

MittBayNot

Begründet 1864

6 | 2025

November | Dezember 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 Sträuber,
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

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

Bender: Freiheit versus Faktum – Brasilianisches Recht
in der deutschen notariellen Praxis – Teil I 515

Bühler: Aktuelles zur Gestaltung von (Unternehmer-)
Eheverträgen – zugleich Anmerkung zu KG 527

Graf Wolffskeel von Reichenberg: Einkommen- und
Schenkungsteuer bei der landwirtschaftlichen Übergabe 534

Hecht: Die sogenannte „Berliner Vormerkung“ – revolutionäre
oder riskante Gestaltung? 542

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Wachendorff zu OLG München: Zur Löschung eines mit
Wegzugsklausel bestellten Wohnungsrechts im Grundbuch
mittels Vorlage einer Meldebescheinigung 557

Sagmeister zu BGH: Keine familiengerichtliche Genehmigungs-
pflicht einer lenkenden Erbausschlagung der Eltern für ihr
minderjähriges Kind bei gewillkürter Ersatzerbeneinsetzung
des Kindes und werthaltigem Nachlass 574

Baumgartner zu OLG Schleswig: Zum Nachweis der Erbfolge
im Grundbuchverfahren, wenn die Erbeinsetzung im notariellen
Testament auflösend bedingt wurde (Pflichtteilsstrafklausel) 578

Lorenz zu BGH: Ankündigung des beabsichtigten Vollzugs
mittels Vorbescheids und weiterer Vollzug bei ausbleibendem
vorläufigen Rechtsschutz 592

Grziwotz zu OLG München: Nachweis des Nichtbestehens
einer Genehmigungspflicht gemäß § 250 BauGB im Grundbuch-
verfahren 603

Trossen zu BFH: Entgeltliche Ablösung eines Nießbrauchs
an GmbH-Anteilen 608

Kugelmüller-Pugh zu BFH: Steuerbegünstigung nach
§ 6a GrEStG bei Ausgliederung eines Einzelunternehmens
auf eine neu gegründete Kapitalgesellschaft 613

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank, Notarin in München
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön
Angelika Sträuber, 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** 6 | 2025

AUFSÄTZE	515	
Bender: Freiheit versus Faktum – Brasilianisches Recht in der deutschen notariellen Praxis – Teil I	515	
Bühler: Aktuelles zur Gestaltung von (Unternehmer-) Eheverträgen – zugleich Anmerkung zum Beschluss des KG vom 19.07.2024, 16 UF 39/22	527	
Graf Wolffskeel von Reichenberg: Einkommen- und Schenkungsteuer bei der landwirtschaftlichen Übergabe	534	
Hecht: Die sogenannte „Berliner Vormerkung“ – revolutionäre oder riskante Gestaltung? – zugleich Anmerkung zum Beschluss des KG vom 30.01.2025, 1 W 375/24	542	
BUCHBESPRECHUNGEN	547	
Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung (Menne)	547	
RECHTSPRECHUNG	549	
Bürgerliches Recht		
ALLGEMEINES		
1. Zum Begriff der Hecke im Sinne des Nachbarschaftsrechts und einem auf diese gerichteten Beseitigungsanspruch (BGH, Urteil vom 28.03.2025, V ZR 185/23) (LS)	549	
2. Zur Bemessung der Wuchshöhe von Bäumen und Sträuchern im Nachbarschaftsrecht (BGH, Urteil vom 27.06.2025, V ZR 180/24) (LS)	549	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
3. Eintragungsantrag bei Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung erst im Beschwerdeverfahren und nach Inkrafttreten einer Umwandlungsverordnung i. S. v. § 250 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB (BGH, Beschluss vom 28.11.2024, V ZB 24/23) (LS)	549	
4. Sicherbarkeit eines Anspruchs des Versprechensempfängers bei einem Vertrag zugunsten Dritter durch eine Vormerkung (KG, Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 375/24)	550	
5. Keine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung bei Bewilligung aufgrund einer Generalvollmacht ohne Offenlegung deren Verwendung als „transmortale Vollmacht“ und des Todes des Erblassers (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 04.04.2025, 5 W 14/25)	550	
6. Zur Löschung der Berechtigung eines Miterben an einem Grundstück aus dem Grundbuch infolge einer Abschichtungsvereinbarung (OLG München, Beschluss vom 10.02.2025, 34 Wx 21/25e)	554	
7. Auslegung einer im Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche enthaltenen Belastungsvollmacht im Grundbuchverfahren (OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.10.2024, 5 W 87/24) (LS)	555	
8. Zur Löschung eines mit Wegzugsklausel bestellten Wohnungsrechts im Grundbuch mittels Vorlage einer Meldebescheinigung (OLG München, Beschluss vom 30.07.2024, 34 Wx 134/24e) mit Anmerkung Wachendorff	555 557	
9. Zur Vereinbarung eines Ausschlusses von § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG sowie zur Abhaltung von Teilversammlungen von Untergemeinschaften (LG München I, Endurteil vom 15.01.2025, 1 S 6774/24 WEG) (LS)	559	
FAMILIENRECHT		
10. Zum Erfordernis einer Ergänzungspflegschaft bei Pflichtteilsansprüchen von Kindern (OLG Köln, Beschluss vom 17.04.2024, 10 WF 16/24)	559	
11. Keine Verweigerung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung einer Ausschlagungserklärung allein aufgrund des Ablaufs der Ausschlagungsfrist (LG Köln, Beschluss vom 14.12.2023, 1 T 271/23) (LS)	560	
ERBRECHT		
12. Umfang einer durch den Erblasser einem Dritten erteilten transmortalen Generalvollmacht bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft (BGH, Beschluss vom 22.05.2025, V ZB 46/24)	560	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2025

13. Zurechnung eines aus der Veräußerung eines Nachlassgegenstands erlangten Erlöses zum Nachlass und der Nachlassinsolvenzmasse bei strikter Trennung des Erlöses vom Eigenvermögen des Alleinerben
(BGH, Urteil vom 19.12.2024, IX ZR 119/23) 565

14. Keine familiengerichtliche Genehmigungspflicht einer lenkenden Erbausschlagung der Eltern für ihr minderjähriges Kind bei gewillkürter Ersatzerben-einsetzung des Kindes und werthaltigem Nachlass
(BGH, Beschluss vom 04.09.2024, IV ZB 37/23) 569
mit Anmerkung **Sagmeister** 574

15. Zum Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren, wenn die Erbeinsetzung im notariellen Testament auflösend bedingt wurde (Pflichtteilsstrafklausel)
(OLG Schleswig, Beschluss vom 16.08.2024, 2 Wx 46/24) 575
mit Anmerkung **Baumgartner** 578

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Vertretung einer atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien bei Rechtsgeschäften mit ihrer Komplementärgesellschaft
(BGH, Beschluss vom 07.05.2025, II ZB 2/24) (LS) 580

17. Unterscheidungskraft der Firmenbezeichnung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die eine konkrete Anschrift samt Hausnummer enthält
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.04.2025, 7 W 20/25) (LS) 581

18. Zur Frage der analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG auf die Einberufungsbefugnis des noch im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers sowie zur Frage der Anwesenheit der Gesellschafter im Sinne von § 51 Abs. 3 GmbHG, wenn ein erschienener Gesellschafter der Ordnungsmäßigkeit der Ladung widerspricht
(KG, Beschluss vom 25.11.2024, 23 U 97/21) (LS) 581

