unseren Pkw und (die Beteiligte zu 2) den gesamten Schmuck.

(...) P W, 10.10.1993.“

**3** Es existiert ein weiteres Testament vom 20.06.2018 (...), das die Beteiligte zu 1 eigenhändig geschrieben und unterschrieben und der Erblasser eigenhändig unterschrieben hat. Es hat folgenden Inhalt:

„Testament

Wir, die Eheleute (...) hatten am 10.10.1993 ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament errichtet. Dieses haben wir durch Zerreißen einvernehmlich vernichtet. Vorsorglich heben wir dieses Testament hiermit noch einmal seinem ganzen Inhalt nach auf.

Statt (dessen) setzen wir uns auf den Tod des Erstversterbenden wechselseitig als Alleinerben ein.

M, 20.06.2018“

**4** Schließlich liegt vor eine Ergänzung zum Testament vom 20.06.2018 (...), die die Beteiligte zu 1 eigenhändig geschrieben und unterschrieben und der Erblasser eigenhändig unterschrieben hat, mit folgendem Inhalt:

„Ergänzung zum Testament vom 20.06.2018

Wir ergänzen unser Testament vom 20.06.2018 wie folgt:

Auf den Tod des Erstversterbenden setzen wir uns wechselseitig als von allen Beschränkungen befreite Vorerben ein. Nacherbin ist unsere Tochter (Beteiligte zu 2). Die Nacherfolge tritt mit dem Tod des Vorerben ein. Unsere Tochter (Beteiligte zu 2) ist zugleich die alleinige Schlusserbin nach dem Längstlebenden von uns. Ersatzerben und Ersatznacherben sind die Abkömmlinge unserer Tochter, unter sich entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

M, 06.07.2018“

**5** Die Beteiligte zu 1 lebte seit dem Jahr 2016 nicht mehr im ehelichen Haushalt, sondern aufgrund einer Demenzkrankung in einem Pflegeheim. Am 19.02.2017 brachte der Erblasser seine mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebende Schwester im Affekt um. Anschließend befand er sich in der geschlossenen Psychiatrie in L, weil er nach dem Tötungsdelikt versucht hatte, sich das Leben zu nehmen. Im Februar 2018 begann der Strafprozess gegen den Erblasser, in dem er wegen Totschlags zu einer dreijährigen Haftstrafe verurteilt worden ist.

**6** Die Beteiligte zu 2 hat vorgetragen, sie habe das bei einer Sichtung im Jahr 2017 im Elternhaus gefundene gemeinschaftliche Testament aus dem Jahr 1993 dem Vater in die Psychiatrie gebracht und sich hiervon zuvor eine Kopie fertiggestellt. Im April oder Mai 2017 habe ihr der Erblasser mitge-

teilt, er habe das Testament aus dem Jahr 1993 zerrissen. Zuvor sei sie bei ihrer Mutter, der Beteiligten zu 1, im Pflegeheim gewesen, die ihr da schon von der Testamentsvernichtung berichtet habe. Zu der Testamentsvernichtung habe sich der Erblasser durch die nach dem Tötungsdelikt völlig veränderten Lebensumstände veranlasst gesehen – die Ehefrau sei im Pflegeheim gewesen und er selbst habe eine hohe Haftstrafe erwartet. Er habe es nicht für möglich und sinnvoll gehalten, das im Testament aus dem Jahr 1993 dem Beteiligten zu 3 vermachte Haus (...) zu behalten. Darüber seien die Ehegatten sich einig gewesen.

**7** Anlässlich des geplanten Verkaufs des Hauses (...) durch den Erblasser als Alleineigentümer (notarieller Vertrag vom 07.05.2018) beantragte der Beteiligte zu 3 am 08.05.2018 beim AG Minden die Einleitung eines Betreuungsverfahrens sowohl für den Erblasser als auch die Beteiligte zu 1. Die Einrichtung einer Betreuung für den Erblasser wurde mit Beschluss vom 21.06.2018 mit der Begründung abgelehnt, dass der Erblasser noch in der Lage sei, seine eigenen Angelegenheiten eigenständig zu regeln. Für die Beteiligte zu 1 lehnte das AG die Einrichtung einer Betreuung mit Beschluss vom 19.09.2018 ab, weil die anstehenden Angelegenheiten durch Vorsorgevollmachten vom 21.04.2015 und 15.05.2015 ausreichend geregelt werden könnten.

**8** Die Beteiligte zu 1, vertreten durch die Beteiligte zu 2, hat am 16.12.2020 einen Erbschein des Inhalts beantragt, dass sie alleinige befreite Vorerbin des Erblassers geworden sei und die Nacherfolge der Beteiligten zu 2 nach ihrem Tod als Vorerbin eintrete (...). Sie hat sich zur Begründung ihres Antrags auf die Testamente vom 20.06. und 06.07.2018 gestützt.

**9** Der Beteiligte zu 3 hat der Erteilung des beantragten Erbscheins widersprochen und eingewandt, sowohl der Erblasser als auch die Beteiligte zu 1 seien zum Zeitpunkt der Testamentserrichtungen nicht mehr geschäftsfähig und damit testierfähig gewesen.

**10** Das AG hat zur Frage der Testierfähigkeit der Beteiligten zu 1 ein Sachverständigungsgutachten eingeholt. Mit dem angefochtenen Beschluss hat es die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (...). Zur Begründung hat das AG im Wesentlichen ausgeführt, es sei aufgrund der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Beteiligte zu 1 bei Errichtung der beiden Testamente im Jahr 2018 testierunfähig gewesen sei. Bezogen auf den Erblasser habe es sich hingegen nicht die Überzeugung von einer Testierunfähigkeit zum Zeitpunkt der Errichtung der vorgenannten Testamente gebildet. Die Testamente vom 20.06. und 06.07.2018 könnten jeweils in ein Einzeltestament des Erblassers umgedeutet werden. Dies sei auch bei wechselbezüglichen Verfügungen möglich, die das AG vorliegend für gegeben erachtet hat.

**11** Dagegen wendet der Beteiligte zu 3 sich mit seiner Beschwerde, mit der er Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1 begeht. Er rügt, dass das AG ein Sachverständigungsgutachten zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers nicht eingeholt habe. Ergänzend ist er der



Ansicht, die Umdeutung in ein Einzeltestament des Erblassers komme nicht in Betracht, weil dieser die gemeinschaftlichen Testamente vom 20.06. und 06.07.2018 nicht eigenhändig geschrieben, sondern nur unterschrieben habe.

## 12 II. Die Beschwerde ist begründet.

**13** Die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen sind nicht für festgestellt zu erachten (§ 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG).

**14 1.** Die letztwilligen Verfügungen des Erblassers und der Beteiligten zu 1 vom 20.06.2018 und 06.07.2018, auf die die Beteiligte zu 1 ihren Erbscheinsantrag stützt, sind unwirksam.

**15 a)** Ein wirksames gemeinschaftliches Testament gemäß §§ 2265, 2267 Satz 1 BGB liegt nicht vor, wenn einer der Ehegatten bei Testamentserrichtung testierunfähig war (vgl. BayObLG, Beschluss vom 02.02.1996 zu 1 Z BR 146/95, FamRZ 1996, 1036, 1037; Staudinger/Raff, Neub. 2022, Vor §§ 2265 ff. Rdnr. 71, juris).

**16** Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann derjenige, der wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geisteschwäche oder wegen Bewusstseinsstörungen nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, „ein Testament nicht errichten“. Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ist von dem Willen beider Eheleute getragen (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.1953, IV ZR 131/52, BGHZ 9, 113–117, juris Rdnr. 23) und erfordert eine wirksame Verfügung eines jeden Ehegatten (Burandt/Rojahn/Braun/Schuhmann, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2265 BGB Rdnr. 5, beck-online). Kann einer von beiden ein Testament nicht errichten, kommt es auf die Einhaltung der formalen Voraussetzungen des § 2267 BGB nicht an, sondern kommt ein gemeinschaftliches Testament nicht zustande (vgl. auch OLG München, Beschluss vom 19.05.2010, 31 Wx 38/10, beck-online II. 2. a)), vergleichbar dem Fall, dass das beabsichtigte gemeinschaftliche Testament nur von einem Ehegatten unterschrieben worden ist. Die vereinzelt von Zimmer (ZEV 2010, 472) vertretene Ansicht, wonach ein gemeinschaftliches Testament, das unter Beachtung von § 2267 Satz 1 BGB errichtet worden ist, immer auch den Formvorschriften eines Einzeltestaments entspreche, wenn es nur von dem testierunfähigen Ehegatten geschrieben worden ist, überzeugt nicht. Sie lässt außer Acht, dass die Formerleichterung des § 2267 Satz 1 BGB nur für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gilt und ein solches im Falle der Testierunfähigkeit eines Ehegatten, wie zuvor ausgeführt, nicht wirksam errichtet worden ist. Soweit Zimmer sich für die von ihm vertretene Auffassung auf die Kommentierung von Kanzleiter (Staudinger, Neub. 2006, Vor § 2265 ff. Rdnr. 49) bezogen hat, wird diese Ansicht von Raff (Staudinger, Neub. 2022, Vor § 2265 Rdnr. 71) jedenfalls nicht mehr vertreten; selbst die Kommentierungen von Kanzleiter (Staudinger, Neub. 2006, a. a. O.) sowie in Staudinger (Neub. 2019, Vor § 2265 Rdnr. 49): „Inwieweit in einem solchen Falle auch die Verfügungen des anderen Ehegatten nichtig sind, richtet sich wiederum nach allgemeinen Grundsätzen“) stützen die Ansicht Zimmers nach Auffassung des Senats nicht ausdrücklich, da mit „allgemeine

Grundsätzen“ auch die Vorschriften der § 140, § 2247 BGB gemeint sein können.

**17** Wegen der Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments als solches stellt sich die Frage, ob wechselbezügliche Verfügungen der Ehegatten vorliegen, im hier zu entscheidenden Fall nicht (vgl. auch BayObLG, a. a. O.).

**18 b)** Eine Umdeutung (§ 140 BGB) des unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments in ein Einzeltestament des Erblassers kommt im Streitfall nicht in Betracht, weil der Erblasser die getroffenen Anordnungen nicht eigenhändig geschrieben, sondern den von der Beteiligten zu 1 geschriebenen Text nur unterschrieben hat (vgl. Burandt/Rojahn/Braun/Schuhmann, Erbrecht, § 2265 BGB Rdnr. 45, beck-online).

**19 aa)** Der erste Schritt bei der Umdeutung ist die Prüfung, ob die umzudeutende Verfügung selbst den Formerfordernissen des BGB entspricht. Nur wenn dies bejaht werden kann, braucht man die Frage nach einem Umdeutungswillen überhaupt zu stellen.

**20** Bei gemeinschaftlichen Testamenten gilt: Sofern jeder der Beteiligten seine Verfügungen selbst geschrieben und unterschrieben hat (die Testamente können dabei durchaus auch auf einem einheitlichen Bogen Papier stehen), sind beide Erklärungen formwirksam. Haben die Beteiligten jedoch ein gemeinschaftliches Testament unter Rückgriff auf die Formerleichterung in § 2267 BGB errichtet, dann kann die bloße Beitrittserklärung bzw. Mitunterzeichnung eines Beteiligten nicht als eigenes Testament angesehen werden (Burandt/Rojahn/Braun/Schuhmann, Erbrecht, § 2265 BGB Rdnr. 45, beck-online; BayObLG, Beschluss vom 29.11.1968, 1 a Z 87/68, BayObLGZ 1968, 311 = NJW 1969, 797). Die Umdeutung als Einzeltestament kommt hier nur für den Teil in Betracht, der die Verfügung eigenhändig niedergelegt hat und somit die in § 2247 BGB genannten Voraussetzungen erfüllt.

**21 bb)** Daraus folgt, dass die letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 20.06.2018 und 06.07.2018 als Einzeltestament gemäß § 2247 Abs. 1, § 125 Satz 1 BGB nichtig sind (vgl. auch BayObLGZ 1968, 311, beck-online).

**22 cc)** Es bedarf deshalb nicht der Klärung, ob der Erblasser im Juni/Juli 2018 testierunfähig war.

**23 2.** Einer Entscheidung über die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens bedarf es nicht. Für die erfolgreiche Beschwerde werden Gerichtskosten nicht erhoben (§ 25 Abs. 1, § 22 Abs. 1 GNotKG).

**24** Für die Gerichtskosten der ersten Instanz verbleibt es bei der gesetzlich geregelten Antragstellerhaftung (§ 22 Abs. 1 GNotKG). Es entspricht nicht der Billigkeit, gemäß § 81 Abs. 1 und 2 FamFG eine Erstattung notwendiger Aufwendungen der Beteiligten für die erste und zweite Instanz anzuordnen. Die Entscheidung hing von schwierigen Rechtsfragen ab.

**25** Die Rechtsbeschwerde lässt der Senat nicht zu, weil die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 FamFG nicht vorliegen. Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist we-

der zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Die hier wesentlichen Rechtsfragen, dass ein Testierunfähiger ein gemeinschaftliches Testament nicht errichten kann und eine Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts in ein anderes Rechtsgeschäft nur dann in Betracht kommt, wenn dessen Formerfordernisse gewahrt sind, sind geklärt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung auch nicht von oberechtlichen Entscheidungen ab. Eine vereinzelt gebliebene abweichende, wesentliche Aspekte außer Acht lassende Literaturansicht erfordert nicht die Zulassung der Rechtsbeschwerde (BGH, a. a. O.; Beschluss vom 08.02.2010, II ZR 54/09, ZIP 2010, 985 Rdnr. 3; Beschluss vom 21.06.2010, II ZR 219/09, ZIP 2010, 2397 Rdnr. 3; *Feskorn* in Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Aufl. 2024, § 543 Rdnr. 13, jew. juris).

#### **ANMERKUNG:**

Von Notar **Stefan Braun, LL.M.** (LSE, London), Maître en droit (Paris), Wolfratshausen

Die vorliegende Entscheidung ist wenig überraschend und entspricht in jeder Hinsicht Wortlaut und Systematik des Gesetzes. Auch unter Wertungsgesichtspunkten wäre ein anderes Ergebnis nicht geboten gewesen. Die Entscheidung steht damit in deutlichem – und beruhigendem – Kontrast zur Behandlung des Falles durch die Vorinstanz.

#### **1. Ausgangspunkt: Die Entscheidung des AG Bückeburg**

Im Gegensatz zum OLG Celle hatte das AG Bückeburg<sup>1</sup> die für die Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Der amtsgerichtlichen Entscheidung liegt in etwa folgender Gedankengang, den das OLG nur sehr verkürzt wiedergibt, zugrunde:

Das 1993 errichtete Testament sah die Vorinstanz als nicht maßgeblich für die Erbfolge an, da eine etwaige Testierunfähigkeit der Ehefrau auf die Wirksamkeit des Widerrufs der testamentarischen Verfügungen des Erblassers keine Auswirkung habe. Es handle sich bei den Verfügungen der Ehegatten „auch wenn sie von diesen in einer einheitlichen Testamentsurkunde getroffen wurden (...) nicht um ein gemeinschaftliches Ehegattentestament i. S. d. §§ 2276, 2269 BGB (sic!), da eine gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute K dort nicht erfolgte“. Nach „dem unmissverständlichen Wortlaut“ habe jeder Ehepartner „zwar jeweils inhaltsgleich, aber selbstständig und rechtlich unabhängig voneinander verfügt, welche Immobilien/Wertgegenstände“ die Kinder erhalten sollen. Das Testament enthalte daher keine wechselbezüglichen Verfügungen.

Maßgeblich für die Erbfolge nach dem Erblasser seien dagegen die Testamente aus 2018, bei denen „es sich in der Zusammenschau zunächst um ein gegenseitiges Ehegattentestament“, handele, die jedoch „als wirksa-

mes Einzeltestament ausgelegt werden“ könnten. Von Bedeutung sei dabei „allein, ob der Erblasser die Verfügung von Todes wegen auch in Kenntnis der fehlenden bzw. unwirksamen Verfügung seines Ehegatten getroffen hätte, was im Wege der Auslegung zu ermitteln sei. Nach seiner Auslegung gelangte das AG dabei zu der Überzeugung, „dass der Erblasser seine (...) eigenhändig formwirksam gemäß § 2247 Abs. 1 (sic!) verfassten Verfügungen auch in Kenntnis der Testierunfähigkeit der Beteiligten zu so getroffen hätte mit der Folge, dass diese weiterhin Bestand haben“.

Auf Basis dieser – mit „nicht vertretbar“ noch zurückhaltend beschriebenen Auffassung brauchte sich das AG mit den eigentlichen Rechtsfragen des Falles nicht mehr zu befassen. Diese Fragen sind folgende: Kann ein gemeinschaftliches Testament vorliegen, wenn einer der Ehegatten testierunfähig ist? Wie wirkt sich bei einer in der Form des § 2267 BGB errichteten Verfügung die Testierunfähigkeit des schreibenden Erblassers auf die Umdeutung der Verfügungen des lediglich mit unterschreibenden Erblassers in ein Einzeltestament aus? Besteht eine Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments aus 1993 und ist dieses für den aktuellen Erbfall maßgeblich? Erfreulicherweise hat das OLG Celle in der nun vorliegenden Entscheidung die ersten beiden Fragestellungen erkannt und überzeugend beantwortet (siehe hierzu 2. und 3.). Mit der Frage nach der Bindungswirkung und Maßgeblichkeit des Testaments aus 1993 (siehe hierzu 4.) brauchte es sich dagegen nicht mehr zu befassen.

#### **2. Gemeinschaftliches Testament setzt Verfügungen beider Ehegatten voraus**

Das OLG Celle geht davon aus, dass ein wirksames gemeinschaftliches Testament hier nicht vorliegt. Dies verdient uneingeschränkte Zustimmung: Ein gemeinschaftliches Testament muss – dies ist unstreitig – letztwillige Verfügungen beider hieran beteiligter Erblasser enthalten.<sup>2</sup> Ebenso steht es nach der gesetzlichen Regelung außer Zweifel, dass ein im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB Testierunfähiger ein Testament, und damit auch ein gemeinschaftliches Testament, nicht errichten kann. Es erscheint daher zwingend, dass kein wirksames gemeinschaftliches Testament besteht, wenn es auch nur bei einem Ehegatten an der Testierfähigkeit fehlt.<sup>3</sup> Der abweichenden Ansicht von *Zimmer*,<sup>4</sup> der meint, dass in einem solchen Fall dennoch „formell ein gemeinschaftliches Testament“ vorliege, folgt das OLG Celle zu Recht nicht. Es mag sein, dass die Testamentsurkunde hier der äußeren Gestalt nach einem gemeinschaftlichen Testament gleicht. Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein gemeinschaftliches Testament von vornherein nicht entsteht, wenn einer der Beteiligten keine entsprechende

<sup>2</sup> Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, I-3 Wx 219/20, NJW-RR 2021, 662; BeckOGK-BGB/Braun, Stand: 01.10.2024, § 2265 Rdnr. 5–6 und § 2267 Rdnr. 11.

<sup>3</sup> OLG München, Beschluss vom 19.05.2010, 31 Wx 38/10, 31 Wx 38/10, ZEV 2010, 471, 472; *Wellenhofer*, JuS 2011, 368.

<sup>4</sup> *Zimmer*, ZEV 2010, 472, 473.

1 AG Bückeburg Beschluss vom 03.04.2023, 20 VI 502/20, BeckRS 2023, 46710.



Willenserklärung abgibt oder abgeben kann. Der Fall ist damit nicht anders zu behandeln als ein scheinbar in der Form des § 2267 BGB errichtetes und von beiden Ehegatten unterschriebenes Testament, welches nur testamentarische Anordnungen eines von ihnen beinhaltet<sup>5</sup> oder die Konstellation, in der einer der Ehegatten das eigenhändige gemeinschaftliche Testament nicht unterzeichnet.<sup>6</sup> Er unterscheidet sich dagegen erheblich von den Konstellationen, in denen zwar beide Ehegatten als solche wirksame Willenserklärungen zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments abgegeben, diesen Erklärungen jedoch der rechtliche Erfolg ganz oder teilweise versagt bleibt, etwa weil sie einer anderweitigen erbrechtlichen Bindung widersprechen oder wegen eines Sittenverstoßes nichtig sind. Nur diese Fälle hat § 2270 Abs. 1 BGB, der das Vorliegen eines (wirksamen) gemeinschaftlichen Testaments voraussetzt und die Auswirkungen der Unwirksamkeit einzelner Verfügungen auf hierzu wechselbezügliche Verfügungen des anderen Ehegatten regelt, im Blick.<sup>7</sup> Es ist daher nicht überzeugend, wenn Zimmer<sup>8</sup> seine Ansicht auf § 2270 Abs. 1 BGB stützen will.

### 3. Keine Umdeutung

Da ein gemeinschaftliches Testament nicht vorlag, hatte das OLG sodann zu prüfen, ob die Erklärungen des Erblassers aus dem gemeinsam mit der testierunfähigen Ehefrau verfassten Schriftstück in ein Einzeltestament umgedeutet werden können. Richtigerweise geht das Gericht dabei – im Gegensatz zur Vorinstanz, die sich auf eine Testamentsauslegung beschränkt hat – davon aus, dass § 140 BGB für die Umdeutung zwei eigenständige Voraussetzungen aufstellt: Zum einen muss das richtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen, zum anderen muss ein entsprechender Umdeutungswille anzunehmen sein.

Da der Erblasser das von seiner Ehefrau eigenhändig geschriebene Testament und auch den Nachtrag hierzu lediglich unterzeichnet, jedoch den Text selbst nicht verfasst hatte, waren in seiner Person die formalen Voraussetzungen eines eigenhändigen Testaments im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB nicht erfüllt. Auf den Umdeutungswillen kam es nicht mehr an. Den Ausführungen des OLG Celle ist hier kaum etwas hinzuzufügen. Wie das AG zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangen konnte, dürfte dessen Geheimnis bleiben. Auf die Ansicht von Zimmer hat es sich jedenfalls ebenso wenig gestützt wie auf eine erweiternde Auslegung des § 2267 BGB.

Es erscheint auch nicht geboten, die klare gesetzliche Regelung unter Wertungsgesichtspunkten zu korrigieren: Der Gesetzgeber hat sich im Bereich der letztwilligen Verfügungen im Sinne der Rechtssicherheit bewusst für

relativ hohe Formanforderungen entschieden und fordert demgemäß – abgesehen von öffentlichen Testamenten – eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Verfügung des Erblassers (§ 2247 Abs. 1 BGB). Wahr sieht § 2267 BGB hiervon eine Ausnahme für gemeinschaftliche Testamente vor. Diese Ausnahmeverordnung rechtfertigt sich jedoch gerade aus dem gemeinschaftlichen Verfügen der Ehegatten und kann daher nicht eingreifen, wenn letztlich nur Verfügungen eines Ehegatten vorhanden sind, weil der andere ein Testament gar nicht mehr errichten konnte (vgl. oben 2.). Ein Wertungswiderspruch oder gar eine planwidrige Regelungslücke, die über den Wortlaut hinaus eine Anwendung des § 2267 BGB auch für Fälle, in denen nur ein Ehegatte (wirksam) verfügt hat, rechtfertigen würden, liegen daher nicht vor.<sup>9</sup>

### 4. Bindende Regelung aus dem 1993 errichteten Testament?

Die Frage, ob sich aus dem 1993 errichteten Testament eine für den aktuellen Erbfall maßgebliche Erbfolgeregelung ergibt, brauchte das OLG nicht mehr zu entscheiden. Sie dürfte aber für den weiteren Fortgang des Falles entscheidend sein.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es sich natürlich (!) bei dem 1993 errichteten Testament um ein gemeinschaftliches Testament handelt, und zwar um ein solches, das in der Form des § 2267 BGB errichtet wurde. Sollte das AG mit der Feststellung, es handele sich mangels gegenseitiger Erbeinsetzung nicht um ein Ehegattentestament tatsächlich etwas anderes impliziert haben, ist dies schlicht falsch. Nirgends im Gesetz wird vorausgesetzt, dass ein gemeinschaftliches Testament eine gegenseitige Einsetzung der beteiligten Ehegatten enthalten muss. Vielmehr liegt auch bei der sog. bloßen Testiergemeinschaft ein gemeinschaftliches Testament vor.<sup>10</sup>

Auch für die Frage der Wechselbezüglichkeit ist das Vorliegen einer gegenseitigen Erbeinsetzung nicht entscheidend. Das Gesetz stellt insoweit zwar Vermutungsregelungen (§ 2270 Abs. 2 BGB) auf. Diese kommen jedoch erst zur Anwendung, sofern die individuelle Auslegung kein zweifelsfreies Ergebnis liefert.<sup>11</sup> Im vorliegenden Fall wäre daher zu fragen, ob die im Testament von 1993 von jedem Ehegatten für den Fall seines Ablebens getroffene Regelung mit der gleichlautenden Regelung durch den anderen Ehegatten stehen und fallen sollte. Da der Wortlaut hierzu – anders als das Nachlassgericht meinte – nicht ergiebig ist, ist dies anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Es ist dabei zwar denkbar, dass die Verfügungen tatsächlich unabhängig voneinan-

5 Siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, I-3 Wx 219/20, NJW-RR 2021, 662.

6 BeckOGK-BGB/Braun, § 2267 Rdnr. 12.

7 BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 67, Kollmeyer, NJW 2018, 662, 663.

8 Zimmer, ZEV 2010, 472, 473.

9 Zur – abzulehnenden – Korrektur von erbrechtlichen Formerefordernissen aus Billigkeitsgründen vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.1996, 3 Wx 278/96, BeckRS 1996, 5953; BeckOGK-BGB/Braun, § 2267 Rdnr. 11 und Rdnr. 61.