Internationales Privatrecht

19. Zum Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ der Ehegatten im Sinne des Art. 8 der Rom III-VO bei Diplomatensstatus eines der Ehegatten
(EuGH, Urteil vom 20.03.2025, C-61/24) 581

Beurkundungs- und Notarrecht

20. Ankündigung des beabsichtigten Vollzugs mittels Vorbescheids und weiterer Vollzug bei ausbleibendem vorläufigen Rechtsschutz
(BGH, Beschluss vom 05.06.2025, V ZB 37/24) 589
mit Anmerkung **Lorenz** 592

21. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung durch den beurkundenden Notar bei „Firmenbestattungen“
(LG Lüneburg, Beschluss vom 27.03.2023, 6 Qs 33/22 720 Js 4897/20) 595

Kostenrecht

22. Kostentragungspflicht eines für den Notar nicht erkennbar geschäftsunfähigen Auftraggebers
(BGH, Beschluss vom 26.02.2025, IV ZB 37/24) 598

Öffentliches Recht

23. Nachweis des Nichtbestehens einer Genehmigungspflicht gemäß § 250 BauGB im Grundbuchverfahren
(OLG München, Beschluss vom 26.08.2024, 34 Wx 126/24e) 601
mit Anmerkung **Grziwotz** 603

Steuerrecht

24. Entgeltliche Ablösung eines Nießbrauchs an GmbH-Anteilen
(BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24) 605
mit Anmerkung **Trossen** 608

25. Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG bei Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine neu gegründete Kapitalgesellschaft
(BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 2/22) 610
mit Anmerkung **Kugelmüller-Pugh** 613

SONSTIGES**615**

- Verfügung betr. Begriff der funktional wesentlichen Betriebsgrundlage i. S. d. § 6 Abs. 3 EStG bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben vom 08.10.2024,
LfSt Bayern S 2180.2.1-10/13 St32 615

Tagungsbericht

- Velten:** „Testamentsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen Bindung und Ermessen – Grundlinien und aktuelle Entwicklungen“ 617

- Klett:** Tagung der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg zum Recht der Dienstbarkeiten 620

- Veranstaltungshinweise** 622

- Neuerscheinungen** 626

Freiheit versus Faktum

Brasilianisches Recht in der deutschen notariellen Praxis – Teil 1: Familien- und Erbrecht

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

Deutschland und Brasilien sind sowohl wirtschaftlich als auch gesellschaftlich eng miteinander verflochten. Das geht nicht zuletzt auf die starke deutsche Auswanderung nach Brasilien im 19. und 20. Jahrhundert zurück.¹ Vor diesem Hintergrund ist es nicht unwahrscheinlich, als deutscher Notar einen Sachverhalt gestalten zu müssen, der eine Berührung zu Brasilien aufweist. Für diese Fälle will der vorliegende Beitrag eine Hilfestellung bieten. Es sollen ausgewählte brasilianische Rechtsinstitute in ihrer Relevanz für die deutsche notarielle Praxis dargestellt werden. Dabei geht es auch darum, zu Fragen des Kollisionsrechts und Parallelproblemen im deutschen Recht Stellung zu nehmen. Der rote Faden, der immer wieder dabei hilft, deutsches und brasilianisches Recht zu unterscheiden, ist die Dichotomie von Freiheit und Faktum: Während das deutsche materielle Recht der Privatautonomie mehr Raum lässt, überwiegt im brasilianischen Recht das sozialpolitische Ziele verwirklichende Faktum.² Der vorliegende Teil 1 des Beitrags beschäftigt sich mit den Bereichen des Familien- und Erbrechts. Teil 2 wird das Sachen-, Vollmachts- und Gesellschaftsrecht behandeln.

I. Familienrecht

Ausländische Güterstände spielen bei allen notariellen Veräußerungsvorgängen mit Auslandsberührung eine Rolle. Im Folgenden sollen deshalb die Güterstände brasilianischen Rechts (1.) und ihre Anwendungsvoraussetzungen (2.) überblicksartig dargestellt werden.

1. Die Güterstände

Befindet sich der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt von Ehegatten in Brasilien, gilt aus deutscher Sicht gemäß Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO unwandelbar³ brasilianisches Güterrecht. Die Verweisung erfasst gemäß Art. 32 EuGüVO nicht das brasilianische Internationale Privatrecht, sodass eine Rück- oder Weiterverweisung ausgeschlossen ist. Auch das brasilianische Recht würde allerdings unwandelbar an den ersten gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten anknüpfen.⁴

Es kommen sodann vier Güterstände in Betracht, die im Grundsatz auch mit Blick auf einzelne Vermögensgegenstände gewählt werden können.⁵ Bereits bei der Wahl des Güterstands zeigt sich allerdings, dass der Privatautonomie weniger Raum als in Deutschland eingeräumt wird: Die Modifikation des Güterstands *nach* Eheschließung ist eheverträglich, also außergerichtlich, nicht mehr möglich.⁶

a) Errungenschaftsgemeinschaft

Wie in vielen romanisch geprägten Rechtsordnungen ist in Brasilien der gesetzliche Güterstand derjenige der Errun-

* Der Autor ist derzeit an die Europäische Kommission abgeordnet. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder. Er basiert auf Erkenntnissen, die der Autor vom 01.12.2023 bis zum 15.01.2024 während seiner Auslandsstation im 14. Notariat von São Paulo des Notars (*Tabelão de notas*) Dr. *Paulo Tupinambá Vampré* gesammelt hat. Er ist diesem und insbesondere seinem Mitarbeiter (*Escrevente*) *Waldomiro Nogueira de Paula*, den er bei seiner täglichen Arbeit begleiten durfte, zum Dank verpflichtet. Sein Dank gilt außerdem Professor *Ivan Jacopetti do Lago*, dem Inhaber des 4. Grundbuchamts (*Registro de Imóveis*) von São Paulo, für Einblicke in seine Arbeit und Erläuterungen zum brasilianischen Recht.

1 Vgl. etwa *Klug*, *Tópicos* 1 (2024), S. 26.

2 Emblematisch hierfür ist es, dass die deutschen Lehrbücher zum BGB-AT im Wesentlichen der Rechtsgeschäftslehre gewidmet sind (vgl. nur *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Band 2: *Das Rechtsgeschäft*, 1965), während in Brasilien ein ebenso großer Raum das „juristische Faktum“ (*fato jurídico*) einnimmt (*Diniz*, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil* 1, 36. Ed. 2019, S. 427–628. Das Rechtsgeschäft ist hiervon nur ein Unterfall (S. 490–613).

3 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Looschelders, 9. Aufl. 2024, Art. 26 EuGüVO Rdnr. 10.

4 Art. 7 § 4 Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Dazu Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien*, Stand: 24.08.2022, S. 17.