10 BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.05.2025, § 2265 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Musielak, Aufl. 2022, Vor § 2265 Rdnr. 14; BeckOGK-BGB/Braun, § 2265 Rdnr. 75 f.

11 BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 51 m. w. N.

der sein sollten, zwingend ist dies jedoch nicht. So kann es sein, dass jeder Ehegatte nur deshalb wie im Testament niedergelegt verfügt hat, weil er wusste, dass auch der andere in gleicher Weise verfügt. Hierfür könnte es beispielsweise sprechen, wenn es den Testatoren bei der Testamentserrichtung gerade darauf ankam, dass die jeweils näher bezeichneten Vermögensmassen – insbesondere ihr Grundbesitz – nach dem Tod beider Ehegatten jeweils als Ganzes, dem jeweils begünstigten Kind zufallen würden.<sup>12</sup>

Für den Fall, dass die Auslegung tatsächlich eine Wechselbezüglichkeit der 1993 getroffenen Verfügungen ergeben sollte, wäre ein Widerruf der Verfügung des Erblassers ohne Mitwirkung seiner Ehefrau nicht möglich gewesen. Es würden sich dann die weiteren Fragen stellen, ob die Ehefrau bei dem Widerruf hinreichend mitgewirkt hat, ob diese bei einer etwaigen Mitwirkung noch testierfähig war. Falls danach ein wirksamer Widerruf nicht erfolgt ist, wäre weiter zu fragen, ob die Ehegatten mit dem 1993 errichteten Testament überhaupt auch den ersten bei ihnen eintretenden Todesfall geregelt haben. Denn die verwendete Formulierung „für den Fall unseres Todes“ kann sowohl im Sinne von „beim Tod eines jeden von uns“ als auch im Sinne einer reinen Regelung des Schlusserfalls (also im Sinne von „wenn wir beide tot sind“) verstanden werden.<sup>13</sup>

Sollte dagegen die Auslegung ergeben, dass die 1993 getroffenen Verfügungen nicht wechselbezüglich zueinander sind, wäre ein einseitiger Widerruf durch den Erblasser grundsätzlich möglich gewesen. Da für den Widerruf einseitiger Verfügung keine speziellen gesetzlichen Regelungen bestehen, konnte er in diesem Fall auch durch das Vernichten der Urkunde erfolgen.<sup>14</sup> Eine andere Frage ist, welche weiteren – ggf. auch strafrechtlichen – Konsequenzen die physische Beseitigung auch der Verfügung des anderen Ehegatten hat.

## 5. Fazit

Die vorliegende Entscheidung zeigt exemplarisch die Risiken, die sich bei gemeinschaftlichen Testamenten für einen Erblasser aus der Testierunfähigkeit des anderen Beteiligten ergeben können.<sup>15</sup> Dies betrifft zum einen die Testamentserrichtung: Wer hier nicht das Risiko der Unwirksamkeit auch der Verfügungen des testierfähigen Beteiligten eingehen will, sollte (ggf. vorsorgliche) Einzelverfügungen vorsehen und die entsprechenden Formforderungen einhalten. Es betrifft aber auch die Beseitigung bisheriger wechselbezüglicher Verfügungen. Sofern eine gemeinschaftliche Beseitigung solcher Verfügungen an der fehlenden Testierfähigkeit eines Beteiligten zu

scheitern droht, sollte ein einseitiger Widerruf gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgen, und zwar bei zweifelhafter Testierfähigkeit sowohl gegenüber dem anderen Beteiligten als auch gegenüber dessen Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigten.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Siehe näher BeckOGK-BGB/Braun, § 2271 Rdnr. 49 ff.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTS-RECHT, REGISTERRECHT

### 17. Nachreichen der einer Anmeldung einer Umwandlung beizufügenden Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers

BGH, Beschluss vom 18.03.2025, II ZB 1/24 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2024, 3 Wx 181/23)

*UmwG § 17 Abs. 2 Satz 1 und 4*

#### LEITSATZ:

Die nach § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG der Anmeldung einer Umwandlung beizufügende Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers kann auch nachgereicht werden, sofern dies zeitnah nach der Anmeldung geschieht. Das gilt unabhängig davon, ob die nachgereichte Schlussbilanz im Zeitpunkt der Anmeldung bereits erstellt war.

Diese Entscheidung wird behandelt von Meier, Praxisupdate Gesellschaftsrecht (in diesem Heft, S. 419).



### 18. Zur Frage der Geeignetheit einer Internet-domain als Firma

BGH, Beschluss vom 11.03.2025, II ZB 9/24 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 06.05.2024, 22 W 16/24)

*AktG § 3 Abs. 1*

*HGB § 18 Abs. 1*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Firma „v. de AG“ besitzt nicht die nach § 18 Abs. 1 HGB erforderliche Unterscheidungskraft.
2. Die Kombination eines unspezifischen, keine Unterscheidungskraft besitzenden Branchen- bzw. Gattungsbegriffs in der Second-Level-Domain mit einer Top-Level-Domain wie „.de“ verleiht der Firma nicht die erforderliche Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB. Diese muss sich vielmehr aus der sog. Second-Level-Domain ergeben. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die erforderliche Unterscheidungskraft erhält eine nicht unterscheidungskräftige Firma nicht deswegen, weil derselbe Domainname nicht noch einmal vergeben werden darf. Der allgemeine Geschäftsverkehr

<sup>12</sup> Vgl. auch BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 32 u. 37.

<sup>13</sup> Vgl. OLG München, Beschluss vom 12.11.2019, 31 Wx 183/19, MittBayNot 2020, 473, 474 f. m. Anm. Braun; BeckOGK-BGB/Braun, § 2265 Rdnr. 103.

<sup>14</sup> BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/Braun, § 2271 Rdnr. 7.

<sup>15</sup> Beim Erbvertrag stellen sich im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit (§ 2275 BGB) vergleichbare Fragen.

**nimmt die Top-Level-Domain wie „de“ in der Regel nicht als prägend, sondern vielmehr nur als Hinweis auf die Internetpräsenz des Unternehmens wahr. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2025, 465.

•

## 19. Anforderungen an den Inhalt der Versicherung des Liquidators einer GmbH im Rahmen der Anmeldung

BGH, Beschluss vom 24.09.2024, II ZB 15/23 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 25.10.2023, 9 W 100/23)

GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Satz 3, § 8 Abs. 3 Satz 1, § 66 Abs. 4, § 67 Abs. 3 Satz 1

### LEITSATZ:

**Die vom Liquidator einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 67 Abs. 3 Satz 1, § 66 Abs. 4, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Satz 3, § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abzugebende Versicherung muss enthalten, dass er auch in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum keinem Berufs- oder Gewerbeverbot unterliegt, das dem in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG genannten Verbot vergleichbar ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1-9 (hier nicht abgedruckt)

10 Die von den Liquidatoren der Beteiligten abgegebene Versicherung bleibt hinter den gesetzlichen Anforderungen der § 67 Abs. 3 Satz 1, § 66 Abs. 4, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Satz 3, § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zurück. Es fehlt die danach erforderliche Versicherung, dass sie auch in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum keinem vergleichbaren Berufs- oder Gewerbeverbot unterliegen.

11 a) Eine solche Versicherung der Liquidatoren ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht schon in ihrem an den Wortlaut des § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG angelehnten Passus der Versicherung enthalten, wonach keine Umstände vorliegen, aufgrund derer sie nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 und 4 GmbHG von dem Amt als Liquidator ausgeschlossen wären.

12 aa) Es ist allerdings streitig, ob eine sich in der Wiedergabe des Wortlauts von § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG erschöpfende Versicherung den Anforderungen des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG genügt.

13 (1) Nach einer Auffassung genügt eine derartige Erklärung der Liquidatoren (bzw. der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) den Vorgaben des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG (OLG Stuttgart, ZIP 2013, 671, 672; Oppenländer, GmbHR 2013, 91, 93; MünchKomm-GmbHG/Herrler, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 76).

14 Zur Begründung wird insbesondere darauf verwiesen, dass der BGH (Beschluss vom 17.05.2010, II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337) für § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG eine Versicherung als ausreichend angesehen habe, nach der der Geschäftsführer „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“ sei. Auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG sei das insoweit übertragbar, als die Versicherung ausreiche, dass keine Umstände vorliegen, die der Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG entgegenstünden.

15 (2) Nach der Gegenauffassung genügt die den Wortlaut des § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG wiedergebende Erklärung der Liquidatoren (bzw. der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) im Hinblick auf ein Berufs- bzw. Gewerbeverbot den Anforderungen des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG nicht (OLG Frankfurt a. M., ZIP 2012, 870, 872; ZIP 2015, 2076, 2077; KG, NZG 2012, 750, 751; OLG Schleswig, NJW-RR 2015, 96 Rdnr. 15, 22; OLG Celle, ZIP 2023, 1076; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl., § 8 Rdnr. 15 f.; § 67 Rdnr. 12; BeckOGK-GmbHG/Heeren, Stand: 01.04.2024, § 67 Rdnr. 35; BeckOK-GmbHG/Jaeger, Stand: 01.02.2024, § 8 Rdnr. 19; Link in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 6. Aufl., § 8 Rdnr. 44; Merget in Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 18; MünchKomm-GmbHG/Müller, § 67 Rdnr. 18; M. F. Müller in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., § 67 Rdnr. 15; Scholz/Karsten Schmidt/Scheller, GmbHG, 13. Aufl., § 67 Rdnr. 14; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., § 8 Rdnr. 16a; Tröllitzsch in Oppenländer/Tröllitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 42; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 15, § 67 Rdnr. 3; Wöstmann in Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 30).

16 Begründet wird dies insbesondere auch damit, dass das Registergericht im Rahmen des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG selbst prüfen und würdigen müsse, ob der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimme. Die bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts in der Versicherung beinhaltet demgegenüber lediglich die eigene Bewertung des Liquidators (Geschäftsführers), dass der Gegenstand eines etwaigen Berufs- bzw. Gewerbeverbots nicht mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft übereinstimme.

17 (3) Die zweitgenannte Auffassung ist richtig.

18 (a) Die Versicherung des Liquidators nach § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG hat wie die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG den Zweck, dem Registergericht auf schnelle und einfache Art die Informationen zu vermitteln, die es sich ansonsten mit erhöhtem Verwaltungsaufwand aus dem Zentralregister selbst verschaffen müsste (BT-Drucks. 8/1347, S. 49, 34). Sie dient mithin der Erleichterung des Anmelde- und Prüfverfahrens (BGH, Beschluss vom 17.05.2010, II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337 Rdnr. 9). Dagegen bezweckt sie nicht die Auslagerung des Prüfverfahrens auf den Liquidator (Geschäftsführer). Die Prüfung der Versicherung und insbesondere die rechtliche Würdigung ihres Inhalts obliegt weiterhin dem Registergericht.

19 (b) Die Versicherung eines Liquidators, dass keine Umstände vorliegen, aufgrund derer er nach § 6 Abs. 2 Satz 2



Nr. 2 GmbHG vom Amt des Liquidators ausgeschlossen wäre, ist für das Registergericht nicht überprüfbar. Ihr Erklärungsgehalt erschöpft sich in der Mitteilung der rechtlichen Bewertung des Liquidators. Ihr lässt sich schon nicht entnehmen, ob der Liquidator (irgend-)einem Berufs- bzw. Gewerbeverbot unterliegt. Sie lässt sowohl die Auslegung zu, dass gegen den Liquidator kein Berufs- bzw. Gewerbeverbot verhängt wurde, als auch die Deutung, dass er keinem Berufs- bzw. Gewerbeverbot unterliegt, welches sich mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG überschneidet. Letzteres hat nicht der Liquidator, sondern das Registergericht zu prüfen und zu bewerten. Damit verfehlt eine solche Versicherung ihren Zweck, dem Registergericht die zur Prüfung von Bestellungshindernissen erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen (vgl. BGH, Beschluss vom 17.05.2010, II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337 Rdnr. 12).

**20 (c)** Aus der Entscheidung des BGH vom 17.05.2010 (II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337) lässt sich die Zulässigkeit der verfahrensgegenständlichen Versicherung entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht ableiten (a. A. OLG Stuttgart, ZIP 2013, 671, 672; Scholz/Veil, GmbHG, § 8 Rdnr. 30b). Der Senat hat es bei der Versicherung des Geschäftsführers, „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“ zu sein, nicht als erforderlich angesehen, die in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG genannten Straftatbestände in der Versicherung zusätzlich noch im Einzelnen aufzuführen (BGH, Beschluss vom 17.05.2010, II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337 Rdnr. 9). Begründet hat er dies mit dem „überschießenden“ Inhalt der Versicherung, die die Katalogstrafarten einschloss. Eine derartige Versicherung des Liquidators, etwa „noch nie (...) mit einem Berufs- oder Gewerbeverbot sanktioniert worden“ zu sein, steht hier nicht in Rede.

**21** Soweit der Senat (Beschluss vom 17.05.2010, II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337 Rdnr. 12) den Geschäftsführer in die Entscheidung nicht tragenden Ausführungen für verpflichtet angesehen hat, bei verbleibenden Unklarheiten über Umfang und Bedeutung der zu versichernden Umstände rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, lässt sich daraus nicht ableiten, er könne sich trotz möglicher tatsächlicher Substantiierung der Versicherung auf die Wiedergabe der Gesetzbegrifflichkeit beschränken (a. A. MünchKomm-GmbHG/Herrler, § 8 Rdnr. 76; Ulmer/Casper in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 39a).

**22 bb)** Da eine sich in der Wiedergabe des Wortlauts von § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG erschöpfende Versicherung für sich betrachtet bereits nicht die Anforderungen des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG hinsichtlich des Nichtvorliegens eines relevanten inländischen Berufs- bzw. Gewerbeverbots der Liquidatoren erfüllt, enthält sie schon aus diesem Grund auch nicht die Versicherung, dass die Liquidatoren auch im nach § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG gleichgestellten Ausland keinem vergleichbaren Berufs- bzw. Gewerbeverbot unterliegen.

**23** Hinzu kommt, dass die Prüfung, ob ein Bestellungshindernis bei einem einschlägigen ausländischen Berufs- oder Gewerbeverbot wegen einer (Teil-)Identität mit dem Unternehmensgegenstand besteht, nach dem Willen des Ge-

setzgebers gerade dann dem Registergericht überlassen bleiben soll, wenn das Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Versicherung hat (RegE, BT-Drucks. 19/28177, S. 162, 160). Auch diese Einzelfallprüfung setzt allerdings ein Minimum an tatsächlicher Substantiierung der Versicherung voraus, da dazu zumindest das ausländische Berufs- bzw. Gewerbeverbot benannt werden muss. Demgegenüber kann eine bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts nie Anlass zu Zweifeln des Registergerichts an der „Richtigkeit“ der Versicherung geben, sofern solche Zweifel nicht gerade durch den mangelnden Tatsachengehalt der Versicherung hervorgerufen werden. Auch in diesem letzteren Fall wird die mit der Versicherung bezweckte Erleichterung des Anmelde- und Prüfverfahrens allerdings verfehlt, weil durch die Substanzlosigkeit der Versicherung dann stets weiterer registerrechtlicher Prüfungsbedarf generiert würde.

**24 b)** Auch die weitergehende von den Liquidatoren abgegebene Versicherung, nach derer ihnen „weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweigs, Gewerbes oder Gewerbezweiges untersagt wurde“, genügt den Vorgaben des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Satz 3 GmbHG nicht. Die Würdigung des Beschwerdegerichts, dass sich die Versicherung nicht zu vergleichbaren Verboten in den in § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG genannten Staaten verhält, verletzt entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht das rechtliche Gehör der Beteiligten (Art. 103 Abs. 1 GG, § 37 Abs. 2 FamFG) und lässt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen. Vielmehr belegt der in der Versicherung den strafgerichtlichen Verurteilungen vorangestellte Passus „im Inland und Ausland“ eindrücklich, dass das Beschwerdegericht die Versicherung zutreffend interpretiert hat. Der Versuch der Rechtsbeschwerde, die Nichterwähnung von Berufs- bzw. Gewerbeboten „aus dem europäischen Ausland“ mit Unterschieden in der Fassung von § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 einerseits und Nr. 3 GmbHG andererseits, insofern in Nr. 2 inländische Strafgesetze genannt werden, zu erklären, geht fehl. Denn der Auslandsbezug wird in den Sätzen 3 und 4 von § 6 Abs. 2 GmbHG in gesetzesystematisch paralleler Weise hergestellt.

Die vollständige Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 951.

•

## 20. Keine Angabe der Wohnanschrift des Geschäftsführers im Rahmen einer Handelsregistermeldung

OLG Köln, Beschluss vom 09.01.2025, I-4 Wx 19/24

FamFG §§ 23 Abs. 1, 382 Abs. 4 Satz 1

HRV § 43

GmbHG § 39 Abs. 1

ZPO § 253 Abs. 2

### LEITSATZ:

Bei der Anmeldung einer Geschäftsführerbestellung zum Handelsregister kann das Registergericht grundsätzlich



**nicht die Mitteilung der Wohnanschrift des Geschäftsführers verlangen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Antragsteller begehen mit Anmeldung vom 08.10.2024 die Eintragung des Antragstellers zu 2 als Geschäftsführer der Antragstellerin zu 1 und die Eintragung einer Satzungsänderung der Antragstellerin zu 1.

**2** Das AG hat die Handelsregisteranmeldung mit Beschluss vom 16.10.2024 im Hinblick darauf beanstandet, dass die Antragsteller die Wohnanschrift des Antragstellers zu 2 nicht mitgeteilt hätten und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Wohnanschrift des Geschäftsführers gegenüber dem Gericht ergebe sich aus den für das Registerverfahren geltenden Verfahrensvorschriften, namentlich §§ 7, 23 FamFG, § 12 HGB. Nach § 23 FamFG seien Personen, die als Beteiligte in Betracht kämen vom Antragsteller möglichst genau zu bezeichnen, sodass diese eindeutig identifizierbar seien. Außerdem sei sicherzustellen, dass die Beteiligten für das Gericht zur ordnungsgemäßen Verfahrensführung unter ihrer Wohnanschrift erreichbar seien.

**3** Der dagegen eingelegten Beschwerde, beim AG eingegangen am 11.11.2024, hat das AG nicht abgeholfen und diese dem OLG mit Nichtabhilfebeschluss vom 21.11.2024 zur Entscheidung vorgelegt.

**4** Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Registerakten Bezug genommen.

**5 II. 1.** Die nach § 382 Abs. 4 Satz 2, § 58 Abs. 1 FamFG stattliche Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG vom 16.10.2024 ist auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG ist eingehalten und die Wertgrenze des § 61 Abs. 1 FamFG überschritten.

**6** Die Antragsteller sind beschwerdeberechtigt nach § 59 Abs. 1 FamFG. Ausweislich der Beschwerdeschrift haben sowohl die betroffene Gesellschaft als auch der neu einzutragende Geschäftsführer Beschwerde eingelegt. Die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 FamFG liegen vor, da die Zwischenverfügung sowohl die betroffene Gesellschaft als auch den Geschäftsführer, dessen Eintragung begeht wird, in deren Rechten beeinträchtigt und insoweit materiell beschwert. Da die begehrten Eintragungen in das Handelsregister nur auf Antrag erfolgen, müssen daneben die Voraussetzungen des § 59 Abs. 2 FamFG vorliegen. Die Anmeldung einer Eintragung in das Handelsregister erfolgt im Namen der betroffenen Gesellschaft (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324; Beschluss vom 20.02.1989, II ZB 10/88, BGHZ 107, 1, juris Rdnr. 6; Beschluss vom 16.03.1992, II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, juris Rdnr. 3) und soweit die Anmeldung auf eine deklaratorisch wirkende Eintragung – wie hier die Eintragung des neuen Geschäftsführers – gerichtet ist, (jedenfalls auch) im Namen der Anmeldepflichtigen, d. h. der Geschäftsführer der GmbH, § 78 GmbH (KG, Beschluss vom 29.11.2021, 22 W 55/21, FGPrax 2022, 63, 64; gegen eine höchstpersönliche Pflicht der Geschäftsführer OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.12.2017, 3 Wx 275/16, NZG 2018, 381 Rdnr. 12; offen gelassen BGH, Be-

schluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, juris Rdnr. 13). Insofern sind die Antragstellerin zu 1 als anmeldende Gesellschaft und der Antragsteller zu 2 als anmeldender Geschäftsführer durch die Zwischenverfügung auch formell beschwert im Sinne des § 59 Abs. 2 FamFG.

**7 2.** Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

**8** Das AG darf eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG mit einer Zwischenverfügung beanstanden, wenn die Anmeldung unvollständig ist oder ihr ein anderes durch den Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht.

**9 a)** Das AG ist in formeller Hinsicht zutreffend davon ausgegangen, dass seine Beanstandung Gegenstand einer Zwischenverfügung im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG sein kann. Gegenstand einer Zwischenverfügung können nur behebbare Hindernisse sei, nicht aber Mängel der Anmeldung, deren Behebung eine inhaltliche Abänderung der eingereichten Anmeldung erfordert (BGH, Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 25/17, juris Rdnr. 11 m. w. N.). Die Beanstandung des AG betrifft ein behebbares Hindernis, da sie die Vervollständigung der eingereichten Anmeldung verlangt.

**10 b)** Die Zwischenverfügung ist aber aus materiellen Gründen aufzuheben. Die vom Registergericht vertretene Rechtsauffassung hält – ungeachtet des nachvollziehbaren Interesses des AG an der Kenntnis der Wohnadressen der in das Handelsregister einzutragenden Geschäftsführer – rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Vollzug der Anmeldung der Eintragung des Antragstellers zu 2 als Geschäftsführer und der Satzungsänderung durften nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass die Wohnanschrift des einzutragenden Geschäftsführers mitzuteilen sei.

**11 aa)** Die Anmeldung ist nicht unvollständig im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 FamFG. Welchen Inhalt eine Anmeldung haben muss, richtet sich nach den die Eintragsfähigkeit der beantragten Eintragung regelnden Vorschriften des materiellen Rechts und dem für das Eintragsverfahren in Registersachen maßgeblichen Verfahrensrecht der §§ 23 ff., 378 ff FamFG.

**12** Nach § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer und nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG jede Satzungsänderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Vorschriften enthalten – im Gegensatz zu anderen die Eintragung regelnden materiellen Vorschriften wie zum Beispiel § 106 Abs. 2 HGB – keine Vorgaben zum Inhalt der Anmeldung. Weder ihnen noch §§ 23 ff., 378 ff FamFG oder der aufgrund der Ermächtigung in § 387 Abs. 2 FamFG erlassenen Verordnung über die Errichtung und Führung des Handelsregisters (HRV) ist eine Verpflichtung der Gesellschaft oder der Geschäftsführer zu entnehmen, die Wohnanschrift der Geschäftsführer dem Registergericht mitzuteilen.

**13** Die einzige konkrete Regelung betreffend die Personen der in das Handelsregister einzutragenden Geschäftsführer findet sich in § 43 Nr. 4 HRV. Danach sind in Abteilung

B des Handelsregisters in Spalte 4 b) bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer mit Familiennamen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort anzugeben. Tatsachen, die nach der HRV ins Handelsregister einzutragen sind, müssen Inhalt der entsprechenden Anmeldung sein (allgemeine Ansicht, BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 7/23, NZG 2024, 787 Rdnr. 22 m. w. N.). Daraus ergibt sich zugleich, dass eine Anmeldung nur unvollständig im Sinne des § 382 Abs. 4 Alt. 1 FamFG ist, wenn einzutragende Tatsachen nicht mitgeteilt werden. Einzutragen ist der Wohnort, nicht aber die Wohnanschrift. Davon geht auch das AG zutreffend aus.

**14 bb)** Der Anmeldung steht auch kein anderes behebbares Hindernis im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 Alt. 2 FamFG entgegen. Soweit das AG die Auffassung vertritt, die Mitteilung der Wohnanschrift des Geschäftsführers sei zur Erfüllung der ihm im Rahmen des Registerverfahrens obliegenden hoheitlichen Aufgaben erforderlich, hält das rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**15 (1)** Das AG geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass nach § 23 Abs. 1 FamFG die Beteiligten des Registerverfahrens von dem Antragsteller möglichst so genau zu bezeichnen sind, dass diese eindeutig identifizierbar sind. Gleichfalls zutreffend ist die Annahme, dass ein Geschäftsführer, dessen Eintragung begeht wird, wenn er nicht bereits nach § 7 Abs. 1 FamFG Beteiligter des Registerverfahrens ist, nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG als Beteiligter hinzuzuziehen ist.

**16** Zur eindeutigen Identifizierung des Geschäftsführers einer GmbH ist dessen Wohnanschrift im Allgemeinen nicht erforderlich. Im Rahmen der Antragstellung nach § 23 Abs. 1 FamFG kann hinsichtlich der Identifizierbarkeit eines Beteiligten kein strengerer Maßstab gelten als für dessen Eintragung in das Handelsregister. Sinn und Zweck des Handelsregisters ist es, dem Rechtsverkehr transparent und zuverlässig Informationen über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zur Verfügung zu stellen. Dazu gehören insbesondere Informationen über die Vertretungsverhältnisse von Gesellschaften (BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 7/23, NZG 2024, 787 Rdnr. 29 m. w. N.). Um diesen Zweck zu erfüllen, ordnet das GmbHG an, dass die Person des Geschäftsführers in das Handelsregister einzutragen ist und Veränderungen anzumelden sind. Um die Geschäftsführer im Rechtsverkehr identifizieren zu können, sind sie nach § 43 HRV mit Familiennamen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort anzugeben (BGH, Beschluss vom 03.02.2015, II ZB 12/14, juris Rdnr. 15). Dieser Regelung liegt die – mit der Rechtsprechung des EuGH übereinstimmende (EuGH, Urteil vom 09.03.2017, C-398/17, EU:C:2028:564 Rdnr. 48 ff.) – Wertung des Verordnungsgebers zugrunde, dass die in § 43 HRV aufgelisteten Informationen zur Identifizierung der Person des Geschäftsführers für den Rechtsverkehr erforderlich, aber auch ausreichend sind.

**17** Dafür spricht auch der mit Geltung zum 01.06.2023 geänderte Wortlaut der § 5 Abs. 1 und § 5a DONot. Zwar adressiert diese Vorschrift – worauf auch das AG hinweist – die Notare und nicht das Registergericht. Dennoch kommt durch die Regelungen, die den Schutz persönlicher Daten

zum Ziel haben, die allgemeine Wertung zum Ausdruck, dass Wohnanschriften nicht an das Handelsregister übermittelt werden sollen.

**18** Dass dem Gericht die Identifizierung anders als dem allgemeinen Rechtsverkehr nur anhand der zusätzlichen Angabe der Wohnadresse möglich ist, ist nicht erkennbar. Würde man die Angabe der Wohnadresse zur Identifizierung für erforderlich halten, müsste diese konsequenterweise auch ins Handelsregister eingetragen werden, was indes das AG selbst ausdrücklich nicht annimmt.

**19 (2)** Die Wohnadresse ist auch nicht Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Antragstellung nach § 23 FamFG. Für einen verfahrenseinleitenden Antrag nach § 23 Abs. 1 FamFG können keine strengeren Anforderungen als für die Klageerhebung nach § 253 ZPO gelten.

**20** Im Zivilprozess ist zur ordnungsgemäßen Klageerhebung die Bezeichnung der Parteien erforderlich, § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Allgemein anerkannt ist, dass zur Parteibezeichnung die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift gehört. Eine ladungsfähige Anschrift, die nicht nur die Wohnanschrift, sondern auch die Adresse einer Arbeitsstelle sein kann, ist jede Adresse, bei der auf Grundlage der Vorschriften der ZPO die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass dort eine ordnungsgemäße Zustellung vorgenommen werden kann (BGH, Urteil vom 31.10.2000, VI ZR 198/99, BGHZ 145, 358, juris Rdnr. 24 m. w. N.).

**21** Die Zustellung von Schriftstücken kann an jedem Ort erfolgen, an dem die Person angetroffen wird, § 177 ZPO. Wird eine Person in ihrer Wohnung oder dem Geschäftsräumen nicht angetroffen, kann eine Ersatzzustellung in der Wohnung oder den Geschäftsräumen durch Übergabe an die in § 178 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO genannten Personen oder durch Einlegen in den Briefkasten in einem zur Wohnung oder dem Geschäftsräumen gehörenden Briefkasten erfolgen, § 180 ZPO.

**22** Davon ausgehend ist die Angabe der Geschäftsanschrift der Gesellschaft ausreichend. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass Zustellungen an den Antragsteller als Geschäftsführer der Antragstellerin in deren Geschäftsräumen erfolgen können. Davon geht auch das AG aus, indem es ausführt, dass eine Ersatzzustellung an die Gesellschaft zwar möglich sei, die persönliche Erreichbarkeit des Geschäftsführers aber vorzugswürdig sei.

**23 (3)** Die Wohnadresse ist auch nicht erforderlich, um die Erreichbarkeit des Geschäftsführers für das Gericht während des Registerverfahrens sicherzustellen. Das AG nennt die Übermittlung von Anträgen nach § 23 FamFG, die abschließende Bekanntgabe des Registervollzugs nach § 383 FamFG, die Akteneinsicht nach § 13 FamFG, eine ggf. erforderliche Anhörung nach § 34 FamFG sowie Zwangsmaßnahmen, die persönlich gegen den gesetzlichen Vertreter zu vollstrecken sind, als Beispiele für Verfahrenshandlungen des Gerichts, in denen die Zustellung an den Geschäftsführer persönlich erforderlich sei.

**24** Die Erreichbarkeit des Antragstellers wird auch in diesen Fällen ausreichend durch die Angabe der Geschäftsanschrift der Gesellschaft sichergestellt. Soweit das AG dar-



auf verweist, dass es sich bei der überwiegenden Anzahl an Gesellschaften um kleinere Gesellschaften handele, bei denen nur ein kleines Geschäftslokal oder Büro bestehende und Fälle, in denen die Gesellschaften ihre Räumlichkeiten verlegten oder den Geschäftsbetrieb aufgaben, ohne das Registergericht darüber zu informieren, zum „Tagesgeschäft“ gehörten, mag das in der Sache zutreffen und die tägliche Arbeit des Registergerichts erschweren. Rechtlich ist eine GmbH aber verpflichtet, die Verlegung ihres Sitzes und die Änderung ihrer inländischen Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die stets bestehende Möglichkeit, dass eine GmbH die ihr obliegenden Anmeldepflichten nicht erfüllt, rechtfertigt es nicht, grundsätzlich die Mitteilung der Wohnanschriften ihrer Geschäftsführer zu verlangen. Sollte im Einzelfall die Zustellung an die Wohnanschrift des Geschäftsführers erforderlich sein, kann das AG diese durch eine einfache Melde registerauskunft bei der für den mitgeteilten Wohnort zuständigen Meldebehörde ermitteln (vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2024, II ZB 7/23, NZG 2024, 787 Rdnr. 46).

**25** Damit ist nicht ausgeschlossen, dass es Einzelfälle geben mag, in denen die Angabe einer Wohnanschrift zur Identifizierung oder Sicherstellung der Erreichbarkeit eines Beteiligten erforderlich sein kann. Im Allgemeinen kann die Angabe der Wohnanschrift der Geschäftsführer einer GmbH aber nicht zur Eintragungsvoraussetzung gemacht werden.

**26** Die Zwischenverfügung des AG ist aufzuheben, da die Sache insoweit zur Entscheidung reif ist, § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG. Die Sache ist an das AG zur Entscheidung über den Eintragungsantrag unter Berücksichtigung der rechtlichen Beurteilung des Senats zurückzugeben, § 69 Abs. 1 Satz 2, 4 FamFG.

**27** Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, § 57 GNotKG.

**28** Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen.

•

## 21. Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen durch zu Unrecht nicht zugelassene Aktionäre wegen eines Mitführungsverbots bestimmter privater Endgeräte

KG, Urteil vom 26.01.2024, 14 U 122/22

AktG §§ 118, 243 Abs. 1, § 246

GG Art. 14 Abs. 1

ZPO §§ 51, 52, 56

### LEITSÄTZE:

- Nach § 245 Nr. 2 AktG ist zur Anfechtung befugt jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

- Die Frage der Berechtigung, den Klägern den Zutritt zum eigentlichen Versammlungssaal zu verweigern, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Versammlungsleitung und damit des Rechts des Versammlungsleiters, den Zugang mit den genannten Endgeräten, die sich zur Bild- oder Tonaufnahme eignen, zu verwehren. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Der Anfechtungsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Kläger keinen Widerspruch zur Niederschrift gegen die Beschlussfassungen erhoben haben, denn dies ist im Falle einer Anfechtbarkeit nach § 245 Nr. 2 AktG nicht Voraussetzung der Anfechtungsklage. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Das Verbot, Mobiltelefone und Notebooks bzw. sonstige Geräte, mit denen Bild- und/oder Tonaufzeichnungen erfolgen können, mit in den Versammlungssaal zu nehmen, ist nicht durch die Ordnungsbefugnis des Versammlungsleiters gedeckt. Es stellt vielmehr eine unzulässige Beschränkung des durch Art. 14 GG geschützten Rechts der Aktionäre auf Teilnahme an der Hauptversammlung dar. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Der Versammlungsleiter hat sich bei der Wahrnehmung seiner Ordnungsbefugnisse am Gebot der Sachlichkeit zu orientieren sowie das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren. Ordnungsmaßnahmen sind zulässig, wenn sie sachlich erforderlich sind, weil sonst das Recht aller Aktionäre auf ordnungsgemäße Behandlung der Versammlungsgegenstände nicht gewahrt wäre, und wenn sie verhältnismäßig sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1-58** (hier nicht abgedruckt)

**59 aa** Zutreffend hat das LG die Kläger zu 1 bis 9 als nach § 245 Nr. 2 AktG zur Anfechtung befugt angesehen, denn die Kläger bzw. ihre bevollmächtigten Vertreter wurden zu Unrecht nicht zur Hauptversammlung am 29.08.2019 zugelassen.

**60** Nach § 245 Nr. 2 AktG ist zur Anfechtung befugt jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden ist.

**61** Das LG hat zutreffend und von der Berufung nicht angegriffen festgestellt, dass den Klägern zu 1 bis 9 der Zutritt zur Hauptversammlung durch den Versammlungsleiter verweigert wurde und es nicht darauf ankommt, ob der Grund für die Zutrittsverweigerung durch die Kläger hätte ausgeräumt werden können. Die Frage der Berechtigung, den Klägern den Zutritt zum eigentlichen Versammlungssaal zu verweigern, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Versammlungsleitung und damit des Rechts des Versammlungsleiters, den Zugang mit den genannten Endgeräten zu verwehren. Sie ist deshalb im Rahmen der materi-

ellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu prüfen. Maßgeblich ist allein, ob die Kläger in den eigentlichen Saal der Versammlung eingelassen wurden (Kölner Kommentar-AktG/*Noack/Zetsche*, 3. Aufl., § 245 Rdnr. 100; *Reichert/Bärwaldt*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 21), was unstreitig im Falle der Kläger zu 1 bis 9 auf Veranlassung der Beklagten jedenfalls ohne Abgabe ihrer Mobiltelefone und Notebooks nicht der Fall war. Ob die Kläger zuvor Einlasskontrollen oder sonstige Kontrollen passiert hatten, ist ohne Belang, denn ein Erscheinen im Sinne von § 245 Nr. 2 AktG bedeutet ein Erscheinen an dem Ort, an dem die Mitgliedschaftsrechte, insbesondere das Frage- und Stimmrecht ausgeübt werden könnten, wie der Umkehrschluss zu § 243 Nr. 2 AktG deutlich macht. Dies ist zweifelsfrei im Vorraum nicht gegeben.

**62** Entgegen der Ansicht der Berufung haben die Kläger bzw. ihre Vertreter durch ihre Weigerung, der Anordnung der Versammlungsleitung nachzukommen, nicht von sich aus auf eine Teilnahme an der Hauptversammlung verzichtet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie – nachdem sie zur Hauptversammlung angereist waren – an dieser auch teilgenommen hätten, wenn sie unter Mitnahme ihrer technischen Ausstattung zur Versammlung zugelassen worden wären (siehe auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.02.2007, 5 W 43/06, juris Rdnr. 23).

**63** Der Anfechtungsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Kläger keinen Widerspruch zur Niederschrift gegen die Beschlussfassungen erhoben haben, denn dies ist im Falle einer Anfechtbarkeit nach § 245 Nr. 2 AktG nicht Voraussetzung der Anfechtungsklage, anders als in Fällen des § 245 Nr. 1 AktG, wie das LG zutreffend erkannt hat (BGH, Urteil vom 11.11.1965, NJW 1966, 43, 44; MünchKomm-AktG/Schäfer, 5. Aufl., § 245 Rdnr. 37, 41; implizit OLG München, Beschluss vom 28.07.2010, 7 AktG 2/10, juris).

#### **64-96** (hier nicht abgedruckt)

**97** Das LG hat die Beschlüsse zu TOP 8, 9 und 10 der 122. Hauptversammlung der Beklagten am 29.08.2019 deshalb zu Recht gemäß § 248 AktG für nichtig erklärt.

**98** Die Kläger wurden durch die angegriffene Maßnahme in ihrem Teilnahmerecht gemäß § 118 AktG verletzt. Dies stellt nach einhelliger Ansicht einen Anfechtungsgrund im Sinne von § 243 Abs. 1 AktG dar (so bereits BGH, Urteil vom 11.11.1965, II ZR 122/63, NJW 1966, 43; MünchKomm-AktG/Schäfer, § 243 Rdnr. 26; Koch, AktG, 17. Aufl., § 118 Rdnr. 24; BeckOGK-AktG/Drescher, Stand: 01.10.2023, § 243 Rdnr. 103, 104). Das Verbot der Teilnahme an der Hauptversammlung ausschließlich ohne das Mitführen bestimmter privater Endgeräte entspricht vorliegend einem allgemeinen Teilnahmeverbot, da das Mitführverbot nicht von der Ordnungsbefugnis des Versammlungsleiters gedeckt ist.

**99** Auf die Frage, ob durch die angegriffene Maßnahme das Recht der Kläger auf informationelle Selbstbestimmung verletzt wurde, kommt es deshalb nicht an.

**100 aa)** Das Verbot, Mobiltelefone und Notebooks bzw. sonstige Geräte, mit denen Bild- und/oder Tonaufzeichnun-

gen erfolgen können, mit in die Hauptversammlung zu nehmen, ist nicht durch die Satzung der Beklagten gerechtfertigt. Ein entsprechender Beschluss zur Änderung der Satzung, erstmals beschlossen zu TOP 4 in der Hauptversammlung vom 14.06.2018 (Bestätigungsbeschlüsse am 27.09.2018, 05./06.12.2019 und 06.08.2020 [...]), ist bis heute nicht bestandskräftig und nicht ins Handelsregister eingetragen worden.

**101 bb)** Das Verbot, die genannten Geräte mit in den Versammlungsraum zu nehmen, ist auch nicht durch die Ordnungsbefugnis des Versammlungsleiters gedeckt. Es stellt vielmehr eine unzulässige Beschränkung des durch Art. 14 GG geschützten Rechts der Aktionäre auf Teilnahme an der Hauptversammlung dar.

**102** Der Versammlungsleiter hat sich bei der Wahrnehmung seiner Ordnungsbefugnisse am Gebot der Sachlichkeit zu orientieren sowie das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren. Ordnungsmaßnahmen sind zulässig, wenn sie sachlich erforderlich sind, weil sonst das Recht aller Aktionäre auf ordnungsgemäße Behandlung der Versammlungsgegenstände nicht gewahrt wäre, und wenn sie verhältnismäßig sind, also in das Teilnahme- und Stimmrecht des Aktionärs möglichst schonend eingreifen (BGH, Urteil vom 11.11.1965, a. a. O.).

**103** Der Versammlungsleiter hat bei der Ausübung seiner Leitungs- und Ordnungsbefugnisse ein weites, durch die Bestimmungen des AktG und der Satzung eingegrenztes Ermessen. Dieses muss er fehlerfrei ausüben. Hierzu gehört neben dem Gleichbehandlungsgebot und dem Neutralitätsgebot der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Hoffmann-Becking*, § 37 Rdnr. 76, *Marsch-Barner* in FS Brambring, 2011, S. 275; Kölner Kommentar-AktG/*Noack/Zetsche*, Anh. zu § 129 Rdnr. 155). Die Ordnungsbefugnis des Versammlungsleiters wird daneben maßgeblich bestimmt durch den Zweck der Hauptversammlung, die Tagesordnungspunkte sachgemäß abzuwickeln (BGH, a. a. O. Rdnr. 26).

**104** Zutreffend hat das LG festgestellt, dass die in der Mitgliedschaft wurzelnden Teilnahmerechte nicht schrankenlos gelten, sondern ihre Grenzen in der Befugnis des Versammlungsleiters finden, die Hauptversammlung ordnungsgemäß abzuwickeln. Die sachgerechte Leitung und Durchführung einer Hauptversammlung erfordern eine Ordnung, die mangels gesetzlicher Regelung durch den Zweck der Hauptversammlung bestimmt wird, die Tagesordnung sachgemäß abzuwickeln. Ein Aktionär, der diese Ordnung stört, muss sich Eingriffe in seine Rechte gefallen lassen, da der Einzelne seine Rechte nicht missbrauchen darf und es nicht in der Hand haben kann, den gehörigen, ordnungsgemäßen Ablauf der Hauptversammlung zu vereiteln, aufzuhalten oder zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 11.11.1965, a. a. O. Rdnr. 23; siehe auch Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, *Hoffmann-Becking*, § 37 Rdnr. 76; *Marsch-Barner* in FS Brambring, 2011, S. 267, 269).

**105** Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe hat das LG das Verbot zutreffend als unverhältnismäßig angesehen. Dies begründet die Anfechtbarkeit aller an diesem Tag ge-



troffenen Hauptversammlungsbeschlüsse (siehe dazu BGH, II ZR 142/14, WM 2015, 2046, Rdnr. 40; Spindler/Stilz/Wicke, AktG, § 119 Rdnr. 6; Hirte/Mülbert/Roth, AktG, 5. Aufl. 2017, § 129 Rdnr. 240).

**106 (1)** Der vorliegend gewählte Eingriff verfolgt zunächst einen legitimen Zweck, nämlich zu verhindern, dass – unter Verstoß gegen das in der Einladung mitgeteilte Verbot von Bild- und Tonaufnahmen der Versammlung, welches sich im Übrigen ohne Weiteres auch aus § 201 StGB ergibt und dessen Zulässigkeit die Parteien nicht in Abrede stellen – heimlich oder offen Aufzeichnungen der Hauptversammlung und damit der anderen anwesenden Personen erfolgen.

**107 (2)** Das gewählte Mittel ist geeignet, das Ziel zu erreichen, auch wenn damit nicht verhindert wird, dass andere technische Geräte heimlich mitgeführt werden, mit denen ebenfalls eine Aufzeichnung erfolgen könnte. Denn es ist für die Frage der Eignung einer Maßnahme ausreichend, wenn das gewählte Mittel den Zweck zumindest fördert. Dies ist der Fall, denn mit dem Mitführerverbot wird eine einfache Möglichkeit zur Aufzeichnung beseitigt, die nahezu jedem Aktionär zur Verfügung stehen dürfte im Hinblick auf die nahezu flächendeckende Ausstattung der Bevölkerung mit Mobiltelefonen.

**108 (3)** Es bestehen jedoch bereits erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit der Maßnahme im Hinblick auf den verfolgten Zweck einer ordnungsgemäßen Abwicklung der Hauptversammlung unter Wahrung der Rechte der übrigen Teilnehmer. Die Erforderlichkeit fehlt, wenn ein mildereres, aber gleichermaßen geeignetes Mittel zur Erreichung des legitimen Zwecks in Betracht kommt.

**109** Als milderes Mittel ist zum einen an das auch vorliegend ausgesprochene Verbot der Anfertigung entsprechender Aufzeichnungen zu denken. Dass ein solches Verbot weniger geeignet ist, hat die Beklagte zwar unter Hinweis auf frühere Verstöße behauptet. Dieser Vortrag ist aber vollständig abstrakt und vage geblieben. Wann genau welche Aufzeichnungen erfolgt sein sollen, wie die Beklagte hiervon Kenntnis erlangt hat und welche Rückschlüsse diese behaupteten Aufzeichnungen auf den Urheber derselben zugelassen haben sollen, ist nicht vorgetragen. Die Kläger haben dies bestritten. Die Beklagte hat für ihre Behauptung keinen Beweis angetreten und ihren Vortrag trotz der entsprechenden Hinweise der Kläger nicht weiter konkretisiert, sodass sie hiermit nicht gehört werden kann. Damit ist aber eine Gefahr einer Grundrechtsverletzung der übrigen Teilnehmer bereits nicht naheliegend, denn es fehlt an der Darlegung einer auf festgestellten tatsächlichen Umständen gestützten Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts.

**110** Konkreter Vortrag hierzu wäre indes notwendig gewesen, um bewerten zu können, ob ein mildereres Mittel zur Zweckerreichung vorliegt. Es könnte nämlich geboten sein, einen Störer, d. h. einen gegen das Aufzeichnungsverbot verstößenden Aktionär, zunächst unter Androhung von Sanktionen aufzufordern, die bevorstehende oder eingetretene Störung zu beenden und die ggf. erfolgte Aufzeichnung zu vernichten, bzw. diesen nach erfolgloser Mahnung des Saales zu verweisen.

**111** Unabhängig davon bestünde ein milderes Mittel zur Zweckerreichung insbesondere im Hinblick auf das von der Beklagten besonders hervorgehobene Recht am eigenen Bild darin, die Mittführung der Geräte nur unter Nutzung von Kamera- und Mikrofonblockern (als Software bzw. Hardware) zu gestatten bzw. im Hinblick auf die Zulassung von Notebooks nur solche ohne integrierte Kamera zu gestatten (und dies zuvor in der Einladung anzukündigen). Kameras in den vom Verbot betroffenen Endgeräten können problemlos mittels Siegeln/Plomben blockiert werden; diese sind kostengünstig erhältlich und hätten von der Beklagten für die Teilnehmer bereitgestellt werden können (wie dies zum Beispiel bei Werksbesichtigungen von sicherheitsrelevanten Bereichen Standard ist). Hier sind Produkte auf dem Markt, die eine Manipulation des Siegels unmittelbar erkennen lassen. Zudem gibt es – für Kameras wie auch für Mikrofone – kostenfreie Softwarelösungen, die die Kamera- und Mikrofon-Funktion von Smartphones oder sonstigen Endgeräten deaktivieren und so eine unzulässige Aufnahme verhindern. Diese Mittel wären geeignet zur Erreichung des Zwecks, wenn auch mit einem geringfügig erhöhten Kontrollaufwand verbunden.

**112 (4)** Dies kann jedoch dahinstehen, denn jedenfalls ist das Verbot nicht angemessen, weil es außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

**113** Das LG hat fehlerfrei die im Rahmen der praktischen Konkordanz in einen Ausgleich zu bringenden, maßgeblichen betroffenen Rechtskreise dargestellt, nämlich das aus dem Eigentumsrecht des Art. 14 GG folgende Teilnahmerecht der Aktionäre einerseits (was das Privatgutachten Starck [...] nicht berücksichtigt) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der übrigen Anwesenden, welches in seiner Ausprägung als Recht am eigenen Bild und Recht am eigenen Wort sowohl gegen unerlaubte Ton- als auch Bildaufzeichnungen schützt.