5 Vgl. auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien*, S. 32.

6 Dies folgt aus Art. 1.639 Caput Código Civil (CC) sowie Art. 1.639 § 2 CC. Stattdessen bedarf es für nachträgliche Änderungen einer gerichtlichen Entscheidung, vgl. hierzu Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien*, S. 32.

genschaftsgemeinschaft (*regime de comunhão parcial*):⁷ Das während der Ehe Erworbene gehört beiden Ehegatten grundsätzlich zur gesamten Hand.⁸ Was durch Schenkung und Erbschaft erworben wurde,⁹ ist hiervon aber ausgenommen. Das Gleiche gilt – aus deutscher Sicht überraschend – für Arbeitseinkommen¹⁰ und Pensionsansprüche.¹¹ Die Gesamthand erstreckt sich ebenfalls auf Surrogate von Gegenständen, die der Gesamthand unterfallen.¹² Früchte sind Gesamtgut unabhängig davon, ob sie von Vorbehalts- oder Gesamtgut stammen.¹³ Die Verwaltung und die Verfügungsbefugnis obliegen jedem Ehegatten einzeln.¹⁴ Wichtige Ausnahmen bestehen jedoch für die Veräußerung und Belastung von Immobilien,¹⁵ für Bürgschaften¹⁶ und für Schenkungen.¹⁷ Hier ist die Zustimmung des jeweils anderen Ehegatten notwendig.

b) Gütertrennung

Neben dem Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft existiert in Brasilien der Güterstand der Gütertrennung (*regime de separação de bens*).¹⁸ Diesen Güterstand können die Ehegatten durch Ehevertrag wählen.¹⁹ In drei Fällen ist der Güterstand der Gütertrennung allerdings zwingender gesetzlicher Güterstand, was wiederum eine im Vergleich zur deutschen Rechtslage weitergehende Beschränkung der Privatautonomie darstellt. Gütertrennung ist erstens zwingend, wenn eine Ehe unter Missachtung gewisser vorläufiger Eheverbote geschlossen wird, die nicht zur Nichtigkeit der Ehe führen.²⁰ Diese Eheverbote betreffen (i) Witwer und Witwen, die Kinder mit dem verstorbenen Ehegatten haben, bevor sie ein Inventar der Erbschaft aufgestellt und die Teilung des Nachlasses erklärt haben,²¹ (ii) Witwen und Frauen, deren Ehe aufgelöst wurde, während einer Frist von

zehn Monaten ab dem Tod des Ehegatten bzw. der Auflösung der Ehe,²² (iii) geschiedene Ehegatten, ehe nicht die Auseinandersetzungserklärung betreffend das Gesamtgut abgegeben wurde,²³ und (iv) Vormünder und Betreuer sowie diesen nahestehende Personen, sofern sie eine Ehe mit dem Mündel bzw. Betreuten eingehen wollen und die Vormundschaft oder Pflegschaft nicht beendet ist und alle Rechnungen beglichen wurden.²⁴ Zweitens ist der Güterstand der Gütertrennung zwingend, wenn ein Ehegatte bei Eheschließung über siebzig Jahre alt ist.²⁵ Drittens schließlich besteht zwingend Gütertrennung, wenn eine Ehe unter Beteiligung eines Minderjährigen mit gerichtlicher Genehmigung geschlossen wird.²⁶ Durch die Anordnung der Gütertrennung bei aufschiebenden Eheverböten sollen grundsätzlich unübersichtliche Güterlagen verhindert werden. Bei der Zehnmonatsfrist geht es jedoch in erster Linie um den Schutz des neuen Ehegatten vor einem (indirekten) Vermögensverlust bei potenziell unklarer Vaterschaft. Auch bei der Anordnung von Gütertrennung hinsichtlich des Mündels und des Betreuten sowie generell bei Minderjährigen und über siebzig Jahre alten Ehegatten stehen Schutzerwägungen im Vordergrund: Es geht darum, den Mündel, den Betreuten, den Minderjährigen oder den über siebzig Jahre alten Ehegatten vor einem Vermögensverlust durch Gesamthands- oder Zugewinnsgemeinschaft zu schützen.²⁷ Oft dürfte durch die so vereinbarte Gütertrennung freilich gerade der schutzbedürftige Ehegatte benachteiligt werden, sei es der Minderjährige, der Mündel oder der Betreute, die wieder verheiratete Witwe oder der Ehegatte des über siebzig Jahre alten Ehegatten. Vor diesem Hintergrund hat der brasilianische Oberste BGH entschieden, dass in den Fällen der *gesetzlichen* Gütertrennung doch der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft hinsichtlich der Bildung von Vermögenswerten zur Anwendung kommt,²⁸ diese Entscheidung aber später auf Vermögenswerte, die auf dem Faktum gemeinsamer Arbeitsleistung beider Ehegatten beruhen, beschränkt.²⁹ Wählen die Ehegatten hingegen in Verstärkung der zwingenden gesetzlichen Anordnung den Güterstand der Gütertrennung,

7 Die maßgeblichen Regelungen finden sich in Art. 1.658–1.666 CC. Sein Charakter als gesetzlicher Güterstand folgt aus Art. 1.640 Caput CC. Hierzu auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 32 f.

8 Art. 1.658 CC.

9 Art. 1.659 Nr. I CC.

10 Art. 1.659 Nr. VI CC.

11 Art. 1.659 Nr. VII CC.

12 Art. 1.659 Nr. I CC a. E. und Art. 1.659 Nr. II CC.

13 Art. 1.660 Nr. V CC.

14 Art. 1.663 Caput CC.

15 Art. 1.647 Nr. I CC. Die Ausnahme erfasst auch die Prozessführung mit Blick auf dingliche Rechte an Immobilien (Art. 1.647 Nr. II CC).

16 Art. 1.647 Nr. III CC.

17 Art. 1.647 Nr. IV CC. Art. 1.647 Parágrafo único CC enthält eine Ausnahme für Hochzeitsgeschenke an Kinder, wenn diese heiraten oder einen getrennten Haushalt begründen.

18 Art. Art. 1.687 f. CC. Hierzu auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 34.

19 Art. 1.653–1.657 CC.

20 Art. 1.641 Nr. I CC.

21 Art. 1.523 Nr. I CC.

22 Art. 1.523 Nr. II CC.

23 Art. 1.523 Nr. III CC.

24 Art. 1.523 Nr. IV CC.

25 Art. 1.641 Nr. II CC.

26 Art. 1.641 Nr. III CC.

27 Zu diesen Schutzgedanken auch STJ, REsp 1922347/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão quarta turma, julgado em 07.12.2021, DJe 01.02.2022 (unter Punkt 3 m. w. N. und Punkt 7).

28 Supremo Tribunal Federal (STF), Súmula 377.

29 STJ, Embargos de Divergência n° 1.623.858/MG, 18.03.2018 (gemeinsame Arbeitsleistung erforderlich und nicht zu vermuten); EREsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23.05.2018, DJe 30/05/2018). Bzgl. der *união estável* (dazu unten, Text zu Fn. 49–96) auch EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26.08.2015, DJe 21.09.2015; ebenso: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, CEP 01501-900, 20.01.2023.