**114** Entgegen der Ansicht der Berufung betrifft der befürchtete Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, dem das Verbot begegnen will, nicht die Privatsphäre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit der Folge eines strengeren Maßstabs für die Zulassung von Eingriffen und – unter Berücksichtigung der hier relevanten Drittewirkung der Grundrechte – einer höheren Wertung im Rahmen der Abwägung der Verhältnismäßigkeit (siehe dazu BeckOK-GG/Lang, Stand: 15.08.2023, Art. 2 Rdnr. 77, 91 ff.). Die Privatsphäre umfasst nach der Judikatur des BVerfG das Privatleben einer Person sowie deren Leben im häuslichen Bereich und Familienkreis; sie schützt nämlich im Sinne einer Rückzugsmöglichkeit für das Individuum „einen Raum, in dem der Einzelne unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann“ (BVerfG, Beschluss vom 26.04.1994, 1 BvR 1698/88, BVerfGE 90, 255, 260 m. w. N.; BeckOG-GG/Lang, a. a. O.).

**115** Dieser Bereich ist erkennbar nicht betroffen, wenn Aktionäre an einer Versammlung einer Aktiengesellschaft teilnehmen, auch wenn dort nur eine Bereichsöffentlichkeit besteht, denn die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte

hat zweifelsfrei Beziehungen zu außfamiliären Akteuren und einen starken Sozialbezug; der Hauptversammlung fehlt auch bei Anwesenheit nur von anderen Mitgliedern der Aspekt des Rückzugsraums ins Private. Bei der Teilnahme an entsprechenden bereichsöffentlichen Versammlungen ist damit die Sozialsphäre als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts betroffen, die der Teilhabe des Grundrechtsträgers am öffentlichen Leben zuzuordnen ist und die naturgemäß Abstufungen kennt, ohne dass das Vorhandensein einer nur beschränkten Öffentlichkeit – wegen des verbleibenden Bezugs nach außen – zwangsläufig zu einer Heraufstufung ins Private führt.

**116** Der Eingriff in das Teilnahmerecht der Aktionäre durch das Mitführverbot steht außer Verhältnis zu der damit bezeichneten Vermeidung eines Eingriffs in das derart verstandene allgemeine Persönlichkeitsrecht der übrigen Aktionäre und sonstigen Teilnehmer der Hauptversammlung und ist damit nicht verhältnismäßig im engeren Sinn. Entgegen der Berufung hat das LG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der übrigen Teilnehmer der Versammlung nicht ein zu geringes Gewicht beigemessen; vielmehr teilt der Senat die Wertung des LG, dass vorliegend das Recht der Kläger auf Teilnahme die gegenläufigen Interessen überwiegt.

**117** Zu der vom LG getroffenen zutreffenden Abwägung ist zu ergänzen:

**118** Bei der Abwägung der widerstreitenden Belange ist im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der übrigen Teilnehmer der Versammlung zweierlei zu beachten. Es besteht zum einen lediglich eine abstrakte Gefahr einer Rechtsverletzung; zum anderen sind die betreffenden Grundrechtsträger im Falle eines Verstoßes gegen das Aufzeichnungsverbot nicht schutzlos gestellt.

**119** Dass im Falle der Hauptversammlungen der Beklagten mehr als eine abstrakte Gefahr einer verbotenen Aufzeichnung von Ton und/oder Bild eintritt, hat die Beklagte zwar behauptet, dies aber nach dem Bestreiten der Kläger nicht näher konkretisiert (Aufzeichnung durch wen? Was geschah mit der Aufzeichnung? Wie hat die Beklagte davon Kenntnis erlangt?) oder gar unter Beweis gestellt, sodass von einer tatsächlich erfolgten Verletzung des Persönlichkeitsrechts anderer Teilnehmer in vorangegangenen Hauptversammlungen nicht ausgegangen werden kann. Dies ist relevant, weil die Ordnungsaufgabe des Versammlungsleiters nicht darauf gerichtet ist, die Rechtsordnung an sich durchzusetzen und Rechtsverstöße zulasten anwesender Dritter präventiv auf jeden Fall zu verhindern, sondern an ihrem Zweck zu messen ist, nämlich den ordnungsgemäßen Verlauf der Hauptversammlung sicherzustellen. Insoweit hat er auch – aber auch nur dort – für die Sicherheit der Beteiligten zu sorgen, wo diese sich nicht selbst schützen können.

**120** Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland auch im Hinblick auf zahllose denkbare Verletzungsmöglichkeiten zunächst mit einem reaktiven Schutz versehen, indem dem betroffenen Rechtsträger Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten ermöglicht wird und Verletzungen durch allgemeine Gesetze in Form von Schadensersatzansprü-

chen, Schmerzensgeldansprüchen und mit dem scharfen Schwert des Strafrechts geahndet werden. Diese reaktive Herangehensweise im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird vom Gesetzgeber damit offenkundig als grundsätzlich ausreichend angesehen, um Verletzungen zu begegnen. Von daher bedarf es zusätzlicher Umstände, die es erforderlich machen, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der übrigen Aktionäre mit einem präventiven Geräteverbots zu schützen. Diese sind hier nicht erkennbar. Hinzu kommt die vom LG zutreffend angeführte, nur als unwesentlich anzusehende Erhöhung des Schutzniveaus durch das Geräteverbot, welches allenfalls spontane Verstöße gegen das Verbot der Bild- und Tonaufzeichnung verhindert, aber vorsätzliche Verstöße hiergegen mit anderen Mitteln nicht zu vermeiden vermag.

**121** Beide Umstände sind bei der Abwägung des das Verbot rechtfertigenden Schutzbuts hinsichtlich der Wertigkeit desselben im Verhältnis zum Eingriff in das Teilnahmerecht auf der einen Seite zu beachten.

**122** Auf der anderen Seite der Abwägung ist zu beachten, dass das Verbot die schützenswerten Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre erheblich beeinträchtigt. Das Verbot führt dazu, dass zum Beispiel Aktionärsvertreter keine Rücksprache mit ihren Prinzipalen halten können, ohne den Versammlungsraum zu verlassen. Auch wenn die Hauptversammlung in den Präsenzbereich übertragen wurde, ist damit eine kurzfristig erfolgende Abstimmung mit dem Prinzipal nur mit Aufwand möglich, der im Hinblick auf die bei jedem Betreten des Versammlungssaals erfolgenden Einlasskontrollen zu einer Verzögerung und damit ggf. zu einem Verpassen von Abstimmungen führen kann.

**123** Das Verbot der Mitnahme von Notebooks oder Tablets beschränkt zudem die Arbeitsfähigkeit der Aktionäre erheblich. Dies gilt gerade im Fall der betroffenen Hauptversammlungen der Beklagten, deren Tagesordnungen – so weit ersichtlich – in jüngerer Zeit von einer großen Vielzahl von Bestätigungsbeschlüssen geprägt sind. Aber auch allgemein ist eine effektive Teilnahme an einer Hauptversammlung heutzutage nicht ohne Nutzung von Notebooks, Mobiltelefonie oder Tablets sinnvoll möglich. Diese ermöglichen einen schnellen Zugriff auf alle Unterlagen sowie eine Volltextsuche und lassen die parallele Befassung mit sonstigen Anforderungen zu. Die von der Beklagten angeführte Alternative eines papiergebundenen Arbeitens ist offenkundig nicht gleichwertig, zumal zahlreiche aktienrechtliche Dokumente dem Aktionär in der Regel digital und nicht papiergebunden zur Verfügung gestellt werden, darunter die Einladung zur Hauptversammlung samt Tagesordnung, die in Ermangelung abweichender Satzungsbestimmungen der Beklagten nach §§ 121, 25 AktG im – nur elektronisch erscheinenden – Bundesanzeiger veröffentlicht wird.

**124** Die Möglichkeit der Nutzung der Geräte außerhalb des Versammlungssaals und die weiteren von der Beklagten ergriffenen Ausgleichsmaßnahmen (Notfalltelefon, internetfähiger PC im Versammlungssaal) sind unabhängig davon nicht geeignet, die Schwere des Eingriffs in das Teilnahmerecht ausreichend abzumildern. Zum einen geht es bei der Möglichkeit, via Mobiltelefon ggf. nicht nur telefonisch, son-

dern auch über sonstige Nachrichtenkanäle (SMS, Messengerdienste) zu kommunizieren, nicht nur um die Möglichkeit, für Dritte erreichbar zu sein, sondern auch sendefähig zu sein, d. h. seinerseits nach außen kommunizieren zu können, um sich ggf. als Aktionärsvertreter mit dem Principal abzustimmen. Eine Kommunikation außerhalb des Versammlungssaals ist – wie ausgeführt – nicht gleichbedeutend mit der Möglichkeit, aus dem Versammlungssaal heraus zu kommunizieren. Zudem wird durch die Ausgleichsmaßnahmen der schwere Eingriff in die Arbeitsfähigkeit der Aktionäre und deren Möglichkeit, sich sachgerecht auf Fragen und Antworten und die Abstimmungen in der Versammlung vorzubereiten, nicht behoben, weil durch einen internetfähigen PC nicht ohne Weiteres (zum Beispiel vorheriger Upload in einer Cloud) der Zugriff auf die Unterlagen des Aktionärs ermöglicht wird, denn es fehlt dem PC der Zugriff auf die eigene Dokumentenablage bzw. Speichermedien. Auch bürdet die Nutzung des PCs im Saal in Verbindung mit einer Cloud dem Aktionär einerseits das Risiko auf, dass der PC gerade im Moment der erstrebten Nutzung besetzt ist (zur Anzahl der PCs hat die Beklagte nichts mitgeteilt) und belastete ihn zudem mit der Notwendigkeit, im Interesse der Geheimhaltung seiner Daten diese später vom PC zu löschen. Auch die Nutzung von E-Book-Readern, die nach Ansicht der Beklagten dem Verbot nicht unterfallen wären und hätten mitgeführt werden können, stellt keine ausreichende Ausgleichsmaßnahme dar. E-Book-Reader erlauben weder einen Zugriff auf einen unbegrenzten Datenbestand noch eine Volltextsuche und sind damit in keiner Weise mit Endgeräten wie Notebooks oder Tablets funktional vergleichbar.

**125** Zutreffend hat das LG die Ausgleichsmaßnahmen auch deshalb nicht für ausreichend angesehen, weil sie in der Einladung zur Hauptversammlung nicht mitgeteilt wurden. Auch wenn die Nutzung der Geräte außerhalb des Versammlungssaals im Übrigen Präsenzbereich am Tag der Versammlung ausweislich der Niederschrift ausdrücklich erlaubt wurde, ist nicht auszuschließen, dass Aktionäre durch die diese Information nicht enthaltende Einladung von der Teilnahme an der Hauptversammlung Abstand genommen haben (siehe bereits Senat, Beschlüsse vom 30.08.2019, 14 AktG 1/19 und vom 17.09.2019, 14 AktG 2/19 ebenso LG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.08.2008, 3-5 O 339/07, juris Rdnr. 39). Dem Text der Einladung ist nicht zu entnehmen, dass im Hinblick auf die Nutzungsmöglichkeit der betroffenen Endgeräte eine Unterscheidung zwischen Versammlungssaal und Präsenzbereich der Hauptversammlung bestehen soll. Ausdrücklich werden Bild- und Tonaufnahmen „während der Hauptversammlung“ verboten. Dies beinhaltet für den außenstehenden Leser ein Verbot von Tonaufnahmen im Präsenzbereich, sodass das Mitführverbot in Bezug auf die genannten Geräte umfassend zu verstehen ist. Gerade der fehlende Hinweis auf Schließfächer – den behaupteten Zugriff der Beklagten hierauf außen vorlassend – bedeutete für den teilnahmewilligen Aktionär eine erhebliche Unsicherheit im Umgang mit dem alltäglichen Mitführen von Smartphones, insbesondere eine Unklarheit, ob diese für eine Teilnahme zu Hause bzw. im Hotel zu belassen wären oder nicht.

**126-131** (hier nicht abgedruckt)

Anmerkung der Schriftleitung: Rechtsbehelfsverfahren anhängig beim BGH (II ZR 24/24).

## INTERNATIONALES PRIVATERECHT

### 22. Unwirksamkeit einer Eheschließung bei Abgabe der Eheschließungserklärungen per Videotelefonie in Deutschland und fehlender Wahrung der hier vorgeschriebenen Form

BGH, Beschluss vom 25.09.2024, XII ZB 244/22 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 08.03.2022, 26 Wx 3/22)

*BGB §§ 1310, 1311*

*EGBGB Art. 11, Art 13 Abs. 4*

#### LEITSATZ:

Geben Verlobte die Eheschließungserklärungen in Deutschland ab, handelt es sich um eine Eheschließung im Inland und kann die Ehe daher nur in der hier vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Eine Eheschließung durch von Deutschland aus per Videotelefonie vor einem Trauungsorgan im Ausland (hier: Behörde in Utah/USA) abgegebene Erklärungen ist unwirksam (Abgrenzung zu Senatsbeschluss vom 29.09.2021, XII ZB 309/21, FamRZ 2022, 93).

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Antragsteller sind nigerianische Staatsangehörige und haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Sie schlossen im Mai 2021 per Videotelefonie die Ehe vor einer Behörde in Utah (Vereinigte Staaten von Amerika). Während der Eheschließung befanden sich beide Antragsteller in Deutschland und gaben ihre Erklärungen im Wege der zeitgleichen Übertragung in Bild und Ton gegenüber der Behörde in Utah ab. Sie erhielten anschließend eine amerikanische Eheurkunde mit Apostille. Nachdem die Eheschließung auf ihre Vorsprache von der zuständigen Meldebehörde nicht als wirksam angesehen wurde, haben die Antragsteller die beabsichtigte Eheschließung beim zuständigen Standesamt angemeldet.

**2** Das Standesamt hat eine Zweifelsvorlage beim AG eingereicht mit der Frage, ob die Eheschließung in Utah einer erneuten Eheschließung entgegenstehe. Das AG hat das Standesamt angewiesen, die Anmeldung zur Eheschließung nicht mit der Begründung zurückzuweisen, dass die Antragsteller die Ehe in Utah geschlossen haben. Das OLG hat die Beschwerde des Beteiligten zu 4 (Standesamtaufsicht) zurückgewiesen. Dagegen richtet sich dessen zugelassene Rechtsbeschwerde.

**3 II.** Die statthafte und für den Rechtsbeschwerdeführer als Aufsichtsbehörde in einer Personenstandssache auch ohne Sachantrag zulässige Rechtsbeschwerde (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 237, 315 = FamRZ 2023, 1618 Rdnr. 7 m. w. N.) ist unbegründet.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

**4.1.** Nach Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2022, 1463 veröffentlicht ist, ist die von den Antragstellern vor der Behörde in Utah geschlossene Ehe in Deutschland nicht wirksam. Auf die Form der Eheschließung sei deutsches Sachrecht anwendbar. Eine Ehe könne gemäß Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB im Inland nur in der in Deutschland vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Um eine (auch) im Inland geschlossene Ehe handele es sich selbst dann, wenn nur die Verlobten ihre Erklärungen auf Eingehung der Ehe in Deutschland abgaben, während die Stelle, welche aufgrund der Erklärungen das Zustandekommen der Ehe feststelle, sich in einem anderen Staat befindet. Die Abgabe der Erklärungen auf Eingehung der Ehe sei für die Eheschließung derart wesentlich, dass die Eheschließung (auch) am Ort der Abgabe der Erklärungen stattfinde. Sinn und Zweck der einseitigen Kollisionsvorschrift des Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB erforderten eine solche Auslegung, damit die in Deutschland vorgeschriebene Form der Eheschließung nicht mithilfe einer Videotelefonie unterlaufen werden könne. Diese Spezialregelung gehe der allgemeineren Kollisionsvorschrift des Art. 11 EGBGB vor. Davon unterscheide sich die Eheschließung durch im Ausland handelnde Stellvertreter, bei der alle unmittelbar für die Eheschließung erforderlichen Rechtshandlungen im Ausland vorgenommen würden. Die beiden Antragsteller hätten ihre Erklärungen auf Eingehung der Ehe persönlich in Deutschland abgegeben, sodass es sich um eine Heirat im Inland im Sinne von Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB handele. Nach dem somit anzuwendenden deutschen Sachrecht sei eine formgültige Ehe wegen Verstoßes gegen § 1310 Abs. 1 Satz 1, § 1311 Satz 1 BGB nicht zustande gekommen.

**5.2.** Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die vom AG erteilte Anweisung an das Standesamt ist aufgrund § 49 PStG zu Recht ergangen.

**6 a)** Die Zulässigkeit der im Januar 2022 nicht in der nach § 14b FamFG vorgeschriebenen Form eingelegten Erstbeschwerde und eine hier etwa in Betracht kommende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand können offenbleiben, wenn zwischen der Verwerfung als unzulässig und der Zurückweisung als unbegründet weder hinsichtlich der Rechtskraftwirkung noch hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Rechtsmittelentscheidung Unterschiede bestehen oder das Rechtsbeschwerdegericht formell rechtskräftig auf die Unbegründetheit der Erstbeschwerde erkennen kann, ohne dass schutzwürdige Interessen der Beteiligten entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 07.11.2022, VfA ZR 737/21, MDR 2023, 51 Rdnr. 15 m. w. N.). Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben.

**7 b)** Ob die Antragsteller vom Standesamt bereits wegen rechtlicher Zweifelhaftigkeit der früheren Eheschließung zur Eheschließung zugelassen werden mussten (vgl. KG, FamRZ 2022, 1017, 1018 m. w. N.; Wall, StAZ 2022, 202, 203; MünchKomm-BGB/Wellenhofer, 9. Aufl., § 1306 Rdnr. 11 m. w. N.), kann vorliegend offenbleiben. Denn der Grund für die bestehenden Zweifel, deren Beseitigung das Verfahren nach § 49 PStG dienen soll, liegt gerade im Fehlen höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Wirksamkeit

der sog. Online-Eheschließung. Das vom Gesetz vorgesehene Verfahren ist damit nach seinem Sinn und Zweck jedenfalls in der Rechtsbeschwerdeinstanz durchzuführen, wenn dadurch die zugrunde liegende Zweifelsfrage geklärt wird. Das wird dadurch verdeutlicht, dass den Antragstellern im vorliegenden Verfahren ungeachtet ihrer Anmeldung der Eheschließung ersichtlich vorrangig an der – ggf. inzident zu erfolgenden – Anerkennung der Online-Eheschließung gelegen ist. Denn eine Klärung des eherechtlichen Status im Personenstandsverfahren wäre ihnen mangels eines hierfür gesetzlich vorgesehenen Anerkennungsverfahrens versperrt, wenn für sie faktisch allein die Möglichkeit der erneuten Eheschließung bestünde. Da eine solche zudem nur ex nunc wirken würde, traten die Ehewirkungen erst mit zeitlichem Abstand zu der vorangegangenen Eheschließung ein und verbliebe für die Zwischenzeit eine Rechtsunsicherheit.

**8** Dass die Antragsteller die beabsichtigte Eheschließung selbst angemeldet haben, steht dem nicht entgegen, weil dieses Vorgehen für sie die einzige Möglichkeit darstellt, die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der vorangegangenen Online-Eheschließung im Personenstandsverfahren herbeizuführen. Auf einen Feststellungsantrag nach § 121 Nr. 3 FamFG können sie zu diesem Zweck schließlich schon deshalb nicht verwiesen werden, weil ein solches Verfahren nur zwischen den beteiligten (Schein-)Ehegatten und insbesondere ohne Beteiligung einer (Personenstands-)Behörde geführt werden müsste und im Unterschied zum Verfahren nach dem bis zum 30.06.1998 geltenden § 638 Satz 2 ZPO eine Feststellung für und gegen alle nicht vorgesehen ist (vgl. OLG Nürnberg, FamRZ 2023, 1459, 1461; Prütting/Helms/Helms, FamFG, 6. Aufl., § 121 Rdnr. 11 m. w. N.).

**9 c)** Die per Videotelefonie von Deutschland aus erfolgte Eheschließung der Antragsteller vor einer Stelle in Utah ist im Inland unwirksam.

**10** Gemäß Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB kann eine – wie hier vorliegend – verschiedengeschlechtliche Ehe im Inland nur in der hier vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Nach § 1310 Abs. 1 Satz 1 BGB müssen die Erklärungen der Eheschließenden vor dem Standesbeamten abgegeben werden. Die Eheschließenden müssen die Erklärungen gemäß § 1311 Satz 1 BGB persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit abgeben. Das ist vorliegend nicht geschehen.

**11 aa)** Ob es sich in der vorliegenden Fallkonstellation um eine Eheschließung im Inland handelt, ist umstritten.

**12** Zum Teil wird vertreten, im Fall einer nach dem jeweiligen Auslandsrecht für die Wirksamkeit der Eheschließung erforderlichen („konstitutiven“) Registrierung durch die ausländische Stelle liege der Ort der Eheschließung im Ausland und finde Art. 11 EGBGB Anwendung (Staudinger/Mankowski, Neub. 2011, Art. 13 EGBGB Rdnr. 479; MünchKomm-BGB/Coester, Art. 13 EGBGB Rdnr. 141; BeckOGK-BGB/Rentsch, Stand: 01.06.2024, Art. 13 EGBGB Rdnr. 241; Gössl/Pflaum, StAZ 2022, 97, 98 ff.; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 4. Aufl., Rdnr. III-409; Erborth, StAZ 2022, 289, 291 ff.; Franck, JZ 2023, 21, 29; Beiderwieden, jurisPR-IWR 2/2022 Anm. 4; ebenso bereits LG Frankenthal, FamRZ 1975, 698

für die formlose Eheschließung von Koreanern in Deutschland mit anschließender Registrierung in Korea; vgl. auch VG Berlin, StAZ 2024, 87, 88 für eine Konsensehe nach islamischem Recht, wenn nur ein Verlobter die Eheschließungserklärung von Deutschland aus abgegeben hat).

**13** Der überwiegende Teil der bislang veröffentlichten instanzgerichtlichen Rechtsprechung und ein Teil der Literatur sind dagegen mit dem Beschwerdegericht der Meinung, dass auf die Abgabe der Erklärungen durch die Eheschließenden abzustellen ist. Sei diese im Inland erfolgt, handele es sich um eine Eheschließung im Inland (VG Augsburg, BeckRS 2022, 15351 [dazu VGH München, StAZ 2022, 306]; VG Karlsruhe, Beschluss vom 28.09.2023, 1K3074/23, juris Rdnr. 10 ff.; VG Düsseldorf, Urteil vom 05.07.2024, 7 K 2728/22, juris; im Ergebnis auch VG Düsseldorf, FamRZ 2022, 681; NK-BGB/Andrae, 4. Aufl., Art. 13 EGBGB Rdnr. 100; BeckOK-BGB/Mörsdorf, Stand: 01.11.2023, Art. 13 EGBGB Rdnr. 64; Wall, StAZ 2022, 33, 38 und StAZ 2022, 202, 204 f.; Mayer, IPRax 2022, 593, 597; Gmehling, Der Ort der Eheschließung im deutschen Kollisionsrecht, S. 66 ff.; vgl. bereits Beitzke, StAZ 1964, 25).

**14 bb)** Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

**15 (1)** Die Vorschrift des Art. 13 Abs. 4 EGBGB ist lex specialis zu Art. 11 EGBGB und ihrer Rechtsnatur nach eine einseitige Kollisionsnorm (vgl. Staudinger/Looschelders, Neub. 2024, Einl. zum IPR Rdnr. 1033 f.), die als besondere Bestimmung zur Form der Eheschließung im Inland nach deutschem Recht auszulegen ist (vgl. Wall, StAZ 2022, 33, 37; Mayer, IPRax 2022, 593, 596). Fragen der Mitwirkung eines Trauungsorgans bei der Eheschließung sind dabei wie die Modalitäten der Eheschließungserklärungen nach einheitlicher Ansicht als Formfragen anzusehen (MünchKomm-BGB/Coester, Art. 13 EGBGB Rdnr. 132 f.; Franck, JZ 2023, 21, 26; vgl. BGHZ 29, 137 = FamRZ 1959, 143, 144 f.; Senatsbeschluss vom 29.09.2021, XII ZB 309/21, FamRZ 2022, 93 Rdnr. 12).

**16** Im Ausgangspunkt findet die Eheschließung dort statt, wo die für ihre Wirksamkeit erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen werden. Für die Eheschließung ist nach dem maßgeblichen deutschen Rechtsverständnis materiellrechtlich der Konsens der Eheschließenden tragend (vgl. Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 4. Aufl., Rdnr. III-153 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl., § 12 Rdnr. 1), sodass auf die Abgabe der Eheschließungserklärungen abzustellen ist. Es genügt, dass eine Erklärung in Deutschland abgegeben wurde, weil damit ein wesentlicher Teil der Eheschließung im Inland verwirklicht wurde. Dem steht ein abweichender Ort des Zugangs der Eheschließungserklärungen oder der ausländische Sitz des Trauungsorgans, an das die Erklärungen übermittelt werden, nicht entgegen. Die Mitwirkung des Standesbeamten (vgl. § 1310 BGB) und die Notwendigkeit höchstpersönlicher Erklärungen (vgl. § 1311 BGB) stellen Elemente der Form dar, die für den Ort der Eheschließung nicht ausschlaggebend sind. Die Anwendbarkeit von Formvorschriften ergibt sich nach der gesetzlichen Konzeption erst aus dem vorrangig zu bestimmenden Ort der Eheschließung.

**17 (2)** Dass die Registrierung nach dem in Betracht kommenden Auslandsrecht „konstitutive“ Wirkungen hat, ändert daran nichts. Dem Abstellen auf das Auslandsrecht liegt vielmehr ein Zirkelschluss zugrunde, der das zu Begründende, nämlich die Anwendbarkeit des ausländischen Formstatuts, in unzulässiger Weise voraussetzt (zutr. Wall, StAZ 2022, 202, 204 f.; NK-BGB/Andrae, Art. 13 EGBGB Rdnr. 100; Mayer, IPRax 2022, 593, 596; Gmehling, Der Ort der Eheschließung im deutschen Kollisionsrecht, S. 57 f.; a. A. Gössl/Pflaum, StAZ 2022, 97, 101; Coester-Waltjen/Coester, Liber Amicorum Bea Verschraegen, S. 1, 7).

**18** Im Übrigen kennt auch das deutsche Recht (vorbehaltlich der Heilungsmöglichkeiten nach § 1310 Abs. 3 BGB) mit § 1310 Abs. 1, § 1311 Abs. 1 BGB Formerfordernisse, die für die Wirksamkeit der Eheschließung erfüllt sein müssen. Es dürfte daher ohnedies schon keine entscheidende Besonderheit darstellen, wenn das jeweilige Auslandsrecht die Registrierung im Unterschied zum deutschen Recht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Eheschließung vorsieht. Dass auch eine „konstitutive“ Registrierung die Eheschließungserklärungen nicht zu ersetzen vermag, wird dadurch bestätigt, dass eine im Ausland etwa ohne entsprechenden Konsens der Verlobten vorgenommene Eheschließung bei – vorliegend aufgrund des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Antragsteller in Deutschland bestehendem – Inlandsbezug mit dem ordre public nach Art. 6 Satz 2 i. V. m. Art. 6 Satz 1 EGBGB unvereinbar wäre (vgl. Kaiser, FamRZ 2013, 77, 81 m. w. N.). Soweit der Senat einen ordre-public-Verstoß bei sog. Handschuhehen grundsätzlich verneint hat (Senatsbeschluss vom 29.09.2021, XII ZB 309/21, FamRZ 2022, 93 Rdnr. 30 f. m. w. N.), bezieht sich dies auf den Fall der Stellvertretung in der Erklärung. Diese setzt indessen die Übereinstimmung der Vertretererklärung mit dem Willen der Verlobten, also auch deren materiellen Ehekonsens voraus und betrifft mithin allein die Formfrage.

**19 (3)** Es besteht auch kein Wertungswiderspruch zwischen der Behandlung von Online-Eheschließung und Handschuhehe. In Anbetracht der vom Gesetzgeber in Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB bewusst getroffenen Regelung, von der Art. 13 Abs. 4 Satz 2 EGBGB nur eine hier nicht gegebene Ausnahme vorsieht, ist ein Absehen von der zwingend vorgeschriebenen Inlandsform nicht möglich. Im Unterschied zur Handschuhehe werden bei der Online-Eheschließung die Erklärungen von den Eheschließenden persönlich an deren jeweiligem Aufenthaltsort abgegeben und nicht durch Vertreter am Ort der Trauungsperson oder registrierenden Behörde. Das entspricht nicht zuletzt auch der Art. 11 EGBGB zugrunde liegenden Systematik, wie insbesondere aus Art. 11 Abs. 3 BGB deutlich wird (vgl. Staudinger/Schäuble, Art. 11 EGBGB Rdnr. 217). Das Ergebnis wird schließlich durch die Regelung in Art. 17b Abs. 4 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 EGBGB bestätigt, die die Begründung der gleichgeschlechtlichen Ehe im Unterschied zu Art. 13 Abs. 4 EGBGB dem Recht des Register führenden Staates unterstellt und damit dessen Formvorschriften auch bei der Eheschließung zur Anwendung beruft (vgl. BT-Drucks. 14/3751, S. 60; BR-Drucks. 432/18, S. 26; Gmehling, Der Ort der Eheschließung im deutschen Kollisionsrecht, S. 34 f.). Zumal Ort der Registrierung und der Registerführung in der Regel



übereinstimmen werden, wäre eine solche Regelung nicht erforderlich gewesen, wenn der Ort der Registrierung zugleich Ort der Eheschließung wäre.

**20 (4)** Selbst wenn hinsichtlich der Formzwecke möglicherweise kein wesentlicher Unterschied zwischen Online-Eheschließung und (doppelter) Handschuhehe bestehen sollte, berechtigte dies nicht dazu, von der durch Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB zwingend angeordneten Inlandsform abzusehen. Diese ist vom Gesetzgeber allein an die Eheschließung im Inland geknüpft und von weiteren Voraussetzungen nicht abhängig gemacht worden. Wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung kann die Inlandsform (entgegen Erbarth, StAZ 2022, 289, 292; Franck, JZ 2022, 21, 29) selbst durch eine ihr funktional etwa gleichwertige Auslandsform somit nicht ersetzt werden. Im Übrigen wird ein ausländisches Trauungsorgan regelmäßig keine Veranlassung haben, bei Beteiligung eines deutschen Verlobten (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 237, 157 = FamRZ 2023, 1615 Rdnr. 29) etwaige nach deutschem Recht in Betracht kommende Ehehindernisse (zum Beispiel Eingehung einer Scheinehe nach § 1310 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB) zu prüfen, die im Inland ggf. zur Ablehnung der Mitwirkung durch den Standesbeamten führen.

**21** Eine zum Teil befürwortete (Mayer, IPRax 2022, 593, 597 m. w. N.) Änderung der bewusst normierten gesetzlichen Formerfordernisse liegt in der alleinigen Zuständigkeit des Gesetzgebers.

**22 cc)** Die Missachtung der von Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB vorgeschriebenen Inlandsform hat zur Folge, dass die Ehe nicht geschlossen ist (Staudinger/Mankowski, Art. 13 EGBGB Rdnr. 497), sodass die Online-Eheschließung im vorliegenden Fall unwirksam ist und daher der angemelten Eheschließung nicht entgegensteht.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 23. Zur Übernahme eines selbstständigen Betreuungsauftrags durch Vereinbarung einer im Innenverhältnis eingeschränkten Vollmacht für den beurkundenden Notar, dessen Vertreter oder Amtsnachfolger – Amtshaftungsanspruch

BGH, Urteil vom 08.05.2025, III ZR 398/23 (Vorinstanz: OLG Bamberg, Urteil vom 30.10.2023, 4 U 78/22)

BeurkG §§ 4, 53

BNotO § 14 Abs. 2, § 19 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 24 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Ob und mit welchem Inhalt einem Notar selbstständige Betreuungspflichten im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO übertragen werden, kann nur auf der Grundlage der jeweiligen Einzelfallumstände beurteilt werden.
2. In der Vereinbarung, von einer einem oder mehreren Urkundsbeauftragten erteilten im Außenverhältnis unbeschränkten – im Innenverhältnis aber Einschrän-

kungen unterliegenden – Vollmacht in beurkundungsbedürftigen Angelegenheiten nur vor dem beurkundenden Notar, seinem Vertreter oder Amtsnachfolger Gebrauch machen zu dürfen, liegt nicht ohne Weiteres die Übernahme eines solchen Betreuungsauftrags.

3. Die tatsächlich übernommene Verpflichtung, die auf Grundlage der Vollmacht gefertigten Urkundenentwürfe vorab zu übersenden, stellt lediglich eine rein „technische“ Aufgabe im Vorfeld der Beurkundung und damit allenfalls eine unselbstständige Betreuungstätigkeit dar, auf die § 24 BNotO keine Anwendung findet. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Aus einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung haftet der in Anspruch genommene Notar nur dann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO). Zur Schlüssigkeit des Klägervortrags im Notarhaftpflichtprozess gehört daher als negatives Tatbestandsmerkmal die Darlegung, dass andere Ersatzmöglichkeiten nicht bestehen, wobei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 Der Kläger nimmt den beklagten Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung von verschiedenen Teilungserklärungen betreffend das sog. B-A in Würzburg auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Dieses Grundstück, ursprünglich Sitz einer Brauerei, stand im Eigentum der Stadt. Einige der dort befindlichen Gebäude wurden und werden von der S H GmbH, die von der Ehefrau des Klägers betrieben wird, genutzt. Um das – damals teilweise brach liegende historische – Gelände weiter zu entwickeln, wurde unter Beteiligung der Stadt ein Gesamtkonzept erstellt. Dieses sah unter anderem einen Ausbau der S vor. Der Kläger sowie R B und H-R W, die – aus unterschiedlichen Gründen – Interesse am Erwerb des Areals bzw. Teilen davon hatten, schlossen sich zu diesem Zweck zu der B B, H, W GbR (im Folgenden GbR) zusammen. Die GbR erwarb mit einem vom Beklagten am 17.01.2012 beurkundeten Kaufvertrag (...) von der Stadt eine noch zu vermessende Teilfläche des B-A von ca. 31.000 m<sup>2</sup>. In diesem Vertrag verpflichtete sich die GbR, auf dem Gelände das mitbeurkundete Nutzungskonzept binnen eines festgelegten Zeitraums zu verwirklichen, wobei für den Fall der Nichtumsetzung der Stadt ein Rückeroberungsrecht eingeräumt wurde. Da eine von den Gesellschaftern bevorzugte Realteilung des erworbenen Grundbesitzes nicht möglich war, begründeten sie stattdessen Sondereigentum.

3 Dazu beurkundete der Beklagte am 25.10.2012 für die unter der GbR handelnden Gesellschafter – dort als teilende Eigentümer oder nur der teilende Eigentümer bezeichnet – die (erste) Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung (...). Hiernach sollten die einzelnen Gebäude soweit wie möglich wirtschaftlich und rechtlich so behandelt werden, als ob jedes Gebäude (ggf. mitsamt Umgriff) für sich durch Vermessung ein eigenes Grundstück bilden würde. Weiter heißt es, die Bestimmungen in der Urkunde seien vor diesem Hintergrund in Zweifelsfällen in der Weise zu verstehen, dass eine möglichst weitreichende wirtschaftliche Unabhängigkeit der einzelnen Gebäude und damit einhergehend auch eine möglichst weitgehende Zuständigkeit einzelner Eigentümer für ihr jeweiliges Gebäude erzielt werde. Darüber hinaus wurde festgehalten, dass die bestehenden Pläne ggf. geändert, ergänzt oder ersetzt werden müssten. Bauliche Umgestaltungen jeder Art wurden vorbehalten, ebenso eine Abänderung oder Ergänzung der Teilungserklärung.

Mit Blick auf die geplante Veräußerung der Sondereigentumseinheiten erteilten die Erwerber jedem Veräußerer und Sondereigentümer eine im Außenverhältnis unbeschränkte sowie von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Vollmacht unter anderem zur Abänderung und Ergänzung der Teilungserklärung.

**4** Mit einer weiteren Urkunde vom selben Tag (...) wurde die GbR auseinandergesetzt und die gebildeten Sondereigentumseinheiten wurden auf den Kläger und die B B/W GbR (nachfolgend: neue GbR) – deren Nachfolgerin die B P GmbH & Co. KG (nachfolgend: B KG oder KG) wurde – übertragen. Dabei erhielt die neue GbR das Sondereigentum unter anderem an den Einheiten 14b bis 14d. Für diese sowie für die Einheit 14a, die dem Kläger zugeteilt wurde, war der Bau von insgesamt vier Atelierhäusern – einzeln stehenden dreigeschossigen Häusern – vorgesehen. Gemäß § 6 Nr. 1 der Urkunde wurden den Erwerbern – das heißt dem Kläger einerseits und der neuen GbR andererseits – erneut umfassende Vollmachten erteilt. Dazu heißt es:

„Zur Durchführung des geplanten Gesamtkonzeptes, wie einerseits in der Erwerbsurkunde niedergelegt, andererseits durch die Vorurkunden teilweise präzisiert, wurden dem Veräußerer als teilenden Eigentümer umfangreiche Ermächtigungen und Vollmachten – wie in Anlage 3 zur Teilungserklärung niedergelegt – erteilt. Diese Vollmachten werden durch den heutigen Veräußerer in gleicher Weise und im selben Umfang auch jeweils den heutigen Erwerbern jeweils unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt.“

Insbesondere gelten diese Ermächtigungen und Vollmachten für

- bauliche Veränderungen,
- Änderungen der Teilungserklärung, Umfang des Gemeinschafts- und Sondereigentums sowie von Sondernutzungsrechtsflächen,
- Änderung der Miteigentumsanteile und Benutzungsregelungen,
- (...)

Für das Innenverhältnis der ursprünglich teilenden Eigentümer wird im Hinblick auf die gegenüber der Stadt Würzburg übernommenen Verpflichtungen vereinbart, dass ein Gebrauchsmachen von diesen Vollmachten durch ein oder mehrere der ursprünglich teilenden Eigentümer stets den weiteren ursprünglich teilenden Eigentümern vorab mitzuteilen ist. Vor diesem Hintergrund wird vereinbart, dass von sämtlichen vorstehend erteilten Vollmachten [,] soweit die Angelegenheit[en] der notariellen Beurkundung bedürfen, nur vor dem beurkundenden Notar bzw. dessen Vertreter oder Amtsnachfolger Gebrauch gemacht werden kann. Der Notar soll bis zum Zeitpunkt des Erlöschens der Vollmacht Entwürfe von Nachträgen zur Teilungserklärung jeweils den weiteren ursprünglich teilenden Eigentümer[n] (...) mit angemessener Frist (möglichst 14 Tage) zur Kenntnisnahme vor der Beurkundung zuleiten. Im Außenverhältnis sind die Vollmachten aber unbeschränkt.“

5 Am 04.12.2017 beurkundete der Beklagte eine (geänderte) Teilungserklärung „Unteraufteilung Atelierhäuser 14b bis 14d“ (...), wobei R B als Geschäftsführer der Komplementärin der KG und Vertreter aller Erwerber von Sondereigentumseinheiten – mithin auch für den Kläger – auftrat. Mit dieser Urkunde wurden die Miteigentumsanteile der Sondereigentumseinheiten 14b bis 14d (das heißt drei der Atelierhäuser) zusammengelegt und zum Zweck der Bebauung mit einem einzigen viergeschossigen Bürogebäude mit Parkebene neu aufgeteilt und neue Sondernutzungsrechte eingeräumt. Die Eintragung der Änderung in das Grundbuch wurde beantragt und bewilligt. Der Kläger erhielt von dieser Änderung – jedenfalls zunächst – keine Kenntnis, weil ihm ein Entwurf dieser Urkunde weder von R B noch von dem Beklagten zugeleitet wurde und er auch zeitnah nach der Beurkundung keine Abschrift erhielt. Ein vom Beklagten am 05.02.2018 in diesem Zusammenhang und in

gleicher Konstellation beurkundeter Nachtrag betreffend die von der Stadt erteilte Änderungsabgeschlossenheitsbescheinigung (...) wurde dem Kläger ebenfalls nicht übersandt.

**6** Eine weitere Änderung der Teilungserklärung beurkundete der Beklagte wiederum mit R B als Vertreter aller Beteiligten am 14.02.2018 (...). Sie hatte eine Neuauftteilung einer weiteren Sondereigentumseinheit – nach der bisherigen Planung sollte ein (kleineres) Hotel errichtet werden – von drei auf nunmehr vier Ebenen (fortan „großes Hotel“) zum Gegenstand. Der Kläger erhielt wiederum keine Information über die beabsichtigte Beurkundung.

**7** Am 27.02.2018 veräußerte die B KG einen Miteigentumsanteil nebst Sondereigentum an dem Bürogebäude an einen Dritten und bewilligte eine entsprechende Auflassungsvormerkung. Erst am nächsten Tag versandte der Beklagte die Abschrift der Urkunde vom 04.12.2017 (...) an den Kläger. Dieser widerrief am 01.03.2018 gegenüber dem Beklagten sämtliche Vollmachten, was dieser mit E-Mail vom Folgetag bestätigte.

**8** Im weiteren Verlauf betrieb der Beklagte den Vollzug der das Bürogebäude betreffenden Urkunden. Am 10.07.2018 wurden die geänderte Teilungserklärung und eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers im Grundbuch eingetragen. Auch hierüber wurde der Kläger nicht unterrichtet. Das Bürogebäude ist mittlerweile errichtet worden. Zum Vollzug der [weiteren] Urkunde (...) („großes Hotel“) kam es hingegen nicht.

**9** Wegen der aufgrund der geänderten Teilungserklärungen erteilten Baugenehmigungen führte der Kläger erfolgslos Verfahren vor dem Verwaltungsgericht. Des Weiteren nahm er die B KG als Mitglied der (Wohnungs-)Eigentümergemeinschaft vergeblich auf Unterlassung, Beseitigung und Wiederherstellung in Anspruch.

**10** Der Kläger verlangt von dem Beklagten nunmehr die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erstattet und begeht darüber hinaus die Feststellung von dessen Ersatzpflicht für weitere materielle und immaterielle Schäden. Er wirft dem Beklagten zahlreiche – teils vorsätzlich begangene – Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Vollzug der Urkunden vom 04.12.2017 sowie 05. und 14.02.2018 vor.

**11** Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat das Urteil auf die Berufung des Beklagten abgeändert und die Klage abgewiesen; die hilfweise eingelegte – auf Feststellung vorsätzlichen Handelns des Beklagten gerichtete – Anschlussberufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der vom Senat zugelassenen Revision.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12** Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**13 I.** Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Es könne nicht festgestellt werden, dass die unterlassene Urkundenübersendung, die der Beklagte mit Versesen innerhalb der internen Verwaltungsorganisation erklärt habe, vorsätzlich, das heißt unter bewusster Umgehung der übernommenen Verpflichtung oder der verbraucherschützenden Regelungen des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG erfolgt sei.

**14** Für ein selbstständiges Betreuungsgeschäft im Sinne von § 24 BNotO ergäben sich aus den beurkundeten Verträgen keine Anhaltspunkte. Allein aus der Vereinbarung, dass Beurkundungen unter Gebrauch der Vollmacht nur vor dem Notar, seinem Vertreter oder Amtsnachfolger hätten stattfinden dürfen, lasse sich ein solches nicht herleiten. Der Kläger habe nicht dargelegt, dass der Beklagte ihm ei-



ne Überwachung von im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen zugesagt habe. Die tatsächlich übernommene Verpflichtung, Urkundenentwürfe über Nachträge der Teilungserklärung zu übersenden, stelle lediglich eine rein „technische“ Aufgabe im Vorfeld der Beurkundung und damit eine unselbstständige Betreuung dar.

**15** Im Übrigen habe der Kläger das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nicht schlüssig dargelegt. Nach dem Vortrag des Beklagten habe der Kläger ihm gegenüber im Rahmen eines Telefonats im Jahr 2017 geäußert, dass er sich zur Frage des Widerrufs der Vollmacht anwaltlich beraten lasse. Auch in der Klageschrift habe der Kläger vorgetragen, seit Ende 2015 anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen zu haben, um „die einseitigen Machenschaften“ der B KG einzudämmen. Dies lege nahe, dass es in diesem Zusammenhang auch zu einer anwaltlichen Prüfung der zugrunde liegenden Verträge gekommen sei. Eine Falschberatung, die zu Haftungsansprüchen geführt habe, sei damit nicht von vornherein auszuschließen. Der Kläger habe weder den Vortrag des Beklagten substantiiert bestritten noch habe er das seit 2015 bestehende Auftragsverhältnis zu seinem Anwalt nach Art und Umfang schlüssig dargelegt.

**16** II. Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen lässt sich ein Amtshaftungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ausschließen.

**17** 1. Das Berufungsgericht hat sich lediglich mit der Frage befasst, ob dem Beklagten eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO oder ein (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Pflichtverstoß im Rahmen eines neben der Beurkundung übernommenen selbstständigen Betreuungsgeschäfts im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO vorzuwerfen ist, für die der Notar stets primär haftet, und beides verneint. Die Frage eines fahrlässigen Verstoßes gegen eine Amtspflicht aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO, etwa wegen der unterlassenen Vorabmitteilung der Urkundenentwürfe aufgrund der in § 6 Nr. 1 der Urkunde zu UR-Nr. (...) übernommenen Verpflichtung oder gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG, der (zeitnah) unterbliebenen Übermittlung der beglaubigten Abschriften der Urkunden und/oder ihres Vollzugs, hat es – nach der von ihm vertretenen Rechtsauffassung konsequent – offengelassen. Es hat angenommen, dem Vortrag des insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägers zu dem negativen Tatbestandsmerkmal des Fehlens einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO) mangele es an der gebotenen Schlüssigkeit. Dies trägt die Klageabweisung jedoch nicht.

**18** 2. Einen vorsätzlichen Amtspflichtverstoß mit der Folge, dass § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO keine Anwendung finden würde, hat das Berufungsgericht allerdings rechtsfehlerfrei verneint.

**19** a) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH handelt ein Amtsträger nur dann vorsätzlich, wenn er sich bewusst über die verletzte Amtspflicht hinwegsetzt. Zum Vorsatz gehört neben der Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Pflichtverletzung objektiv ergibt, auch das Bewusstsein,

gegen die Amtspflicht zu verstößen. Zum mindesten muss der Amtsträger mit der Möglichkeit eines solchen Verstoßes rechnen und diesen billigend in Kauf nehmen (zum Beispiel Senat, Urteile vom 06.10.1994, III ZR 134/93, NJW-RR 1995, 248, 249 und vom 12.11.1992, III ZR 19/92, BGHZ 120, 176, 181; BGH, Urteil vom 20.06.2000, IX ZR 434/98, NJW-RR 2000, 1658, 1659).

**20** b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet. Es hat – zusammengefasst – ausgeführt, ein vorsätzlicher Pflichtverstoß lasse sich nicht feststellen. Bezüglich der unterlassenen Übersendung der Urkunden habe der Beklagte unwiderlegt vorgetragen, dass im Rahmen seiner internen Verwaltungsorganisation durch einen Mitarbeiter versehentlich versäumt worden sei, den Kläger in den Versteller als Adressaten der zu übermittelnden Urkunden aufzunehmen. Es könne auch nicht festgestellt werden, dass der Beklagte sich bewusst über eine erkannte – von ihm vielmehr bestrittene – Verbrauchereigenschaft des Klägers hinweggesetzt und entgegen § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG Verträge beurkundet habe. Es sei nicht auszuschließen, dass der Beklagte den Kläger schon wegen des Umfangs der beurkundeten Geschäfte und der von diesem selbst verwendeten Bezeichnung als Geschäftsleitung der S H GmbH von vornherein nicht als Verbraucher qualifiziert und deswegen die verbraucherschützende Vorschrift des § 17 Abs. 2a BeurkG nicht beachtet habe. Ein vorsätzliches Handeln könne dem Beklagten auch nicht deswegen vorgeworfen werden, weil er trotz Vollmachtwiderrufs den Vollzug der entsprechenden Urkunden fortgesetzt habe, ohne einen Vorbescheid zu erlassen. Durch den Widerruf sei der Beklagte nicht am Vollzug der Urkunde gehindert gewesen. Vielmehr sei er zu diesem weiterhin verpflichtet gewesen. Insoweit hat das Berufungsgericht auf den Beschluss des V. Zivilsenats des BGH vom 19.09.2019 (V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 22 f) Bezug genommen, wonach dem Widerruf einer erteilten Vollmacht nach Abgabe einer Willenserklärung rückwirkende Kraft nicht zukommt. Selbst wenn insoweit von einer Verpflichtung des Beklagten zum Erlass eines Vorbescheids auszugehen wäre, lasse eine unterbliebene Erfüllung nicht auf ein vorsätzliches Handeln schließen. Denn der Beklagte habe sich darauf berufen, dass – nachdem dem Vollzug der Urkunde nicht ausdrücklich widersprochen worden sei – der Erlass eines Vorbescheids der gebotenen Unparteilichkeit des Notars widersprochen hätte. Es stelle kein Indiz für vorsätzliches Handeln dar, wenn der Notar im Hinblick auf seine Neutralitätspflicht davon absehe, darauf hinzuweisen, dass der Widerruf der Vollmacht für (zukünftige) Beurkundungen einem Vollzug der Urkunde nicht entgegenstehe.