kommt diese Billigkeitsrechtsprechung nicht zur Anwendung.³⁰ Anders gewendet: Die auf Billigkeitsrechtsprechung beruhende, sog. faktische Errungenschaftsgemeinschaft ist dispositiv. Die Regeln dieser faktischen Errungenschaftsgemeinschaft bringt ein brasilianisches Gericht als Schutzinstrument im Übrigen auch dann zur Anwendung, wenn eigentlich ausländisches Ehegüterrecht anwendbar ist und dieses ausländische Recht als gesetzlichen Güterstand denjenigen der Gütertrennung vorsieht.³¹ Sie sind allerdings nicht als Teil des *ordre public*,³² sondern als materielle Eingriffsnormen anzusehen. Eine weitere Ausnahme von dem zwingenden Güterstand der Gütertrennung besteht dann, wenn die Eheschließung zwar nach Überschreiten der Altersgrenze erfolgt, eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft aber bereits davor eingegangen wurde. Dann können die Parteien vertraglich die Fortgeltung der Errungenschaftsgemeinschaft anordnen, die die zuvor bestehende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft geprägt hat.³³ Mit dieser Ausnahme wird die sogleich näher darzustellende Gleichstellung der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft mit der Ehe verwirklicht.³⁴

c) Gütergemeinschaft

Neben der Errungenschaftsgemeinschaft und der Gütertrennung können die Ehegatten auch den Güterstand der vollen Gütergemeinschaft (*regime de comunhão universal*) wählen.³⁵ Schenkungen und Erbschaften sind hier nur Vorbehaltsgut, wenn dies bei Schenkung oder im Testament unter Beachtung der jeweils für die Transaktion einschlägigen Formvorschriften durch eine sog. *clausula de incomunicabilidade* angeordnet wurde.³⁶ Im Übrigen sind neben den mit einem Fideikommiss belasteten Sachen³⁷ wiederum das Arbeitseinkommen³⁸ und Rentenansprüche³⁹ Vorbehaltsgut. Für die Verwaltung des Vorbehaltsguts gelten die Regeln der Errungenschaftsgemeinschaft:⁴⁰ Jeder Ehegatte ist also allein Verfügungsbefugt, es sei denn, es geht um die Veräußerung oder Belastung von Immobilien, um Bürgschaften oder um Schenkungen.

d) Zugewinnngemeinschaft

Schließlich stellt das Gesetz den in der Praxis wenig verwendeten Wahlgüterstand der Zugewinnngemeinschaft (*regime de participação final nos aquestos*) bereit.⁴¹ Wie im deutschen Recht auch bleiben die einzelnen Vermögensgegenstände während der Ehe dinglich dem jeweiligen Ehegatten als Allein- oder Miteigentümer zugeordnet. Erbschaften und Schenkungen werden nicht zum Zugewinn gerechnet.⁴² Der Ausgleich des Zugewinns erfolgt allerdings nicht wie in Deutschland durch einen Geldanspruch (§ 1378 BGB), sondern durch einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Hälfte der Vermögensgegenstände.⁴³ Lediglich für den Fall, dass sich ein Vermögensgegenstand nicht entsprechend aufteilen lässt, entsteht ein Geldanspruch.⁴⁴ Zwar kennt das brasilianische Recht keine dem deutschen § 1365 BGB entsprechende Regelung. Allerdings greift auch beim Wahlgüterstand der Zugewinnngemeinschaft die Vorschrift, die bei einer Veräußerung oder Belastung von Immobilien, bei Bürgschaften und bei Schenkungen die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangt.⁴⁵

Aus der Sicht der deutschen notariellen Praxis ergibt sich somit: Treten unter brasilianischem Ehegüterrecht verheiratete Ehegatten als Veräußerer im Rahmen einer Immobilientransaktion auf, so ist die Zustimmung des anderen Ehegatten einzuholen, wenn nicht ehevertraglich Gütertrennung vereinbart wurde oder bei gesetzlicher Gütertrennung feststeht, dass die Immobilie nicht auf der Arbeitskraft bei der Ehegatten beruht. Werden andere Vermögenswerte veräußert, etwa Gesellschaftsanteile, so kann ein Ehegatte allein verfügen. Auf die im Übrigen im Gesellschaftsrecht bestehenden Besonderheiten wird in Teil 2 dieses Beitrags einzugehen sein.

2. Anwendungsvoraussetzungen des Ehegüterrechts

Das brasilianische Familienrecht kennt zwei „Eintrittskarten“ in das Ehegüterrecht: Die Eheschließung und die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft (*união estável*). Ihr Vorliegen ist ggf. als Vorfrage zur Beurteilung des Güterstands zu klären.

a) Eheschließung

Dass Güterrecht durch Eheschließung zur Anwendung gebracht wird, überrascht aus deutscher Sicht nicht. Nach dem für die Eheschließung maßgeblichen deutschen Kollisionsrecht (Art. 13, 4 EGBGB) sind Rück- und Weiterverweisungen zu beachten, sodass auch das brasilianische Kollisionsrecht zu prüfen sein kann. Hiernach sind bei einer Eheschließung in Brasilien ihre formellen und materiellen

30 Zu dieser Möglichkeit STJ, REsp 1922347/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão quarta turma, julgado em 07.12.2021, DJe 01/02/2022 (unter 8.).

31 Das war der Sachverhalt der ursprünglichen Entscheidung STF, Súmula 377.

32 So aber Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 17.

33 Dazu STJ, 16.12.2016 (geheime Entscheidung).

34 Dazu sogleich unten (Text zu Fn. 49-96).

35 Art. 1.667-1.671 CC. Hierzu auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 33 f.

36 Art. 1.668 Nr. I, IV CC.

37 Art. 1.668 Nr. II CC.

38 Art. 1.668 Nr. V CC i. V. m. Art. 1.659 Nr. VI.

39 Art. 1.668 Nr. V CC i. V. m. Art. 1.659 Nr. VII.

40 Art. 1.670 CC.

41 Art. 1.672-1.686 CC. Hierzu auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 34.

42 Art. 1.674 Abs. 2 CC.

43 Art. 1.672 CC.

44 Art. 1.684 CC.

45 Art. 1.647 CC.

Voraussetzungen nach brasilianischem Recht zu beurteilen.⁴⁶ Bei Eheschließungen im Ausland sind für die formellen Voraussetzungen die Ortsform, für die materiellen Voraussetzungen das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes der Verlobten maßgeblich.⁴⁷ Bei einer Heirat in Deutschland ist zu beachten, dass Brasilien kein Ehefähigkeitszeugnis im Sinne des § 1309 Abs. 1 BGB ausstellt und damit beim Präsidenten des OLG gemäß § 1309 Abs. 2 BGB eine Befreiung zu beantragen ist.⁴⁸

b) Auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft

Das brasilianische Ehegüterrecht kann jedoch auch durch das Faktum der auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zur Anwendung gebracht werden.⁴⁹ Die Grundzüge dieses Rechtsinstituts und seine IPR-rechtliche Behandlung aus deutscher Sicht werden im Folgenden dargestellt.

aa) Die Grundzüge des Instituts der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft

Die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft ist als Billigkeitsrechtsprechung entstanden, um Ausgleichsansprüche zwischen dauerhaft als Paar zusammenlebenden Personen zu gewähren, die nicht verheiratet sind. In der nach der Militärdiktatur verabschiedeten Verfassung wurde ein verfassungsrechtliches Gebot der Gleichbehandlung von ehelicher und nichtehelicher Lebensgemeinschaft aufgenommen.⁵⁰ Dies hat zur Kodifizierung der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft im Zivilgesetzbuch geführt.⁵¹ Notwendig ist (i) eine auf Dauer angelegte (*douradura*), (ii) ununterbrochene (*continuidade*) Verbindung zwischen zwei Perso-

nen⁵², (iii) das Auftreten als Paar im gesellschaftlichen Leben (*publicidade*) und (iv) das Ziel der Gründung einer Familie.⁵³ Ein zeitliches Minimum existiert nicht, sodass angesichts der schwer zu beurteilenden subjektiven Elemente in der Praxis ein Paar ab dem Zeitpunkt des Zusammenziehens⁵⁴ tendenziell als auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft behandelt wird.⁵⁵ Nicht der privatautonome Akt der Eheschließung, sondern das Faktum des Zusammenziehens⁵⁶ bringt somit die Wirkungen der Ehe im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft, einschließlich erbrechtlicher Konsequenzen, hervor.⁵⁷ Wie nach Eheschließung auch, so können die Lebenspartner ihren Güterstand durch Ehevertrag frei wählen. Auch ist es im Grundsatz möglich, die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft durch einen (in der Regel notariell beurkundeten) sog. Liebschaftsvertrag (*contrato de namoro*) auszuschließen.⁵⁸ Da aber dieser Liebschaftsvertrag wiederum durch das Faktum des dauerhaften Zusammenlebens überlagert werden kann,⁵⁹ ist er regelmäßig zu erneuern und wird in der Regel von vornherein befristet.⁶⁰ Zu beachten ist schließlich, dass die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft in verschiedenen Beziehungen gegenüber der Ehe privilegiert ist. So kann sie sogar dann entstehen, wenn bereits eine Ehe existiert, so-

46 Art. 7 § 1 LINDB.

47 Vgl. hierzu Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 15 f. m. w. N.

48 Allg. hierzu BeckOGK-BGB/Kriewald, Stand: 01.11.2024, § 1309 Rdnr. 49. Konkret zu den in dem Befreiungsverfahren beizubringenden Unterlagen vgl. die Gerichtstafel des OLG Bamberg, <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/oberlandesgerichte/bamberg/gerichtstafel.php> (zuletzt besucht am 17.08.2025) (unter Brasilien).

49 Zur Qualifikation als Faktum *de Salvo Venosa*, Direito Civil 5. Família, 18. Aufl. 2018, S. 43. Allg. hierzu Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 18 (zur IPR-Anknüpfung), S. 37–40 (zum Sachrecht).

50 Der ausdrückliche Schutz der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft findet sich in Art. 226 § 3 Constituição Federal von 1988 (CF).

51 Art. 1.723-1.727 CC. Der das Erbrecht abweichend von der Ehe regelnde Art. 1.790 CC wurde von STF vom 10.05.2017, RE 636.721 und RE 878.694 für verfassungswidrig erklärt, sodass nunmehr von einer (fast) vollständigen Gleichbehandlung von Ehe und auf Dauer angelegter Lebensgemeinschaft auszugehen ist. Zu den verbleibenden Unterschieden hinsichtlich des brasilianischen Sachrechts sogleich (Text zu Fn. 61-63).

52 Das Gesetz spricht noch von einer Verbindung zwischen Mann und Frau. Diese Beschränkung (zustimmend *de Salvo Venosa*, Direito Civil 5. Família, S. 46-49) wurde für verfassungswidrig erklärt (vgl. *ação direta de inconstitucionalidade* n° 4277, DJ 13.05.2011). Dazu auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 39 f.

53 Art. 1.723 Caput CC. Vgl. Auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 38; *Da Chuna Pereira/Berenice Dias*, Revista do Advogado 151 (2021), 144, 150 f.

54 Notwendiges Element ist das Zusammenleben aber nicht, vgl. nur *de Salvo Venosa*, Direito Civil 5. Família, S. 51 f. Vgl. ferner STF, Súmula 382.

55 Dass ein fünfjähriges Zusammenleben als Richtschnur für die Dauerhaftigkeit fungiere (so ohne Nachweis wohl auf Grundlage des früheren Rechts Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 38), lässt sich nicht bestätigen. Vielmehr wird immer wieder bekräftigt, dass es gerade keine Mindestdauer gibt, vgl. nur *Da Chuna Pereira/Berenice Dias*, Revista do Advogado 151 (2021), 144, 150; Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Stand: September 2019, Rdnr. 102; *de Salvo Venosa*, Direito Civil 5. Família, S. 44 f.

56 Zur Qualifikation der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft als *ato-fato jurídico* vgl. *Truzzi Otero/Copetti de Moura*, Revista do Advogado 151 (2021), 112, 113-121.

57 Art. 1.725 CC.

58 *Truzzi Otero/Copetti de Moura*, Revista do Advogado 151 (2021), 112, 119–121 (an der Wirksamkeit, eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zu verhindern, zweifelnd).

59 Vgl. hierzu auch *Truzzi Otero/Copetti de Moura*, Revista do Advogado 151 (2021), 112, 120 f.

60 In diese Richtung auch *Barbosa*, O que é e como fazer o contrato de namoro? (unter 5.3), <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-e-e-como-fazer-o-contrato-de-namoro/671105464> (zuletzt besucht am 27.10.2024).

lange nur der bereits verheiratete Partner in Trennung lebt.⁶¹ Außerdem ist nach Art. 1.725 CC als gesetzlicher Güterstand auf die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft stets derjenige der Errungenschaftsgemeinschaft anzuwenden; der Güterstand der zwingenden gesetzlichen Gütertrennung wird nicht in Bezug genommen.⁶² Nur bei vertraglicher Wahl eines anderen Güterstands kommt der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nicht zur Anwendung. Drittens schließlich kann ein ehelicher Güterstand nach Eheschließung nur noch gerichtlich modifiziert werden,⁶³ derjenige der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft hingegen selbst nach ihrer Entstehung auch durch Vertrag, wenn auch nur einmal.

bb) Qualifikation und Anknüpfung

Aus Sicht des deutschen Rechtsanwenders stellt sich – etwa, wie bereits erwähnt, als Vorfrage zur Beurteilung des Güterstands – die Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft als eine neben der Eheschließung stehenden „Eintrittskarte“ in das Eherecht. Diese ist bereits für registrierte eheähnliche Partnerschaften umstritten, für rein faktische Verbindungen aber völlig ungeklärt.

(1) Registrierte auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften

Unklar ist zunächst, ob die deklaratorisch registrierten, brasilianischen auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaften verfahrensrechtlich gemäß § 107 FamFG oder § 108 FamFG⁶⁴ anerkannt werden können. Zwar gibt es Tendenzen, auch deklaratorische Registrierungen insofern genü-

gen zu lassen.⁶⁵ Überzeugend ist es jedoch, bloß deklaratorische Registrierungen jedenfalls im deutschen autonomen Verfahrensrecht mangels eines der Rechts- oder Bestandskraft fähigen Inhalts nicht genügen zulassen, zumal sonst Rechtsschutzmöglichkeiten verloren zu gehen drohen.⁶⁶

Die sodann gebotene IPR-rechtliche Prüfung wird dadurch erschwert, dass das deutsche IPR verschiedengeschlechtliche Ehen einerseits (Art. 13 EGBGB) und Lebenspartnerschaften (Art. 17b Abs. 1–3 EGBGB) bzw. gleichgeschlechtliche Ehen (Art. 17b Abs. 4, 5 EGBGB) andererseits völlig unterschiedlich behandelt. Das ist mit Blick auf das Kohärenzgebot des Art. 3 Abs. 1 GG⁶⁷ bedenklich, zumal Art. 13 EGBGB eine gegenüber der Anwendung ausländischen Rechts zurückhaltende, Art. 17b EGBGB hingegen eine offene Grundtendenz zu entnehmen ist. Entsprechend diesem Spannungsverhältnis wird für die gleichgeschlechtliche, registrierte Partnerschaft zum Teil Art. 13 EGBGB (direkt oder analog) der Vorrang eingeräumt, überwiegend aber Art. 17b EGBGB (direkt oder analog) befürwortet.⁶⁸ Hier wird ebenfalls die (dem offenen Wortlaut nach mögliche) direkte Anwendung des Art. 17b Abs. 1 EGBGB vertreten, der zur Anknüpfung an den Registrierungsort führt.⁶⁹ Diese gegenüber der distributiven Anknüpfung des Art. 13 EGBGB modernere Kollisionsregel, die eine Spielart des Grundsatzes *lex loci celebrationis* darstellt, rechtfertigt sich u. a. aus der Bestrebung, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden. Seine Anwendung erscheint sowohl bei konstitutiven Registrierungen als auch bei solchen, die – wie in Brasilien – (fakultativ) deklaratorisch sind, als sachgerecht, weil in beiden Fällen mit der Registrierung die Überraschung der Beteiligten ausgeschlossen und Rechtsunsicherheit vermieden wird.