**21** c) Die Revision greift diese im Wesentlichen tatrichterliche Würdigung vergeblich an. Sie unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung dahin, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den etwaigen Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. zum Beispiel Senat, Urteile vom 11.07.2024, III ZR 176/22, WM 2024, 1649 Rdnr. 14 und vom 04.07.2013, III ZR 342/12, BGHZ 198, 1



Rdnr. 11 m. w. N.). Solche Verstöße sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Insbesondere ist entgegen der Ansicht der Revision nicht ersichtlich, dass es die Gesamtumstände des dem Beklagten erteilten Auftrags, vor allem die Anzahl und Bedeutung der diesem vorgeworfenen Pflichtverstöße sowie die zeitlichen Zusammenhänge mit dem Dritterwerb des Bürogebäudes und dem insoweit erfolgten grundbuchlichen Vollzug einschließlich der Vorgänge um die Änderungsabgeschlossenheitsbescheinigung, aus denen sich möglicherweise Hinweise auf ein vorsätzliches Handeln des Beklagten hätten ergeben können, nicht hinreichend beachtet hat. Vielmehr hat es sich mit den maßgeblichen Indiziativen vollständig befasst und sie erkennbar der gebotenen Gesamtschau unterzogen. Das OLG hat erläutert, warum es aus etwaigen objektiven Pflichtverstößen keine Rückschlüsse auf einen Vorsatz zu ziehen vermocht hat. Seine Würdigung ist möglich, insbesondere widerspruchsfrei, und vertretbar. Namentlich ist nicht zu beanstanden, dass es in der – wiederholt unterbliebenen – Versendung der Urkunden bzw. ihrer Entwürfe sowie ihres teilweisen Vollzugs trotz des erfolgten Widerrufs der Vollmacht unter Berücksichtigung des unwiderlegt gebliebenen Vortrags des Beklagten zu einem ihm unbekannt gebliebenen Versehen bei der Büroorganisation und des von ihm befürchteten Verstoßes gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit keine hinreichenden Indizien für ein (bedingt) vorsätzliches Handeln gesehen hat.

**22** Dabei kann dem OLG auch nicht vorgehalten werden, es hätte nicht hinreichend zwischen dem Vollzug der Urkunde (§ 53 BeurkG) und einer vorgelagerten Pflicht zum Erlass eines Vorbescheids differenziert. Es hat vielmehr in Betracht gezogen, dass der Beklagte zum Erlass eines Vorbescheids verpflichtet gewesen sein könnte, hat sich aber nicht davon überzeugen können, dass dies vorsätzlich unterblieben ist, weil der – zumindest teilweise anwaltlich beratene – Kläger nicht über den in die Zukunft gerichteten Widerruf der Vollmacht hinaus dem Vollzug der später beim Grundbuchamt eingereichten Urkunden widersprochen hat (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 19.09.2019, a. a. O. Rdnr. 45).

**23** Dies gilt gleichermaßen für die Bewertung der – vom Berufungsgericht verneinten – Frage, ob sich auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen der Schluss ziehen lässt, der Beklagte habe eine Verbrauchereigenschaft des Klägers erkannt oder jedenfalls für möglich gehalten und in diesem Wissen insoweit bestehende Amtspflichten missachtet. Auf die zuvor mit Hinweisbeschluss vom 10.01.2023 geäußerten objektiven Zweifel an einem unternehmerischen Handeln des Klägers kam es aus Sicht der Vorinstanz danach nicht mehr an.

**24** Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot ist dem OLG ebenfalls nicht vorzuwerfen. Dies ist erst dann anzunehmen, wenn die Entscheidung bei Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht (st. Rspr.; vgl. zum Beispiel BVerfG, NJW-RR 2019, 1211 Rdnr. 15 m. w. N.). Das

ist nicht der Fall. Vielmehr übersieht die Revision ihrerseits, dass sich aus einem objektiven Pflichtverstoß – selbst wenn es sich um eine Kardinalpflicht handelt – noch nicht ohne Weiteres auf ein Bewusstsein der Amtspflichtverletzung und damit seine vorsätzliche Begehung schließen lässt (vgl. Senat, Urteil vom 06.10.1994, a. a. O. S. 249; BGH, Urteil vom 20.06.2000, a. a. O. S. 1659). Der Kläger versucht im Ergebnis vielmehr lediglich, revisionsrechtlich unbeachtlich seine eigene Tatsachenwürdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen. Soweit die Revision ferner meint, die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen seien von Verfahrensfehlern – namentlich von verschiedenen Gehörsverstößen (Art. 103 Abs. 1 GG) – getragen, und dies näher ausführt, hat der Senat die Rügen geprüft, diese aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

**25 3.** Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch die Übernahme eines Amtsgeschäfts im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO durch den Beklagten, für das das Haftungsprivileg des § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO nicht eingreift, verneint. Ob und mit welchem Inhalt einem Notar selbstständige Betreuungspflichten übertragen werden, kann nur auf der Grundlage der jeweiligen Einzelfallumstände beurteilt werden. Nach dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sach- und Streitstand lässt sich jedoch nicht feststellen, dass der Beklagte es übernommen hat, vor Ausübung der Vollmacht zu kontrollieren, ob dies mit etwaigen Beschränkungen zwischen den Eigentümern und vormaligen Gesellschaftern im Innenverhältnis im Einklang stand oder der Bevollmächtigte gegen sonstige Pflichten zwischen den Beteiligten verstieß.

**26 a)** Die Vorinstanz ist bei der Auslegung der beurkundeten Verträge jedenfalls vertretbar davon ausgegangen, aus diesen ergäben sich keine Anhaltspunkte für eine vom Beklagten übernommene selbstständige Pflicht, die Einhaltung der im Innenverhältnis zwischen den (Vertrags-)Parteien bestehenden Absprachen zu überwachen. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass es in der Vereinbarung, von der Vollmacht könne in beurkundungsbedürftigen Angelegenheiten nur vor dem Beklagten, seinem Vertreter oder Amtsnachfolger Gebrauch gemacht werden, keine solche Pflicht gesehen hat. Zwar kann es zur Überwachung von Innenverhältnisabreden zweckmäßig sein, von einer – wie hier – weiten Vollmacht vor dem beurkundenden Notar Gebrauch zu machen (Reetz in Beck'sches Notarhandbuch, 8. Aufl., § 27 Rdnr. 49). Dies bedeutet aber nicht, dass in der Beschränkung der Ausübung der Vollmacht auf die Notarstelle zugleich stets die Übernahme eines selbstständigen Betreuungsauftrags durch den Notar liegt, etwaige Beschränkungen der Vollmacht im Innenverhältnis zu überwachen. Die Bindung der Vollmacht an die Notarstelle kann auch lediglich den Zweck haben, den Beteiligten die Gelegenheit zu geben, sich jederzeit darüber zu unterrichten, ob und inwiefern die Vollmacht ausgeübt worden ist oder werden soll (vgl. BayObLG, NJW-RR 1995, 1167, 1168). Hierdurch wird dem Vollmachtgeber eine eigene Kontrolle ermöglicht, ohne dass der Notar etwaige Beschränkungen selbstständig überwachen muss. Fehlt es – wie hier – an einer ausdrücklichen Regelung, bedarf es für die Feststellung der Erteilung eines – weitere Haftungsfolgen auslösenden – Betreuungs-

auftrags und seines genauen Inhalts regelmäßig weitergehender tatsächlicher Anhaltspunkte.

**27** Aus der Rechtsprechung des BayObLG folgt nichts anderes. Soweit dieses in der vorstehend in Bezug genommenen Grundbuchsache, bei der es um eine Finanzierungs vollmacht ging, weiter ausgeführt hat, die Bindung an die Notarstelle diene auch der Kontrolle der Finanzierungsabwicklung durch den Notar und damit dem Schutz des Käufers (BayObLG, a. a. O.), steht diese Überlegung, die sich mit den Voraussetzungen der Übernahme einer selbstständigen Betreuungspflicht durch den Notar nicht befasst, in einem anderen Zusammenhang und kann nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Abweichendes wird auch von den von der Revision in Bezug genommenen Literaturmeinungen nicht vertreten (vgl. Reetz, a. a. O.; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.02.2025, § 24 Rdnr. 40; Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl., Kap. 2 Rdnr. 24 f.). Denn auch nach diesen bedarf es der (zusätzlichen) Übernahme der Überwachungsaufgabe durch den Notar. Die Zusage einer inhaltlichen Überwachung von Beschränkungen im Innenverhältnis durch den Beklagten im Falle des Gebrauchs der Vollmacht hat die Vorinstanz mangels entsprechender Darlegung im Sachvortrag des Klägers rechtsfehlerfrei nicht feststellen können. Dies gilt im Ergebnis sowohl für – in der vorliegenden Konstellation ohnehin durch Dritte kaum kontrollierbare – inhaltliche Beschränkungen der Vollmacht als auch für die Überprüfung, ob die im Innenverhältnis zwischen den (ursprünglichen) Miteigentümern vereinbarten Informationspflichten über das Gebrauchmachen der Vollmacht (§ 6 Nr. 1 Satz 4 UR-Nr. 2096/2012) eingehalten worden sind.

**28** Dies ist auch nicht deswegen anders zu beurteilen, weil es um eine – zur Vereinfachung des Verfahrens erteilte (vgl. dazu zum Beispiel BGH, Beschluss vom 19.09.2019, a. a. O. Rdnr. 27) – Vollmacht zur Abänderung der ursprünglichen Teilungserklärung geht.

**29** Ungeachtet dessen spricht die Einleitung der entsprechenden Regelung dafür, dass Zweck der Vereinbarung, von den Vollmachten nur an der Notarstelle des Beklagten Gebrauch zu machen, allein die Sicherstellung der Information der anderen Eigentümer war. Der betreffende Satz beginnt mit den Worten „Vor diesem Hintergrund“. Damit wird unmittelbar an die im Satz zuvor getroffene Vereinbarung angeknüpft, nach der der Gebrauch der Vollmachten stets den weiteren ursprünglich teilenden Eigentümern vorab mitzuteilen ist.

**30** Soweit die Revision weiter darauf abhebt, der Beklagte hätte vor Erstellung eines Urkundenentwurfs unter Bezugnahme auf die Vollmacht beim Kläger nachfragen müssen, ob dieser von Seiten der KG von dem beabsichtigten Gebrauch der Vollmacht erfahren habe, versucht sie wiederum in revisionsrechtlich unbeachtlicher Weise, ihrer abweichenden Würdigung des Sachverhalts Geltung zu verschaffen.

**31 b)** Ebenso rechtsfehlerfrei hat das OLG unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 09.01.2003, III ZR 46/02, NJW-RR 2003, 563, 565 f.) angenommen, in

der bloßen Verpflichtung, die auf Grundlage der Vollmacht gefertigten Urkundenentwürfe vorab zu übersenden, liege allenfalls eine unselbstständige Betreuungstätigkeit im Vorfeld der Beurkundung, auf die § 24 BNotO keine Anwendung findet. Denn der Vorgang der Vorabübersendung erschöpft sich in einer rein „technischen“ – vom Notar nicht in Person zu erbringenden – Aufgabe im Vorfeld der Beurkundung und dient für sich genommen allein der Information des hieron Begünstigten (vgl. Senat, a. a. O.; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.06.1995, IX ZR 122/94, NJW 1995, 2713, 2714 unter 3. a.). Nichts anderes ergibt sich aus den von der Revision in Bezug genommenen Angaben des Klägers und den Aussagen verschiedener Zeugen im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht, es sei sichergestellt, dass alle Verträge beim Beklagten beurkundet würden und er den Kläger über jeden Entwurf informieren werde.

**32 4.** In ebenso vertretbarer tatrichterlicher Würdigung hat das Berufungsgericht im Ergebnis auch einen vorsätzlichen Verstoß wegen der Beurkundung von Willenserklärungen trotz evidenten Missbrauchs der erteilten Vollmacht (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG; vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019, a. a. O. Rdnr. 19 f.) verneint.

**33 5.** Die Auffassung des OLG, eine Haftung des Beklagten scheitere am Eingreifen der Subsidiaritätsklausel (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO), hält einer rechtlichen Überprüfung jedoch nicht stand.

**34 a)** Aus einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung haftet der in Anspruch genommene Notar nur dann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO). Zur Schlüssigkeit des Klägervortrags im Notarhaftpflichtprozess gehört daher als negatives Tatbestandsmerkmal die Darlegung, dass andere Ersatzmöglichkeiten nicht bestehen, wobei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen. Der Geschädigte genügt seiner Darlegungslast, wenn er diejenigen Ersatzmöglichkeiten ausräumt, die sich aus dem Sachverhalt selbst ergeben, demselben Tatsachenkreis entsprungen sind, aus dem sich die Schadenshaftung des Notars ergibt, und begründete Aussicht auf Erfolg bieten (zum Beispiel Senat, Urteil vom 24.10.2002, III ZR 107/02, NJW 2003, 202, 204). Ferner muss er vom beklagten Notar aufgezeigte nahe liegende Ersatzmöglichkeiten ausräumen (vgl. BGH, Urteil vom 22.05.2003, IX ZR 159/01, NJW-RR 2003, 1569, 1571 unter II.). Der Begriff der anderweitigen Ersatzmöglichkeit wird weit verstanden. Hierfür kommen alle Möglichkeiten der Schadloshaltung tatsächlicher und rechtlicher Art in Betracht (zum Beispiel Senat, Urteil vom 03.07.2008, III ZR 189/07, NJW-RR 2008, 1506 Rdnr. 12). Dazu gehören auch Schadensersatzansprüche wegen unzureichender oder falscher anwaltlicher Beratung (Senat, a. a. O.). Eine solche gegen den – primär haftenden – Rechtsanwalt gerichtete anderweitige Ersatzmöglichkeit kann sich zum Beispiel daraus ergeben, dass dieser in die Vertragsgestaltung eingebunden war oder in sonstiger Weise im Zusammenhang mit dem notariellen Geschäft zugunsten einer Vertragspartei beratend tätig geworden und ihm dabei eine Pflichtverletzung unterlaufen ist, aufgrund derer sich der Anspruchsteller in gleicher Weise schadlos halten könnte (vgl. zum Bei-



spiel Senat, Urteil vom 08.01.2004, III ZR 39/03, NJW-RR 2004, 706, 708; BGH, Urteile vom 19.10.1995, IX ZR 104/94, DNotZ 1996, 563, 566 und vom 14.05.1992, IX ZR 262/91, NJW-RR 1992, 1178, 1181). Die anderweitige Ersatzmöglichkeit muss rechtlich und wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bieten und dem Geschädigten zumutbar sein. Weitläufige, unsichere und im Ergebnis zweifelhafte Wege braucht der Geschädigte nicht einzuschlagen (vgl. zum Beispiel Senat, Urteile vom 03.07.2008, a. a. O. und vom 11.11.2004, III ZR 101/03, NJW-RR 2005, 284, 285, jew. m. w. N.).

**35 b)** Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit gegen die vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers kommt auf der Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht in Betracht.

**36** Die Rechtsanwälte des Klägers waren zwar unstreitig bereits seit dem Jahr 2015 mit der Angelegenheit „B-A“ und damit mit dem Sachverhalt im weiteren Sinn befasst. Sie haben ihn im Zusammenhang mit den zwischen ihm und der B KG entstandenen Streitigkeiten beraten und dabei, wie hier zugunsten des Beklagten unterstellt werden kann, auch die beurkundeten Verträge zur Kenntnis genommen. Ein relevanter Pflichtverstoß kann ihnen insoweit aber nicht vorgeworfen werden.

**37 aa)** Das Berufungsgericht hat sich zur Begründung einer subsidiären Haftung auf den – vom Kläger nicht bestrittenen – Beklagenvortrag gestützt, dieser habe ihm bei einem Telefonat im Spätsommer/Herbst 2017 gegenüber erklärt, er lasse sich wegen des Widerrufs der Vollmacht anwaltlich beraten. Ferner habe der Kläger nach eigenem Vorbringen seit 2015 anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen, um „die einseitigen Machenschaften“ der B KG einzudämmen.

**38 bb)** Eine erfolgversprechende anderweitige Ersatzmöglichkeit lässt sich darauf jedoch nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht stützen. Es ist nicht ersichtlich, welche Pflichtverletzungen den vorinstanzlich tätigen Rechtsanwälten des Klägers in diesen Kontexten unterlaufen sein sollen.

**39** Selbst wenn ihnen die in Rede stehenden Verträge zur Prüfung vorgelegen hätten, hätte eine Beratung zu der bestehenden Vollmacht und ihres – jederzeit möglichen – Widerrufs im Vorfeld der hier maßgeblichen Änderungen der ursprünglichen Teilungserklärung nur ganz allgemein gehaltene Bedenken zum Gegenstand haben können, die in der abstrakten Gefahr einer nach außen unbeschränkt erteilten, im Innenverhältnis aber ggf. nicht genügend eingeschränkten oder nur unzureichend kontrollierbaren unbeschränkten In-Sich-Vollmacht (§ 181 BGB) lagen. Dass sich der Kläger dieser Gefahr nicht bewusst war, ist schon nicht ersichtlich. Ein konkreter Anlass zum Widerruf bestand aus damaliger Sicht auch nicht. Vielmehr hatte die Vollmacht den Zweck, dem Kläger mit Blick auf die weitere Entwicklung des von den teilenden Eigentümern erworbenen Grundstücks und die insoweit absehbare Notwendigkeit zur Änderung der Teilungserklärung die aus seiner Sicht unnötige Teilnahme an weiteren Beurkundungsterminen zu ersparen. Aus welchen Gründen eine solche im Außenver-

hältnis unbeschränkte – in der Praxis in vergleichbaren Konstellationen übliche und empfohlene (vgl. zum Beispiel BGH, Beschluss vom 19.09.2019, a. a. O. Rdnr. 27 f. m. w. N.; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 30) – Vollmacht nicht erteilt werden dürfen, ist nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Vor einem etwaigen zukünftigen Missbrauch der Vollmacht war der Kläger durch die in der Urkunde vom 25.10.2012 (UR-Nr. 2096/2012) vereinbarten Sicherungsmechanismen – die Vorabübersendung der Entwürfe und die Pflicht der teilenden Eigentümer, sich wechselseitig vom Gebrauch der Vollmacht zu unterrichten – vertragstechnisch hinreichend geschützt. Denn hätten den Kläger, wie im Vertrag vorgesehen, die entsprechenden Informationen rechtzeitig erreicht, hätte er ein von ihm nicht gewolltes Vertretergeschäft durch einen – dann anlassbezogenen – rechtzeitigen Widerruf der Vollmacht verhindern können. Damit, dass die in der Urkunde vorgesehenen Abläufe später, insbesondere von dem Beklagten als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO), nicht eingehalten würden, mussten die Rechtsanwälte des Klägers nicht rechnen. Dass sie über etwaige Versäumnisse im Notariat des Beklagten in der Vergangenheit unterrichtet waren, was möglicherweise zu einem rein vorsorglichen Handeln hätte Anlass geben können, ist nicht festgestellt.

**40** Es hätte allenfalls dann Grund zu einem Widerruf der Vollmacht bestanden, wenn aus damaliger Sicht ein Missbrauch der Vollmacht zu befürchten gewesen wäre. Dafür hätte es aber konkreter Hinweise bedurft. Zudem hätten sich die Rechtsanwälte selbst in diesem Fall jedenfalls dann im Grundsatz auf die vertraglich vorgesehenen Sicherungsmechanismen verlassen dürfen, wenn sie, wie das OLG in Betracht gezogen hat, nicht zum Schutz der Interessen des Klägers vereinbart worden wären. Allein der Umstand, dass es seit 2015 zu – nicht näher konkretisierten – Meinungsverschiedenheiten zwischen den Miteigentümern und früheren Gesellschaftern gekommen war, erforderte für sich betrachtet noch kein Einschreiten. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass R B als Vertreter der KG beabsichtigte, die Vollmacht zukünftig dazu zu nutzen, um treuwidrig gegen rechtlich geschützte berechtigte Interessen des Klägers zu handeln, und dass die vorgesehenen Sicherungsmechanismen versagen würden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Solche zeigt die Revision auch nicht auf.

**41** Dass der Kläger in einer komplexen rechtlichen Angelegenheit überhaupt um anwaltlichen Beistand nachgesucht hat, zwingt ihn entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht dazu, Art und Umfang des Mandatsverhältnisses lückenlos darzustellen, um der ihm obliegenden Darlegungslast zu genügen.

**42** Auf die vom Kläger in diesem Zusammenhang erhobene Gehörsrüge kommt es daher nicht mehr an.

**43 III.** Da die Sache schon mangels Feststellungen zu einer ggf. fahrlässigen Begehung der dem Beklagten vorgeworfenen kausalen Amtspflichtverletzungen nicht zur Endentscheidung reif ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

## KOSTENRECHT

### 24. Zur Anwendung des Bewertungsprivilegs des § 48 Abs. 1 GNotKG, wenn der landwirtschaftliche Betrieb in eine bestehende GbR eingebracht ist, deren Mitgesellschafter der Erwerber ist

OLG Celle, Beschluss vom 14.10.2024, 7 W 4/24

§ 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG

#### LEITSATZ:

Eine unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst ist auch dann im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG beabsichtigt, wenn der Hof in eine GbR eingebracht ist, deren Mitgesellschafter der Erwerber ist, und der Erwerber den Betrieb selbst in Arbeitsteilung mit den weiteren Gesellschaftern gemeinschaftlich bewirtschaftet.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1. Der Beteiligte zu 1 war Alleineigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke mit Hofstelle, die er mit notariellem Hofübergabevertrag vom 30.06.2023 an den Beteiligten zu 2, seinen Sohn, im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertrug. Der Einheitswert des landwirtschaftlichen Grundbesitzes beträgt 46.885 € (91.700 DM). Der Hof ist eingebracht in die H GbR. Gesellschafter der GbR waren die Beteiligten zu 1 und 2 sowie zwei weitere Landwirte. Für die Einzelheiten wird auf den Gesellschaftsvertrag verwiesen. Mit dem notariellen Vertrag vom 30.06.2023 übertrug der Beteiligte zu 1 auch seinen Gesellschaftsanteil an den Beteiligten zu 2.

2 Nachdem das Landwirtschaftsgericht mit Beschluss vom 29.09.2023 den Hofübergabevertrag genehmigt und dem Beteiligten zu 2 die Kosten auferlegt hatte, hat es mit Beschluss vom 29.09.2023 den Geschäftswert auf den Verkehrswert des landwirtschaftlichen Grundbesitzes i. H. v. 3.612.224,90 € festgesetzt.

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2, mit der dieser die Herabsetzung des Geschäftswerts unter Anwendung des landwirtschaftlichen Kostenprivilegs anstrebt. Das Landwirtschaftsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

4 II. Der Senat entscheidet – gemäß § 81 Abs. 6 Satz 3, § 83 Abs. 1 Satz 5 GNotKG ohne Hinzuziehung ehrenamtlicher Richter – in der Besetzung gemäß § 2 Abs. 2 LwVG.

5 III. Die nach § 83 Abs. 1 Satz 1 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist begründet. Der Geschäftswert für das Verfahren zur Genehmigung des Hofübergabevertrags (§§ 16, 17 HöfeO) ist gemäß § 48 Abs. 1, 3 Nr. 1 i. V. m. § 60 Abs. 1 GNotKG auf den vierfachen Einheitswert festzusetzen.

6 1. Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 GNotKG beträgt der Wert des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens im Sinne des BewG im Zusammenhang mit der Übergabe oder Zuwen-

dung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle an eine oder mehrere natürliche Personen höchstens das Vierfache des letzten Einheitswerts, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, wenn die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt ist und der Betrieb unmittelbar nach Vollzug der Übergabe oder Zuwendung einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers bildet. Nach § 48 Abs. 3 Nr. 1 GNotKG sind die Absätze 1 und 2 entsprechend anzuwenden, wenn es um die Bewertung eines Hofs im Sinne der Höfeordnung geht.