(2) Nicht registrierte auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften

Zwar werden rein faktische, nicht registrierte Verbindungen oft in die Nähe der deutschen nichtehelichen Lebensgemeinschaft gerückt und schuldrechtlich qualifiziert.⁷⁰ Das brasilianische Institut der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft hat aber als eigenständiges familienrechtliches

61 Art. 1.723 § 1, Hs. 2 CC erklärt ausdrücklich Art. 1.521 Nr. VI CC, der das Eheschließungsverbot für verheiratete Individuen enthält, bei Trennung nicht für anwendbar. Zunächst hatten die Untergerichte die entsprechende Norm unter Berufung auf Art. 226 § 3 CF sogar überschießend interpretiert und unabhängig von einer Trennung angewandt. Die Obergerichte haben dem jedoch, auch wenn es sich nicht um polyamoröse Beziehungen, sondern um sog. Parallelfamilien handelt, eine Absage erteilt (STF, 18.12.2020, RE 1.045.273/SE; STJ, 13.12.2018, REsp 1754008/RJ; DJe 01.03.2019; krit. zu dieser einschränkenden Rechtsprechung *Brasileiro/Girardi*, Revista do Advogado 151 (2021), 82, 88–90; darst. Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 38). Dabei stützen sie sich insbesondere auf Art. 1.727 CC, der das Vorliegen einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft bei Bestehen einer Ehe ohne Trennung verneint, und auf die eheliche Treuepflicht aus Art. 1.566 Nr. I CC. Daneben lässt sich das Bigamieverbot des Art. 235 Código Penal (CP) anführen.

62 Nahe liegt insofern auf den ersten Blick eine Rechtsfortbildung dahingehend, die zwingende Gütertrennung auch bei der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft zur Anwendung zu bringen und ihre Rechtsfolgen auf erbrechtliche Konsequenzen zu beschränken, freilich korrigiert um die Errungenschaftsgemeinschaft hinsichtlich gemeinsam erwirtschafteter Güter. Dies scheint aber nicht der Weg der Gerichte zu sein.

63 Dazu bereits oben, vgl. Art. 1.639 Caput CC.

64 Die h. M. scheint § 108 FamFG zu befürworten, vgl. BeckOK-FamFG/Sieghörtlner, Stand: 01.09.2025, § 107 FamFG Rdnr. 13 (m. w. N.).

65 Vgl. VG Berlin, BeckRS 2021, 13808 (Eheschließung in Syrien). Zum Unionsrecht auch EuGH, Urteil vom 15.11.2022, C-646/20 (Privatscheidung vor Standesbeamten in Italien).

66 So die wohl h. M., vgl. nur BeckOK-FamFG/Sieghörtlner, § 108 FamFG Rdnr. 30; Bender, NZG 2025, 51, 52 Rdnr. 4.

67 Zur Konstitutionalisierung des Kohärenzgebots Bender in Bauer/Köhler, Proportionality in Private Law, 2023, S. 63, 70–72.

68 Hierzu darst. MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 111–117 (m. w. N.).

69 So auch MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 115; BeckOGK-BGB/Repasi, Stand: 01.10.2020, Art. 17b EGBGB Rdnr. 22. Der Registrierungsort bringt dann die „engste Verbindung“ zum Ausdruck. Zur engsten Verbindung als Grundprinzip des deutschen Internationalen Privatrechts vgl. etwa monographisch Geisler, Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht, 2001.

70 In diese Richtung Grüneberg/Thorn, 83. Aufl. 2024, Art. 13 EGBGB Rdnr. 5; Art. 17b Rdnr. 12.

Institut nichts mit der deutschen nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu tun. Es geht vielmehr aufgrund der grundsätzlichen⁷¹ Gleichstellung mit der Ehe weit über schuld- und gesellschaftsrechtliche Beziehungen hinaus, sodass es überzeugend erscheint, die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft familienrechtlich zu qualifizieren.⁷²

Innerhalb der familienrechtlichen Qualifikation wird wohl überwiegend eine selbstständige Anknüpfung der Entstehungsvoraussetzungen abgelehnt, weil es nicht um ein Statusverhältnis gehe. Der Bestand der rein faktischen, auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft wird danach vielmehr unselbstständig bei der Anknüpfung der einzelnen Wirkungen mitbehandelt, wobei wiederum streitig ist, ob eine Gesamtanalogie zu Art. 14 f. EGBGB zu bilden ist oder einheitlich an die ungeschriebene Anknüpfungsregel des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts anzuknüpfen ist.⁷³ Dies überzeugt allerdings nicht, weil die brasilianische auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft durch die ehedgleichen Wirkungen durchaus als Status (Rechtsfolge) anzusehen ist, der durch ein Faktum (Tatbestand) hervorgebracht wird.⁷⁴

Für die eigenständige Anknüpfung bietet sich zunächst Art. 13 EGBGB an, dessen restriktive Schutztendenz gerade bei rein faktischen Verbindungen eine gewisse Berechtigung hat. Allerdings stünde die Ausdehnung des Art. 13 EGBGB in einem Widerspruch zur Wertung des moderneren⁷⁵ Art. 17b EGBGB, zumal die registrierten, auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaften der Ehe näherstehen als rein faktische Verbindungen. Eine entsprechende Anwendung von Art. 13 Abs. 1 EGBGB würde außerdem dazu führen, dass bei Beteiligung eines Deutschen oder eines anderen Beteiligten, dessen Heimatrechtsordnung das Institut nicht kennt,⁷⁶ die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft

von vornherein zu versagen wäre,⁷⁷ obwohl die Partner unter Umständen über Jahrzehnte auf ihren Bestand vertraut haben.⁷⁸

Eine Anknüpfung gem. Art. 17b EGBGB ist hingegen schwierig, weil diese Norm in der Registrierung das zentrale Anknüpfungsmoment sieht, an der es bei rein faktischen Verbindungen gerade fehlt. Ein Gleichlauf mit den Wertungen des Art. 17b EGBGB lässt sich aber dadurch erzielen, dass die Registrierung im Rahmen der Analogie durch die faktische Verwirklichung des Tatbestands ersetzt wird. Auch hierfür lässt sich ein positivrechtlicher Anknüpfungspunkt finden, und zwar – auf den ersten Blick überraschend – im deliktischen Kollisionsrecht: Nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB kommt es im ebenfalls auf Realakte ausgerichteten Deliktsrecht auf den Handlungs- oder Erfolgsort (*lex loci delicti*) an. Übertragen auf den Realakt der rein faktischen, auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist also auch hier auf den Ort des tatsächlichen Handelns, also der Tatbestandsverwirklichung, abzustellen. Das Faktum des durch subjektive Elemente qualifizierten Zusammenlebens tritt an die Stelle der privatautonomen, rechtsgeschäftlichen Eheschließung bzw. Registrierung.⁷⁹ Das wiederum läuft zwar im Wesentlichen auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt als eigentändiges bzw. in Analogie zu Art. 14 EGBGB entwickeltes Anknüpfungsmoment hinaus, wie es auf der Ebene der einzelnen Ehewirkungen bei unselbstständiger Anknüpfung des Bestands erörtert wird.⁸⁰ Für das den allgemeinen Wirkungen vorgelagerte, punktuelle Faktum der „Begründung“ erscheint aber Art. 40 EGBGB als sachnäher, weil auch dieser den Rechtsfolgen von Realakten gewidmet ist.

cc) Unwandelbarkeit

Die Anknüpfung hinsichtlich des Bestands der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist als unwandelbar anzusehen: Der „Eintritt“ in das Ehegüterrecht kann also nicht

71 Zu den Unterschieden vgl. bereits oben (Text zu Fn. 61–63).

72 So auch die wohl h. M., vgl. BeckOK-BGB/Heiderhoff, Stand: 01.08.2025, Art. 17b EGBGB Rdnr. 25; MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 127 Buschbaum, RNotZ 2010, 149, 152 f. (jeweils m. v. N.).

73 So insb. MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBG Rdnr. 124, 127 (argumentierend, es stünde „nicht der Status, sondern die Faktizität der Gemeinschaft“ im Vordergrund und die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt befürwortend); Buschbaum, RNotZ 2010, 149, 156 f. (die Gesamtanalogie befürwortend).

74 In Richtung eines selbstständigen Begründungsstatuts hingegen auch Sonnenberger in FS Coester-Waltjen, 2015, 787, 795, 809.

75 Vgl. etwa auch Coester-Waltjen, IPRax 2021, 29, die *de lege ferenda* die Ersetzung des Art. 13 EGBGB durch den Grundsatz *lex loci celebrationis* fordert.

76 Die „faktische Ehe“, die sog. *common law marriage*, existiert auch in manchen US-Bundesstaaten noch, hat aber deutlich restriktivere Voraussetzungen. Zu dieser vgl. etwa Thomas, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers 22 (2009), 151; Black, University of Cincinnati Law Review 2 (1928), 113.

77 Zu diesem Argument MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 115. Bei rein faktischen Verbindungen wird Art. 13 EGBGB in der Kommentarliteratur ebenfalls abgelehnt, vgl. nur BeckOGK-BGB/Rentsch, Art. 13 EGBGB Rdnr. 31.1; MünchKomm-BGB/Coester, Art. 13 EGBGB Rdnr. 9 sowie Art. 17b EGBG Rdnr. 124 f.; Grüneberg/Thorn, Art. 13 EGBGB Rdnr. 5.

78 Das Argument, die Partner hätten gerade keine Ehe gewollt (so im Rahmen der Argumentation gegen Art. 13 EGBGB MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 113) ist problematisch, denn sie können die Eheschließung gerade im Vertrauen auf die durch auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft begründeten, gleichen Rechtsfolgen unterlassen haben. Allg. zur Bedeutung des Status quo im Entscheidungsverhalten vgl. Samuelson/Zeckhauser, Journal of Risk and Uncertainty 1 (1988), 7; Kahneman/Knetsch/Thaler, Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193, 19.

79 Insofern auch MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 127, die – wie hier – einen „auf die Fakten abstellenden Anknüpfungspunkt“ fordert, diesen allerdings nur im Rahmen der unselbstständigen Anknüpfung verwirklichen will.

80 BeckOK-BGB/Mörsdorf, Art. 13 EGBGB Rdnr. 19 (den Analogiegedanken betonend); MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 128 (ungeschriebene Anknüpfung nach dem gewöhnlichen Aufenthalt).

mehr verloren gehen. Dies folgt für den Anwendungsbereich registrierter auf Dauer angelegter Lebenspartnerschaften bereits aus dem Tatbestandsmerkmal des „Bestands“ in Art. 17b Abs. 1 EGBGB⁸¹ – auch Art. 17b Abs. 3 EGBGB kann nicht dazu führen, dass eine einmal registrierte Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht, sondern nur dazu, dass für ihre Wirkungen ein anderes Recht gilt.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der nicht registrierten, rein faktischen auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaften, deren Bestand sich nach Art. 17b EGBGB analog i. V. m. dem Rechtsgedanken des Art. 40 EGBGB beurteilt, folgt die Unwandelbarkeit ebenfalls aus Art. 17b EGBGB oder bereits aus dem Umstand, dass an die Tatbestandsverwirklichung angeknüpft wird und der dadurch erworbene Status – genauso wie ein einmal erworbener deliktischer Schadensersatzanspruch – nicht mehr verloren gehen kann.

dd) Sach- oder Gesamtnormverweisung und potenzielle Eingriffsnorm

Die Anknüpfung analog Art. 17b Abs. 1 EGBGB führt zu einer Sachnormverweisung.⁸² Der dem Rechtsgedanken nach für die rein faktischen auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaften zur Anwendung kommende Art. 40 EGBGB ist zwar gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB als Gesamtnormverweisung konzipiert.⁸³ Allerdings wird er – wie dargelegt – nur herangezogen, um das Tatbestandsmerkmal der Registrierung zu ersetzen. Im Übrigen bleibt es bei den Regelungen des Art. 17b Abs. 1 EGBGB.

Selbst wenn Anknüpfungen vertreten werden, die – wie Art. 13 EGBGB oder Art. 14 EGBGB – zu einer Gesamtnormverweisung führen, ergeben sich mit Hinblick auf Brasilien keine Unterschiede, denn das brasilianische IPR nimmt die Verweisung für in Brasilien verwirklichte auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften an. Während dort früher eine gesellschaftsrechtliche⁸⁴ Qualifikation befürwortet wurde, wird heute überwiegend ebenfalls eine familienrechtliche Anknüpfung analog Art. 7 § 1 LINDB vertreten. Nach dieser familienrechtlichen Kollisionsnorm, die zu dem hier vertretenen Ansatz parallel läuft, kommt es auf den Ort der Tatbestandsverwirklichung, also des subjektiv qualifizierten Zusammenlebens, an.⁸⁵

81 Zur Unwandelbarkeit der Anknüpfung des Art. 17b EGBGB vorbehaltlich dessen Abs. 3 vgl. BeckOK-BGB/Heiderhoff, Art. 17b EGBGB Rdnr. 35.

82 MünchKomm-BGB/Coester, Art. 17b EGBGB Rdnr. 14.

83 Gleiches gilt für Art. 13 EGBGB und Art. 14 EGBGB, sofern diese Vorschriften für eine Analogie herangezogen würden.

84 Darst. Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 18. Denkbar wäre auch eine vertragliche Qualifikation gewesen.

85 So auch Bergmann/Ferid/Henrich/Schmidt, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Brasilien, S. 18; Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 46 (jeweils von der Anwendung familienrechtlicher Grundsätze sprechend und auf Art. 7 LINDB 1942 abstellend).