7 2. Diese Voraussetzungen liegen vor. Eine unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst ist auch dann im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG beabsichtigt, wenn der Hof in eine GbR eingebracht ist, deren Mitgesellschafter der Erwerber ist, und der Erwerber den Betrieb selbst in Arbeitsteilung mit den weiteren Gesellschaftern gemeinschaftlich bewirtschaftet.

8 a) Die Kostenprivilegierung setzt nach dem Wortlaut von § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG unter anderem voraus, dass die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber selbst beabsichtigt ist. Nach der Gesetzesbegründung ist das der Fall, wenn der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt. Diese Voraussetzung ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht erfüllt, wenn der Betrieb für eine Übergangszeit an einen Dritten verpachtet wird oder ein Betrieb betroffen ist, der im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts nicht von dem Eigentümer bewirtschaftet wird, sondern beispielsweise überwiegend verpachtet ist, brachliegt oder anderweitig genutzt wird (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 169). Der Anwendung des Bewertungsprivilegs steht eine Verpachtung des übergebenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs durch den Erwerber aber jedenfalls dann nicht entgegen, wenn das Pachtverhältnis mit einem nahen Familienangehörigen begründet wird und der Erwerber den Betrieb mit dem Pächter in Arbeitsteilung gemeinschaftlich bewirtschaftet (vgl. BGH, Beschluss vom 22.02.2024, V ZB 65/22, NJW 2024, 1423 Rdnr. 9).

9 b) Nach diesen Grundsätzen unterfällt die fortgesetzte Bewirtschaftung des in eine GbR eingebrachten Hofs durch den Übernehmer, der den Hof nach der Übernahme – wie hier – selbst in Arbeitsteilung mit den weiteren Gesellschaftern gemeinschaftlich bewirtschaftet, ebenfalls dem Kostenprivileg des § 48 Abs. 1 GNotKG.

10 aa) Dass der Hof in eine GbR eingebracht ist, führt nicht zu der Unanwendbarkeit des Kostenprivilegs (a. A. Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 15; wohl auch HK-NotarR/Storch, GNotKG, § 48 Rdnr. 16). Richtig ist zwar, dass die Anwendung des Kostenprivilegs ausscheiden müsste, wenn Übernehmerin die GbR selbst wäre, weil das Gesetz nur die Übergabe an eine oder mehrere natürliche Personen privilegiert (vgl. LG Stralsund, Beschluss vom 21.10.2019, 6 OH 15/18, BeckRS 2019, 63362; BeckOK-KostR/Soutier, Stand: 01.07.2024, § 48 GNotKG Rdnr. 23; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 29, 42). Hier ist Übernehmer aber eine natürliche Person, weil der Beteiligte zu 1 die Grundstücke an seinen Sohn übergibt.



**11 bb)** Die unmittelbare Fortführung des Betriebs durch den Erwerber wird nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass nach § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Gesellschaftszweck in der Bewirtschaftung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs liegt und nach § 9 die Gesellschafter zur Geschäftsführung nur gemeinsam berechtigt sind. Bei einer überwiegenden Verpachtung, dem Brachliegen oder einer anderweitigen (landwirtschaftsfremden) Nutzung wird das mit der Kostenprivilegierung verfolgte Ziel der Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in Familienbesitz (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 169) verfehlt. Damit ist die hier gegebene Konstellation nicht vergleichbar, weil der Hof in Familienbesitz bleibt und von dem Übernehmer – wenn auch mit anderen zusammen, aber in gleicher Weise wie von dem Übergeber zuvor – selbst weiter bewirtschaftet wird. Wie der BGH in dem Zusammenhang mit der Verpachtung des Hofs durch den Übernehmer an einen nahen Familienangehörigen klargestellt hat, schadet eine arbeitsteilige gemeinschaftliche Bewirtschaftung mit einer anderen Person selbst dann nicht, wenn nicht der Übernehmer, sondern die andere Person den Betrieb hauptverantwortlich (dort als Pächter) führt.

**12 cc)** Der Entstehungsgeschichte lässt sich nicht entnehmen, dass die Kostenprivilegierung nur dem einzelunternehmerisch tätigen Landwirt zugutekommen soll. Vielmehr steht es mit dem Ziel der Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in Familienbesitz (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 169) in Einklang, die Übergabe eines in eine GbR eingebrochenen Hofs an den Übernehmer, der den Hof nach der Übernahme selbst in Arbeitsteilung mit den weiteren Gesellschaftern gemeinschaftlich bewirtschaftet, in das Kostenprivileg des § 48 Abs. 1 GNotKG einzubeziehen. Das trägt der Entwicklung der Betriebsstrukturen in der Landwirtschaft Rechnung, weil landwirtschaftliche Betriebe zunehmend in Form von Personengesellschaften geführt werden. Nach dem Agrarpolitischen Bericht der Bundesregierung 2023 waren 2020 rund 10,9 % aller landwirtschaftlichen Betriebe als Personengesellschaft organisiert und entscheiden sich immer mehr Landwirtinnen und Landwirte für diese Rechtsform zur Organisation ihres Unternehmens (vgl. Agrarpolitischer Bericht der Bundesregierung 2023, S. 14).

**13 dd)** Schließlich spricht für diese Sichtweise, dass der Gesetzgeber mit der Kostenprivilegierung eine übermäßige Belastung der Landwirtschaft mit Notarkosten bei Hofnachfolgeregelungen, welche die Gefahr in sich birgt, dass der Hofinhaber von einer rechtzeitigen Hofnachfolgeregelung absieht, vermeiden wollte (vgl. BT-Drucks. 11/2343, S. 6 zu § 19 Abs. 4 KostO; BGH, Beschluss vom 22.02.2024, V ZB 65/22, NJW 2024, 1423 Rdnr. 13). Diesem Ziel liefe es zu wider, fiele die Übergabe eines in eine GbR eingebrochenen Hofs an den Übernehmer, der den Hof nach der Übernahme selbst in Arbeitsteilung mit den weiteren Gesellschaftern gemeinschaftlich bewirtschaftet, nicht unter das Kostenprivileg des § 48 Abs. 1 GNotKG, weil dann ein erheblicher Teil der landwirtschaftlichen Betriebe in Familienbesitz von vornherein aus dem Anwendungsbereich ausschiede.

**14 c)** Die weitere Voraussetzung des § 48 Abs. 1 GNotKG – der Betrieb bildet unmittelbar nach Vollzug der Zuwendung einen nicht nur unwesentlichen Teil der Existenzgrundlage des zukünftigen Inhabers – liegt vor.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat Franz Heitzer, München

Der zu Gerichtskosten ergangene Beschluss des OLG Celle befasst sich mit der für Notarkosten gleichermaßen relevanten Frage, ob die Übertragung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs kostenrechtlich auch dann begünstigt sein kann, wenn die Führung/Fortführung des Betriebs durch eine (e)GbR erfolgt.

Mit Rücksicht auf die gesetzgeberische Zielsetzung der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe sah das OLG Celle die Voraussetzungen für eine Gewährung der Kostenprivilegierung als gegeben an, obwohl der Betrieb sowohl bisher wie auch künftig durch eine GbR geführt wurde bzw. wird, der neben dem Übergeber/Übernehmer zwei familienfremde Landwirte als Gesellschafter angehören. Dabei interpretiert das OLG Celle den nachgenannten Beschluss des BGH dahingehend, dass eine arbeitsteilige Bewirtschaftung mit einer anderen Person selbst dann nicht schädlich sei, wenn nicht der Übernehmer, sondern die andere Person den Betrieb hauptverantwortlich führt. Des Weiteren sei, wie in der Entscheidungsbegründung weiter ausführt wird, einer nach Auffassung des Gerichts erkennbaren Entwicklung der Betriebsstrukturen in der Landwirtschaft Rechnung zu tragen, wonach landwirtschaftliche Betriebe zunehmend in Form von Personengesellschaften geführt werden.

Überzeugend ist diese Ansicht jedoch nicht.

Zweifelsohne liegt der Privilegierungsvorschrift des § 48 Abs. 1 GNotKG, wie auch bereits der Vorgängervorschrift (§ 19 Abs. 4 KostO), die Zielsetzung zugrunde, die Erhaltung und Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in Familienbesitz zu fördern.<sup>1</sup>

Dennoch kann und darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich (wie bereits zu § 19 Abs. 4 KostO vertreten wurde) bei § 48 Abs. 1 GNotKG um eine Sonderbe-

<sup>1</sup> Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 48 Rdnr. 1; Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar/Heinze, 4. Aufl. 2024, § 48 Rdnr. 5; BayObLG, Beschluss vom 09.07.1992, 3 Z BR 33/92, MittBayNot 1992, 416.

stimmung handelt,<sup>2</sup> welche nicht den Landwirt als solchen oder generell Rechtsgeschäfte über land- oder forstwirtschaftlichen Grundbesitz privilegiert, sondern ausschließlich die vom Gesetzestext erfassten Vorgänge.<sup>3</sup>

Demgemäß setzt eine Privilegierung u. a. voraus, dass

- es sich bei dem Erwerber des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs um eine oder mehrere natürliche Personen handeln muss, und
- der Betrieb durch den Erwerber selbst fortgeführt wird, dieser somit dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt.<sup>4</sup>

In dem zu entscheidenden Fall sah das OLG Celle die letztgenannte Voraussetzung als erfüllt an, obwohl der landwirtschaftliche Betrieb im Zeitpunkt der Übergabe

- bereits in eine bestehende GbR eingebracht war und von dieser (und somit nicht vom bisherigen Eigentümer) bewirtschaftet wird,
- dieser GbR neben dem Veräußerer und dem Erwerber zwei weitere (familienfremde) Landwirte angehören,
- nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags der GbR (die Entscheidungsbegründung nimmt insoweit auf § 9 des Gesellschaftsvertrags Bezug) die Gesellschafter zur Geschäftsführung nur gemeinsam berechtigt sind,
- der Betrieb (nach Ausscheiden des Veräußerers durch Übertragung seiner Gesellschaftsanteile an den Erwerber) durch die bestehende GbR fortgeführt wird.

In seiner Entscheidungsbegründung bezieht sich das OLG Celle im Wesentlichen auf den Beschluss des BGH vom 22.02.2024,<sup>5</sup> wonach eine Verpachtung des übergebenen land-/forstwirtschaftlichen Betriebs durch den Er-

2 BayObLG, Beschluss vom 08.01.1996, 3 Z BR 278/95, MittBayNot 1996, 232; Beschluss vom 06.06.1991, BReg. 3 Z 71/91, BayObLGZ 1991, 200; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.07.2009, 20 W 328/07, ZNotP 2010, 119; OLG München, Beschluss vom 28.01.2010, 31 Wx 59/09, MittBayNot 2010, 418; Beschluss vom 28.01.2014, 34 Wx 576/11, MittBayNot 2014, 380 = ZNotP 2014, 77; Beschluss vom 15.02.2024, 34 Wx 32/24e, NJOZ 2024, 345 = BeckRS 2024, 2106; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2023, I-3 Wx 61/23, JurBüro 2023, 424 = ErbR 2023, 892; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 2; Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar/Heinze, a. a. O.; Toussaint/Kawell, Kostenrecht, 53. Aufl. 2023, § 48 Rdnr. 1.

3 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2023, I-3 Wx 61/23, JurBüro 2023, 424 = ErbR 2023, 892; BayObLG, Beschluss vom 06.04.1994, 3 Z BR 48/94, MittBayNot 1994, 359 = BeckRS 1994, 2703.

4 Wie auch in der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck kommt, siehe BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169.

5 V ZB 65/22, MittBayNot 2024, 609 (m. Anm. Heitzer) = BeckRS 1994, 2703 = ZNotP 2024, 392 = NotBZ 2024, 305 (m. Anm. Heinze) = AgrB 2024 Heft 5, 245 (m. Anm. Grziwotz) = RNotZ 2024, 411.

werber einer Privilegierung jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn das Pachtverhältnis mit einem nahen Familienangehörigen (in dem vom BGH zu entscheidenden Fall: Verpachtung an den Ehemann der Erwerberin) begründet wird und der Erwerber den Betrieb mit dem Pächter in Arbeitsteilung gemeinschaftlich bewirtschaftet.

Der BGH begründete seine Entscheidung u. a. damit, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass der Gesetzgeber durch die Neuregelung in § 48 GNotKG den Anwendungsbereich für das Bewertungsprivileg gegenüber der Vorgängernorm des § 19 Abs. 4 KostO generell einschränken oder strenger handhaben wolle. Dies werde, so der BGH weiter, dadurch verdeutlicht, dass in der Gesetzesbegründung zu § 48 GNotKG ausdrücklich auf die zur Vorgängernorm ergangene Rechtsprechung des BayObLG Bezug genommen werde. So bezog sich der BGH in seiner Entscheidungsbegründung insbesondere auf den zu § 19 Abs. 4 KostO ergangenen Beschluss des BayObLG vom 03.09.1997,<sup>6</sup> wonach eine nach der Übergabe fortbestehende Verpachtung des Betriebs an den Ehegatten des Erwerbers die Privilegierung nicht hindert, sofern der Erwerber bei der Bewirtschaftung selbst arbeitsteilig mitwirkt. Demzufolge kam der BGH zu dem Ergebnis, dass ein bereits nach der Vorgängernorm als privilegierbar angesehener Vorgang nach § 48 Abs. 1 GNotKG nicht anders beurteilt werden könne.

Schon diese Auslegung zum Anwendungsbereich der Vorschrift, obwohl durch obergerichtliche Rechtsprechung zur Vorgängernorm gestützt, hat im Schrifttum Kritik erfahren,<sup>7</sup> ist aber für den vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt letztlich hinzunehmen.<sup>8</sup>

Doch auch wenn sich der BGH in der in Bezug genommenen Entscheidung gegen eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 48 Abs. 1 GNotKG im Verhältnis zu § 19 Abs. 4 KostO ausgesprochen hat, so kann hieraus jedoch nicht ohne Weiteres geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber eine Erweiterung des Anwendungsbereichs gegenüber der Vorgängernorm beabsichtigt habe. Vielmehr wird weitaus überwiegend die Auffassung vertreten, dass an der grundsätzlichen Einordnung des § 48 GNotKG als eng auszulegende Sondervorschrift nach wie vor festzuhalten ist.<sup>9</sup>

Die Ansicht des OLG Celle, wonach § 48 Abs. 1 GNotKG auch auf den eingangs dargestellten Sachverhalt anzuwenden sei, ist weder mit dieser grundsätzlichen Einord-

6 3 Z BR 98/97, MittBayNot 1997, 382 = JurBüro 1998, 41.

7 Anm. Heinze in NotBZ 2024, 305 ff.

8 Anm. Heitzer in MittBayNot 2024, 609 ff.

9 OLG München, Beschluss vom 28.01.2014, 34 Wx 576/11, MittBayNot 2014, 381; Beschluss vom 15.02.2024, 34 Wx 32/24e, NJOZ 2024, 345 = BeckRS 2024, 2106; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2023, I-3 Wx 61/23, JurBüro 2023, 424 = ErbR 2023, 892; LG Augsburg, Beschluss vom 03.02.2025, 044 OH 2917/23; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 2; Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar/Heinze, a. a. O.; Toussaint/Kawell, Kostenrecht, § 48 Rdnr. 1.



nung noch mit der in der Gesetzesbegründung zu § 48 GNotKG ausdrücklich enthaltenen Feststellung in Einklang zu bringen, wonach es eine Begünstigung dann geben soll, wenn „der Erwerber dem bisherigen Eigentümer unmittelbar als Bewirtschafter nachfolgt“.<sup>10</sup>

Unabhängig davon ist der vom OLG Celle in Bezug genommene Beschluss des BGH als Entscheidungsgrundlage ohnehin unauglich. Dieser ist insbesondere mit Rücksicht auf die Außenrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit einer (e)GbR auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. So kann die (e)GbR bereits aufgrund ihrer Rechtsstellung schwerlich einem „nahen Familienangehörigen“ im Sinne des BGH-Beschlusses gleichgestellt werden (selbst wenn man außer Acht lässt, dass der GbR hier offenbar zwei familienfremde Landwirte als weitere Gesellschafter angehören).

Ebenso wie bei der unmittelbaren Übertragung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf eine rechtsfähige GbR oder sonstige Personengesellschaft ist eine Privilegierung aus den vorgenannten Gründen weiterhin auch dann zu versagen, wenn der Betrieb an eine natürliche Person übergeben wird, dieser allerdings bisher wie auch künftig durch eine bestehende (e)GbR geführt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob der Erwerber selbst an dieser (e)GbR beteiligt ist.<sup>11</sup>

Demgemäß wurde auch vom OLG Nürnberg<sup>12</sup> die Anwendung des § 48 Abs. 1 GNotKG bei andauernder Fortführung des Betriebs durch eine GbR (mit Rücksicht auf die eigene Rechtspersönlichkeit der GbR) grundsätzlich verneint.<sup>13</sup> Jedoch wurde aufgrund der Besonderheiten des vom OLG Nürnberg zu entscheidenden Falles eine Fortführung durch den Erwerber selbst im Ergebnis bejaht. Dort war die bisherige sowie künftige Führung des Betriebs durch eine GbR erfolgt, welcher ausschließlich der Übergeber und der Erwerber angehören und bei der durch eine bestehende gesellschaftsvertragliche Regelung der Übergeber als Gesellschafter der GbR von jeglicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen war und lediglich die Position eines stillen Teilhabers innehat. Das OLG Nürnberg bezieht sich dabei

auf die in der Literatur<sup>14</sup> entsprechend vertretene Auffassung. Diese wiederum fußt auf dem Grundgedanken des seinerzeitigen § 21 Abs. 8 ALG, wonach bei dieser speziellen Konstellation, allerdings nur bei dieser, von einer Abgabe des Betriebs vom Übergeber an den Erwerber ausgegangen werden kann. Auf sonstige, von dieser Sonderkonstellation abweichende Fälle kann dies jedoch aufgrund der nach wie vor gebotenen engen Auslegung der Privilegierungsvorschrift nicht übertragen werden.

Daher kann der Entscheidung des OLG Celle in Gänze nicht zugestimmt werden.

14 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 48 Rdnr. 14; BeckOK-KostR/Soutier, Stand: 01.07.2024, § 48 GNotKG Rdnr. 23.

## STEUERRECHT

### 25. Unentgeltliche Übertragung von Wirtschaftsgütern eines Gewerbebetriebs unter Vorbehaltsnießbrauch

BFH, Urteil vom 29.01.2025, X R 35/19 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 20.09.2019, 11 K 4132/15 E,G)

AO § 39 Abs. 2 Nr. 1  
BGB §§ 133, 157, 1067, 1074, 1075  
EStDV a. F. § 7 Abs. 1  
EStG § 6 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5, § 6 Abs. 3, § 15 Abs. 2, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 16 Abs. 3b  
EStG 1999 § 52 Abs. 16 Satz 3  
FGO § 118 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

1. Werden die Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens eines Gewerbebetriebs unter Vorbehaltsnießbrauch übertragen, führt der Vorbehaltsnießbraucher jedoch seine bisherige gewerbliche Tätigkeit fort, liegt darin keine unentgeltliche Übertragung des Gewerbebetriebs im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 EStDV a. F./seit 1999 § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG. Das gilt für einen aktiven wie für einen verpachteten Gewerbebetrieb (Fortführung des Senatsurteils vom 25.01.2017, X R 59/14, BFHE 257, 227 = BStBl. II 2019, S. 730).
2. Die unter Vorbehaltsnießbrauch übertragenen Wirtschaftsgüter werden Privatvermögen des Erwerbers.
3. Erlischt zu einem späteren Zeitpunkt der Nießbrauch infolge eines unentgeltlichen Vorgangs, geht der in der Person des Vorbehaltsnießbrauchers bestehende Gewerbebetrieb nach § 7 Abs. 1 EStDV a. F./§ 6 Abs. 3 Satz 1 EStG auf den Erwerber über, wenn dieser die betriebliche Tätigkeit des Vorbehaltsnießbrauchers fortführt (Bestätigung der Rechtsprechung, vgl. Urteil des BFH vom 08.08.2024, IV R 1/20, BStBl. II 2025, S. 122 Rdnr. 40).

10 Siehe BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 169.

11 Zu dem vom OLG Nürnberg mit Beschluss vom 02.05.2024, 15 W 565/24 bestätigen Ausnahmefall der Betriebsführung durch eine nur aus Übergeber und Erwerber bestehenden GbR, bei der der Übergeber mit einem lediglich geringen Anteil in der GbR verbleibt, jedoch durch gesellschaftsvertragliche Regelungen von der Betriebsführung wie auch von der Vertretung und Entscheidungsgewalt ausgeschlossen ist, siehe MittBayNot 2025, 74 m. Anm. Heitzer.

12 Der Beschluss vom 02.05.2024, 15 W 565/24, MittBayNot 2025, 74 m. Anm. Heitzer bestätigt den Ausnahmefall der Betriebsführung durch eine nur aus Übergeber und Erwerber bestehenden GbR, bei der der Übergeber mit einem lediglich geringen Anteil in der GbR verbleibt, jedoch durch gesellschaftsvertragliche Regelungen von der Betriebsführung wie auch von der Vertretung und Entscheidungsgewalt ausgeschlossen ist.

13 Siehe Abschn. II. Ziff. 1. b) der Entscheidungsgrundlage.

- 4. Die beim Erlöschen des Nießbrauchs im Betriebsvermögen des Nießbrauchers befindlichen Wirtschaftsgüter werden beim Erwerber zu Buchwerten fortgeführt. Die bereits im Privatvermögen des Erwerbers befindlichen nießbrauchsbelasteten Wirtschaftsgüter werden mit dem Teilwert in das Betriebsvermögen des Erwerbers eingelagert.**

Diese Entscheidung wird behandelt von Kemper, Praxisupdate Steuerrecht (in diesem Heft, S. 409).

•

## 26. Nur noch anteiliger Schuldzinsenabzug nach unentgeltlicher Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Vermietungsobjekt

BFH, Urteil vom 03.12.2024, IX R 2/24 (Vorinstanz:  
FG Niedersachsen, Urteil vom 13.12.2023, 3 K 162/23)

EStG § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 21

FGO § 118 Abs. 2

### LEITSATZ:

**Überträgt der bisherige Alleineigentümer an einem Vermietungsobjekt einen Miteigentumsanteil unentgeltlich und behält dabei die aus der Anschaffung resultierenden Verbindlichkeiten vollständig zurück, sind die auf den übertragenen Miteigentumsanteil entfallenden Schuldzinsen nicht als (Sonder-)Werbungskosten berücksichtigungsfähig.**

Diese Entscheidung wird behandelt von Kemper, Praxisupdate Steuerrecht (in diesem Heft, S. 409).

### AUS DEN GRÜNDEN:

**11. Streitig ist die steuerliche Behandlung von Schuldzinsen nach der unentgeltlichen Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Vermietungsobjekt.**

**2 Mit notariellem Vertrag vom 14.06.2019 übertrug der Beigeladene einen ideellen 2/5-Miteigentumsanteil eines bis dahin in seinem Alleineigentum befindlichen, fremdvermieteten Grundstücks im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich auf seinen Sohn. Ein Schuldbeitritt oder eine Schuldübernahme der aus der Anschaffung dieses Grundstücks resultierenden Darlehensverbindlichkeiten erfolgte nicht.**

**3 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist die Grundstücksgemeinschaft bestehend aus dem Beigeladenen und dessen Sohn. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) berücksichtigte von den für das Streitjahr 2020 geltend gemachten Schuldzinsen i. H. v. 59.855,01 € lediglich 35.913,01 € (= 3/5) als Sonderwerbungskosten des Beigeladenen bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Vermietungseinkünfte der Klägerin.**

**4 Die Klage zum FG führte zu keiner darüber hinausgehenden steuerlichen Berücksichtigung der Schuldzinsen. Die Entscheidung des FG ist in EFG 2024, 1879 veröffentlicht.**

**5 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG). Durch die unentgeltliche Übertragung eines Miteigentumsanteils an dem Grundstück werde die Objektbezogenheit der zur Finanzierung aufgenommenen Darlehen nicht berührt. Andernfalls liege ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, da im betrieblichen Bereich der betriebliche Zurechnungsbzw. Veranlassungszusammenhang auch nach der Entnahme eines Grundstücks aus dem Sonderbetriebsvermögen und dessen Übertragung auf ein anderes Gesamthandsvermögen nicht gelöst werde.**

**6 Die Klägerin beantragt sinngemäß, das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und unter Änderung des Bescheids über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für 2020 vom 13.04.2023 in Gestalt der Einspruchentscheidung vom 26.09.2023 Schuldzinsen in Höhe von insgesamt 59.855,01 € als Sonderwerbungskosten des Beigeladenen zu berücksichtigen.**

**7 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.**

**8 Da die zur Finanzierung der Anschaffung des Vermietungsobjekts aufgenommenen Darlehen nicht mit auf den Sohn übertragen worden seien, hätten diese im Verhältnis des übertragenen Miteigentumsanteils ihre Objektbezogenheit verloren.**

**9 II. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).**

**10 Rechtsfehlerfrei hat das FG den Abzug der Schuldzinsen aus der Anschaffung des Grundstücks als Sonderwerbungskosten des Beigeladenen bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung versagt, soweit diese auf den unentgeltlich übertragenen Miteigentumsanteil entfallen. Die dem Beigeladenen im Streitjahr angefallenen Schuldzinsen sind nur zu 3/5 als Sonderwerbungskosten bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte der Klägerin zu berücksichtigen.**

**11. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG sind Schuldzinsen als Werbungskosten abziehbar, soweit sie mit einer bestimmten Einkunftsart in Zusammenhang stehen. Eine derartige Veranlassung liegt vor, wenn (objektiv) ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der auf die Einkünftezielung gerichteten Tätigkeit besteht und (subjektiv) die Aufwendungen zur Förderung der Einkünftezielung getätigten werden. Maßgeblich ist, ob bei wertender Beurteilung das auslösende Moment für das Entstehen der Aufwendungen der einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre zuzuordnen ist (Urteil des BFH vom 04.08.2016, VI R 47/13, BFHE 254, 435 = BStBl. II 2017, S. 276 Rdnr. 12). Der wirtschaftliche Zusammenhang mit einer bestimmten Einkunftsart kann grundsätzlich nicht durch einen bloßen Willensakt des Steuerpflichtigen begründet werden (Senatsurteil vom 03.05.2022, IX R 34/19, Rdnr. 15).**

**12 Die Beurteilung, ob Aufwendungen durch eine einen Einkünftetatbestand verwirklichende Tätigkeit oder privat veranlasst sind, obliegt in erster Linie der tatrichterlichen Würdigung des FG. Diese ist für das Revisionsgericht bindend (§ 118 Abs. 2 FGO), wenn sie verfahrensrechtlich ordnungs-**



gemäß durchgeführt wurde und nicht gegen Denkgesetze verstößt oder Erfahrungssätze verletzt (st. Rspr., zum Beispiel BFH, Beschluss vom 10.01.2024, VI R 16/21, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt, BStBl. II 2024, S. 442 Rdnr. 15; Urteil vom 28.06.2023, VI R 17/21, BFHE 280, 568 = BStBl. II 2024, S. 274 Rdnr. 13, jew. m. w. N.).

**13** Nach ständiger Rechtsprechung sind die Aufwendungen eines Mitglieds einer Grundstücksgemeinschaft im Zusammenhang mit dessen Miteigentümerstellung nicht im Rahmen dessen Veranlagung zur Einkommensteuer, sondern bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte der Grundstücksgemeinschaft als dessen Sonderwerbungskosten zu berücksichtigen (Senatsbeschluss vom 19.09.2012, IX B 65/12, Rdnr. 6; Senatsurteil vom 23.04.1991, IX R 303/87, BFH/NV 1991, 653 unter 1., jew. m. w. N.).

**14** 2. Hieran gemessen ist die Würdigung des FG, dass die im Streit stehenden Schuldzinsen keine Sonderwerbungskosten des Beigeladenen bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte der Klägerin darstellen, soweit sie auf den unentgeltlich auf den Sohn übertragenen Miteigentumsanteil entfallen, zutreffend.

**15** Die Feststellung des FG, dass der ursprünglich bestehende wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den aus den Verbindlichkeiten resultierenden Schuldzinsen und der Erzielung von Vermietungseinkünften gelöst wurde, soweit der Miteigentumsanteil unentgeltlich vom Beigeladenen auf dessen Sohn übertragen wurde, unterliegt keinem Verfahrensfehler und verstößt weder gegen Denkgesetze noch Erfahrungssätze.

**16** a) Insbesondere hält der Senat die Würdigung des FG, dass die Übertragung des Miteigentumsanteils schenkweise und damit nicht aus mit der Einkünfteerzielung im Zusammenhang stehenden Gründen auf den Sohn erfolgte, für plausibel. Die Übertragung war unentgeltlich. Nach den von den Beteiligten nicht angegriffenen Feststellungen des FG erfolgte insbesondere weder ein Schuldbeitritt noch eine Schuldübernahme. Nicht von Bedeutung ist, inwieweit ein Schuldbeitritt beabsichtigt gewesen sei. Durch die unentgeltliche Übertragung des Miteigentumsanteils wird insoweit der (objektive) wirtschaftliche Zusammenhang der zur Finanzierung der Anschaffung der Immobilie aufgenommenen Darlehen zur bisherigen Einkünfteerzielungstätigkeit durch den Beigeladenen gelöst. Die Darlehen dienen fortan der Finanzierung der Schenkung.

**17** b) Auch steht die Würdigung des FG im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

**18** Schuldzinsen sind als Werbungskosten im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abzugsfähig, soweit sie für ein Darlehen geleistet worden sind, das tatsächlich zum Erzielen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung verwendet worden ist (Senatsurteil vom 04.02.2020, IX R 1/18, BFHE 268, 192 = BStBl. II 2020, S. 311 Rdnr. 17). Dementsprechend verlieren Schulden ihre Objektbezogenheit und gehen in den privaten, nicht mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung im wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Bereich über, soweit der Grundstückseigentümer ein Grundstück unter ausdrücklicher Zurückbehaltung

der Darlehensverpflichtung überträgt (vgl. Senatsbeschluss vom 10.01.2008, IX B 127/07, BFH/NV 2008, 941, unter II. 1. m. w. N.). Mit der Übertragung eines Vermietungsobjekts im Wege der Schenkung unter Zurückbehalt der Darlehensverpflichtung fällt deren Zweck, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen, weg (vgl. Senatsurteil vom 30.01.1990, IX R 182/84, BFH/NV 1990, 560).

**19** So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Wird die Anschaffung einer Einkunftsquelle fremdfinanziert, wird der Veranlassungszusammenhang zwischen den hieraus resultierenden Schuldzinsen und der Einkünfteerzielung gelöst, soweit die Einkunftsquelle vom Steuerpflichtigen nicht mehr zur Erzielung von Einkünften verwendet wird. Soweit die Schuldzinsen vorliegend auf den übertragenen Miteigentumsanteil entfallen, dienen diese nicht (mehr) der Erzielung von Vermietungseinkünften durch den Beigeladenen, sondern der Finanzierung der Schenkung des Miteigentumsanteils an den Sohn.

**20** 3. Entgegen dem klägerischen Vortrag verstößt die Nichtberücksichtigung der Schuldzinsen, soweit sie auf den unentgeltlich übertragenen Miteigentumsanteil entfallen, auch nicht gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

**21** Zwar ist der Klägerin zuzustimmen, dass im betrieblichen Bereich angefallene Schuldzinsen eines Steuerpflichtigen wegen der Finanzierung von zur Gesamthand gehörendem Vermögen als (Sonder-)Betriebsausgaben berücksichtigungsfähig sind (vgl. BFH, Beschluss vom 27.04.2017, IV B 53/16, Rdnr. 25). Auch lässt die unentgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts aus dem Sonderbetriebsvermögen in die Gesamthand einer anderen Mitunternehmerschaft desselben Steuerpflichtigen den betrieblichen Zu-rechnungs- und Veranlassungszusammenhang der zur Anschaffung dieses Wirtschaftsguts eingegangenen Darlehensverbindlichkeit unberührt (vgl. BFH, Beschluss vom 27.04.2017, IV B 53/16, Rdnr. 28). Ferner sind die Zinsverpflichtungen, die ein Gesellschafter zur Finanzierung der gesellschaftsvertraglichen Einlageverpflichtung eingegangen ist, dem Sonderbetriebsbereich zuzuordnen und als Sonderbetriebsausgaben zu berücksichtigen (BFH, Urteil vom 12.10.2016, I R 92/12, BFHE 256, 32 = BStBl. II 2022, S. 123 Rdnr. 23).

**22** Es handelt sich bei der Berücksichtigung von Schuldzinsen im betrieblichen und im privaten Bereich bereits um unterschiedliche Sachverhalte. Daher liegt kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vor, soweit Schuldzinsen im Bereich der privaten Vermögensphäre infolge der unentgeltlichen Übertragung des finanzierten Wirtschaftsguts unter Zurückbehaltung der Darlehensverbindlichkeit beim bisherigen Eigentümer – anders als im betrieblichen Bereich – nicht steuerlich berücksichtigungsfähig sind. Das Einkommensteuerrecht wird vom Dualismus der Einkunftsarten – Gewinn- und Überschuseinkünfte – bestimmt (vgl. BFH, Urteil vom 16.06.2020, VIII R 15/17, BFHE 269, 495 = BStBl. II 2020, S. 841 Rdnr. 36 m. w. N.). Während Wertsteigerungen bzw. Wertminderungen im betrieblichen Bereich sich grundsätzlich auf den Gewinn und damit auf die Höhe der Einkünfte auswirken,

unterliegen solche bei den Überschusseinkunftsarten nur der Besteuerung, soweit sie einen Einkünftetatbestand erfüllen. Diese unterschiedliche einkommensteuerrechtliche Erfassung von Wertsteigerungen bzw. Wertminderungen im Betriebs- und Privatvermögen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG mit dem Gleichheitssatz vereinbar (BVerfG-Beschlüsse vom 07.07.2010, 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BVerfGE 127, 1 = BStBl. II 2011, S. 76, beginnend C. II. 2. a bb), C. III. 2. a) sowie vom 07.07.2010, 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61 = BStBl. II 2011, S. 86 unter B. II.).

**23 4.** Nicht von Bedeutung ist ferner, inwieweit die Schuldzinsen bei einer Aufgabe der Vermietungstätigkeit durch den Beigeladenen als Werbungskosten bei den Vermietungseinkünften berücksichtigungsfähig gewesen wären. Zwar ist durch die Senatsrechtsprechung entschieden, dass sich ein ursprünglich gesetzter Veranlassungszusammenhang zwischen einem Darlehen, das der Finanzierung von Anschaffungskosten eines zur Erzielung von Mieteinkünften erworbenen Immobilienobjekts diente, und den (früheren) Einkünften aus Vermietung und Verpachtung grundsätzlich auch dann weiter fortsetzt, wenn der Steuerpflichtige das Objekt veräußert und der Erlös aus der Veräußerung nicht ausreicht, um das ursprünglich zur Anschaffung des Grundstücks aufgenommene Darlehen abzulösen (Senatsurteil vom 20.06.2012, IX R 67/10, BFHE 237, 368 = BStBl. II 2013, S. 275 Rdnr. 22). Die Aufgabe einer Vermietungstätigkeit durch die Veräußerung des Vermietungsobjekts ist jedoch nicht mit der vorliegenden unentgeltlichen Übertragung des Miteigentumsanteils vergleichbar. Denn anders als bei einer Veräußerung erfolgt die unentgeltliche Übertragung nicht zur Erzielung von Einkünften, sondern aus privaten Gründen.

**24 5.** Auch folgt eine weitergehende steuerliche Berücksichtigung der dem Beigeladenen angefallenen Schuldzinsen nicht aus der Rechtsprechung zur überquotalen Übernahme von Aufwendungen einer Gesellschaft durch einen Gesellschafter (vgl. hierzu BFH, Urteil vom 16.04.2024, VIII R 3/21, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt, BStBl. II 2024, S. 902 Rdnr. 50; Senatsurteil vom 23.11.2004, IX R 59/01, BFHE 208, 203 = BStBl. II 2005, S. 454 Rdnr. 15 ff.). Indem der Beigeladene die aus der Anschaffung des Vermietungsobjekts resultierenden Verbindlichkeiten zurückbehält und für die hieraus sich ergebenden Schuldzinsen aufkam, liegt keine Übernahme von Aufwendungen der Klägerin vor.

**25 6.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

## 27. Keine Steuerbefreiung bei Einbringung von Kommanditanteilen in eine erst kurz zuvor erworbene Vorrats-GmbH

BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 46/22 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 18.10.2022, 5 K)

GmbHG § 2 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 4, §§ 10, 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1  
GrEStG § 1 Abs. 2a, § 6a Satz 1 bis 4  
UmwStG §§ 20 ff.

### LEITSÄTZE:

- Der nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbare Wechsel im Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Kommanditgesellschaft aufgrund einer Einbringung der Anteile der Kommanditisten an dieser Gesellschaft in eine Vorrats-GmbH kann nach § 6a Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit sein.
- Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist nach § 6a Satz 3 und 4 GrEStG, dass der Einbringende im Zeitpunkt der Einbringung mehr als fünf Jahre zu mehr als 95 % an der Vorrats-GmbH beteiligt war. Auf die Einhaltung der Vorbehaltensfrist kann in diesem Fall nicht verzichtet werden.

Diese Entscheidung wird behandelt von Kemper, Praxisupdate Steuerrecht (in diesem Heft, S. 409).



## Veranstaltungshinweise

### Save the Date:

#### NotaReG-Tagung zu städtebaulichen Verträgen

Am Freitag, den 21.11.2025, 15:30 – 19:00 Uhr, in Hörsaal 14 der Neuen Universität (Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg) vss. mit den Vorträgen:

15:30	<b>Empfang</b>
16:00	<b>Begrüßung und Einleitung</b>
16:15	<b>Städtebauliche Verträge aus planungsrechtlicher Sicht</b> Rechtsanwalt Dr. Hartmut Fischer, RITTERSHAUS Rechtsanwälte PartmbB, Mannheim
17:00	<b>Städtebauliche Verträge aus notarieller Sicht</b> Notarin Christiane Stoye-Benk, Stuttgart
17:45	<b>Diskussion</b> Leitung: Richterin am Verwaltungsgericht Prof. Dr. Susanne Heinemeyer, Mainz
18:45	<b>Schlusswort</b>
19:00	<b>Sektempfang</b>

Ich bitte Sie, sich den Termin schon jetzt vorzumerken. Eine Anmeldung ist bereits möglich. Bitte nutzen Sie hierfür gerne das Anmeldeformular auf unserer Homepage: <https://www.jura.uni-heidelberg.de/igr/notareg/anmeldung.html>. Die Teilnahme ist kostenfrei.

Mit besten Grüßen aus Heidelberg  
Prof. Dr. Christian Baldus  
Leiter der Forschungsstelle

**13. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der  
Bucerius Law School am 24. Oktober 2025**

**Exit-Strategien bei Familienunternehmen**

Freitag, 24. Oktober 2025

Helmut Schmidt Auditorium der Bucerius Law School, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

8:45	<b>Anmeldung – Kaffee (Rotunde)</b>	13:15	<b>Lunch Buffet (Rotunde)</b>
9:15	<b>Begrüßung</b> Prof. Dr. Michael Grünberger, Präsident der Bucerius Law School, Hamburg	14:30	<b>Güterrechtliche und gesellschaftsrechtliche Wechselwirkungen beim „Exit“: Scheidung und Tod in Familienunternehmen</b> Prof. Dr. Henrike von Scheliha, Bucerius Law School, Hamburg
9:30	<b>Beteiligungsvereinbarungen zur Exit-Vorbereitung</b> Prof. Dr. Jan Lieder, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg	15:15	<b>Der Exit wider Willen in Krise und Insolvenz</b> Dr. Jan-Philip Wilde, Rechtsanwalt, Hamburg
10:15	<b>Rückbeteiligungen im Zuge des Verkaufs</b> Dr. Johannes Scheller, Notar, Hamburg	16:00	<b>Zusammenfassung und Abschlussworte</b> Prof. Dr. Christoph Kumpan, Bucerius Law School, Hamburg
11:00	<b>Kaffeepause (Rotunde)</b>	16:15	<b>Empfang (Rotunde)</b>
11:45	<b>Transaktions-)Steuerliche Besonderheiten bei der Veräußerung von Familienunternehmen</b> Dr. Matthias Scheifele, Rechtsanwalt, München		<b>Tagungsbeitrag:</b> 75,00 € für Notarassessoren, 150,00 € für Mitglieder der NotRV oder der Hamburgischen Notarkammer und 200,00 € für alle anderen Teilnehmer.
12:30	<b>(Vertrags-)Rechtliche Besonderheiten bei der Veräußerung von Familienunternehmen</b> Prof. Dr. Anne Sanders, Universität Bielefeld		<b>Kontakt:</b> <a href="http://www.law-school.de/jahrestagung-nzf">www.law-school.de/jahrestagung-nzf</a>

## Veranstaltungen des DAI

1. **Erbrecht in der notariellen Praxis**  
*(Schönenberg-Wessel)*  
08.09.2025, Hamburg (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246826  
14.10.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246359
2. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
*(Tondorf)*  
08.09. – 12.09.2025, Berlin und Live-Stream  
(30 Zeitstd.)  
Nr. 03246611
3. **Aktuelles Wohnungseigentumsrecht in der notariellen Praxis**  
*(Lehmann-Richter, Wobst)*  
12.09.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246333  
13.09.2025, Köln (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246831
4. **Online-Vortrag LIVE: Aktuelles GmbH- und Personengesellschaftsrecht in der notariellen Praxis**  
*(Bernau, Born)*  
18.09.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)  
Nr. 03246337
5. **23. Jahresarbeitsstagung des Notariats**  
*(Leitung: Winnen)*  
18.09. – 20.09.2025, Berlin und Live-Stream  
(18 Zeitstd.)  
Nr. 034850
6. **Aktuelle Brennpunkte in der notariellen Praxis**  
*(Berkefeld, Bühler)*  
26.09.2025, Marburg (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246834
7. **Kaufverträge in Spezialsituationen**  
*(Betreuung, Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, Insolvenz, Zwangsvollstreckung) für Mitarbeiter im Notariat*  
*(Krauß)*  
10.10.2025, Bad Zwischenahn (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246833
8. **Aktuelle Entwicklungen im Notariat: Gesellschaftsrecht und Beurkundungsrecht**  
*(Berkefeld, Häming)*  
17.10.2025, Potsdam (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246728
9. **Online-Vortrag LIVE: Live-Demonstration der XNP Anwendungen: Der Immobilienkauf**  
*(Tondorf)*  
28.10.2025, Live-Stream (4 Zeitstd.)  
Nr. 03246488
10. **Online-Vortrag LIVE: Vollstreckung notarieller Kostenrechnungen**  
*(El's)*  
30.10.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)  
Nr. 03246410
11. **Online-Vortrag LIVE: Überlassungsvertrag – Einführung**  
*(Berkefeld, Oertel)*  
30.10.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)  
Nr. 03246813
12. **Update Grundstückskaufvertrag**  
*(Krauß)*  
31.10.2025, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246811  
10.11.2025, Hamburg (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246840
13. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**  
*(Müller-Engels, Keim, Reetz)*  
31.10.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246433  
08.11.2025, Köln (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246730
14. **Online-Vortrag LIVE: Überlassungsvertrag – Vertiefung**  
*(Berkefeld, Oertel)*  
03.11.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)  
Nr. 03246459
15. **Erbrecht in Sonderkonstellationen – Patchwork, Behindertentestament, Unternehmertestament etc.**  
*(Keim)*  
07.11.2025, Heusenstamm und Live-Stream (5 Zeitstd.)  
Nr. 03246768
16. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**  
*(Krauß)*  
11.11.2025, Leer (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246842
17. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
*(Berkefeld)*  
11.11.2025, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246500  
18.11.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246436

### Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.  
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum  
Tel.: 0234 970640  
E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)  
Web: [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

## Ausschreibung

### **Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2026**

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

**30.06.2026**

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 2027 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortagsveranstaltung statt.

Nähtere Informationen erhalten Sie unter [www.notrv.de](http://www.notrv.de).

## Neuerscheinungen

1. Andres/Leithaus: Insolvenzordnung. Kommentar. 5. Aufl., Beck, 2025. 1172 S., 139,00 €
2. Battis/Krautzberger/Löhr: Baugesetzbuch. Kommentar. 16. Aufl., Beck, 2025. 1983 S., 129,00 €
3. Bormann/Diehn/Sommerfeldt: Gerichts- und Notarkostengesetz. Kommentar. 5. Aufl., Beck, 2025. 1220 S., 159,00 €
4. Börstinghaus/Siegmund: Miete. Das gesamte BGB-Mietrecht. Kommentar. 8. Aufl., Beck, 2025. 1636 S., 129,00 €
5. Böttcher: Praktische Fragen des Erbbaurechts. 10. Aufl., RWS, 2025. 322 S., 62,00 €
6. Bunjes: Umsatzsteuergesetz. Kommentar. 24. Aufl., Beck, 2025. 2038 S., 159,00 €
7. Damrau: Der Minderjährige im Erbrecht. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 232 S., 49,00 €
8. Diehn: Notarkostenberechnungen. 10. Aufl., Beck, 2025. 616 S., 47,00 €
9. Elsing: Handels- und Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis. 6. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 552 S., 74,00 €
10. Esskandari/Lutter/Trentmann: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Kommentar. 1. Aufl., Otto Schmidt, 2025. 440 S., 98,00 €
11. Fischer: Rechtsvorschriften für das Notariat. Gesetzes- und Verordnungssammlung für Ausbildung, Schule und Büro. 15. Aufl., Westermann Berufliche Bildung, 2025. 272 S., 26,50 €
12. Frodermann/Jannott: Handbuch des Aktienrechts. 10. Aufl., C.F. Müller, 2025. 1544 S., 199,00 €
13. Glöckner/Manteufel/Rehbein: Handbuch des privaten Baurechts. 7. Aufl., Beck, 2025. 2521 S., 279,00 €
14. Hölscher/Becker/Bonefeld: Familienunternehmen. Gesellschaftsrecht, Nachfolgerecht, Familienrecht, Steuerrecht. 1. Aufl., Nomos, 2025. 849 S., 149,00 €
15. Hölters/Weber: Aktiengesetz. Kommentar. 5. Aufl., Vahlen, 2025. 2989 S., 299,00 €
16. Knickrehm/Roßbach/Waltermann: Kommentar zum Sozialrecht. 9. Aufl., Beck, 2025. 2351 S., 259,00 €
17. Kreft: Einkommensteuerrecht. 22. Aufl., Boorberg, 2025. 338 S., 35,00 €
18. Krüger/Rauscher: Münchener Kommentar zur ZPO. Band 2: §§ 355–945b. 7. Aufl., Beck, 2025. 3018 S., 389,00 €
19. Pohl/Rode/Schneider: Handbuch der Organschaft. Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Bilanzrecht. 1. Aufl., Beck, 2025. 846 S., 199,00 €
20. Seefelder: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). 3. Aufl., HDS, 2025. 160 S., 49,90 €
21. Semler/Stengel/Leonard: Kommentar zum Umwandlungsgesetz mit internationalem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht. 6. Aufl., Beck, 2025. 2369 S., 269,00 €
22. Staub: Kommentar zum HGB. Band 18: HGB-Synopse. 6. Aufl., De Gruyter, 2025. 681 S., 179,95 €
23. Staub: Kommentar zum HGB. Band 4: §§ 161–237. 6. Aufl., De Gruyter, 2025. 870 S., 239,00 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255–304 (Leistungsstörungsrecht 1). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 1259 S., 449,00 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 5: Erbrecht. §§ 2018–2063 (Erbschaftsanspruch, Mehrheit von Erben). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 562 S., 209,00 €
26. Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer/Madaus: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 1: §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV). 5. Aufl., Beck, 2025. 2906 S., 807,00 € (Gesamtabnahmepreis der Bände 1 bis 3)
27. Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer/Madaus: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 2: §§ 80–216. 5. Aufl., Beck, 2025. 2176 S., 807,00 € (Gesamtabnahmepreis der Bände 1 bis 3)
28. Toussaint: Kostenrecht. 55. Aufl., Beck, 2025. 3136 S., 179,00 €
29. Waldner: GNotKG für Anfänger. 11. Aufl., Beck, 2025. 226 S., 55,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES



## 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