Bei der Rechtsberatung ist jedoch ggf. auch zu beachten, dass das Institut der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft von brasilianischen Gerichten unter Umständen als Eingriffsnorm zur Anwendung gebracht wird, mit der auch ein ausländischer Güterstand der Gütertrennung überlagert werden kann.⁸⁶

ee) Ordre public

Auf der letzten Stufe der Prüfung erlaubt der Ordre-Public-Vorbehalt eine Feinsteuerung der Ergebnisse. Zwar ist die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft nicht generell mit Blick auf Art. 6 GG ordre-public-widrig.⁸⁷ Allerdings kann gerade bei denjenigen Verbindungen, die nicht registriert werden, nur von kurzer Dauer sind und einen starken Inlandsbezug aufweisen, unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von „faktischen Zwangsehen“ ein Ordre-Public-Verstoß anzunehmen sein.⁸⁸

ff) Anknüpfung der Wirkungen der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft

Mit der Bejahung des Bestands der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist lediglich die „Eintrittskarte“ in das Güterrecht gegeben. Die güterrechtlichen Wirkungen sind – ebenso wie die weiteren Wirkungen – nach hier vertretener Ansicht gesondert anzuknüpfen. Da auf den Rechtsgedanken des Art. 40 EGBGB nur abgestellt wurde, um bei rein faktischen Verbindungen die Registrierung durch die Tatbestandsverwirklichung zu setzen, im Übrigen aber Art. 17b EGBGB als maßgeblich erachtet wird, ist diese Norm auch für die weiteren Wirkungen maßgeblich. Speziell für den Güterstand ist analog Art. 26 Abs. 1 EuPartVO ebenfalls auf die die Registrierung ersetzende Tatbestandsverwirklichung abzustellen.

Selbst wenn stattdessen eine Gesamtanalogie zu den Anknüpfungen der Ehwirkungen befürwortet, mithin also für den Güterstand eine analoge Anwendung der EuGüVO favorisiert würde, dürften beide Grundanknüpfungen (die Registrierung ersetzende Tatbestandsverwirklichung analog Art. 26 Abs. 1 EuPartVO und der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt analog Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO) regelmäßig auf dieselbe Rechtsordnung verweisen, weil in Brasilien die Begründung der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft gerade wesentlich vom Zusammenziehen abhängt.

Vor diesem Hintergrund folgt aus dem Rechtsinstitut der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft für die deutsche notarielle Praxis, dass bei Paaren mit Bezug zu Brasilien die Verneinung der Frage nach einer Heirat die Ermittlung des Güterstands nicht beenden darf. Haben die Beteiligten

86 Dazu bereits oben (Text zu Fn. 31 f.).

87 Ein dahingehendes „Abstandsgebot“ dürfte auf der Grundlage von BVerfG, Beschluss vom 07.07.2009, 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 abzulehnen sein. In diese Richtung auch BeckOGK-BGB/Rentsch, Art. 13 EGBGB Rdnr. 31.1.

88 Zur Ordre-Public-Widrigkeit von klassischen Zwangsehen vgl. etwa MünchKomm-BGB/Coester, Art. 13 EGBGB Rdnr. 48; BeckOGK-BGB/Rentsch, Art. 13 EGBGB Rdnr. 64–66.

nämlich in Brasilien zusammengelebt und sind sie sodann nach Deutschland gezogen, ist es nicht auszuschließen, dass Gerichte sie als verheiratet oder verpartnert behandeln. Weisen die güterrechtlichen Kollisionsnormen ebenfalls nach Brasilien, so sind vorbehaltlich einer Rechtswahl die Regelungen der Errungenschaftsgemeinschaft anzuwenden.

II. Erbrecht

Auch das Recht, zu vererben, und die Hoffnung, zu erben, sind in Brasilien in geringerem Maße der privatautonomen Gestaltung zugänglich als in Deutschland.

Aus der maßgeblichen Perspektive des unionalen Kollisionsrechts kommt es im Grundsatz für das auf die Erbfolge anwendbare Recht auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (Art. 21 EuErbVO) bzw. für das auf Testament (Art. 24 EuErbVO) und Erbvertrag (Art. 25 EuErbVO) anwendbare Recht auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten an, die die maßgeblichen erbrechtlichen Rechtsgeschäfte vornehmen. Ist der gewöhnliche Aufenthalt im maßgeblichen Zeitpunkt in Brasilien, so ist brasilianisches Recht anzuwenden (Art. 20 EuErbVO), wobei im Grundsatz Rück- und Weiterverweisungen zu beachten sind (Art. 34 EuErbVO). Formfragen sind aus deutscher Sicht gemäß Art. 1 HTestformÜ anzuknüpfen, obwohl Brasilien nicht Vertragsstaat ist (Art. 6 HTestformÜ).⁸⁹

Das brasilianische Kollisionsrecht stellt für das auf die Erbschaft anwendbare Recht auf den letzten Wohnsitz des Erblassers ab.⁹⁰ Für das auf Testamente anwendbare Recht kommt es auf den Wohnsitz im Zeitpunkt der Errichtung an; Formfragen – insbesondere das auch bei einem notariellen Testament bestehende Zeugenerfordernis⁹¹ – unterliegen dem Errichtungsstatut.⁹² Hierbei handelt es sich um Sachnormverweisungen.⁹³ Zu beachten sind im Übrigen zwei Sondervorschriften: Erstens werden in Brasilien belegene Güter ausländischer Staatsangehöriger zugunsten brasilianischer überlebender Ehegatten oder Abkömmlinge nach

brasilianischem Erbrecht vererbt, sofern dieses günstiger ist als das eigentlich zur Anwendung berufene Recht.⁹⁴ Zweitens regelt das Recht des Wohnsitzes der Erben ihre Fähigkeit, zu erben.⁹⁵

1. Freiheit des Erblassers

Sowohl mit Blick auf die inhaltlichen Möglichkeiten der Testamentsgestaltung (a) als auch mit Blick auf die zur Verfügung stehenden erbrechtlichen Instrumente (b) geht die Freiheit des Erblassers in Deutschland weiter als in Brasilien.

a) Die inhaltlichen Möglichkeiten der Testamentsgestaltung

Die geringere Bedeutung der Privatautonomie in Brasilien im Hinblick auf die inhaltliche Testamentsgestaltung lässt sich sowohl anhand des Vermächtnis- als auch des Noterbrechts, insbesondere aber anhand der Erbverbote und der Vor- und Nacherbschaft nachweisen.

aa) Vermächtnis

Zwar mag die in Brasilien bestehende Möglichkeit, durch Vindikationslegat Vermächtnisnehmern Gegenstände mit dinglicher Wirkung zuzuweisen,⁹⁶ auf den ersten Blick als eine Erweiterung der Erbfreiheit angesehen werden. Da aber auch in Brasilien die Erben Besitz am Nachlass ergreifen, erfordert auch das Vindikationslegat eine Erfüllungshandlung der Erben,⁹⁷ sodass die praktischen Unterschiede gering sind. Bei näherer Betrachtung ist im Gegenteil sogar die Stellung des deutschen Vermächtnisnehmers stärker. Ist der Vermächtnisnehmer nämlich wertmäßig an der Erfüllung der Pflichtteilsansprüche zu beteiligen (§ 2318 Abs. 1 BGB), so kann der Vermächtnisnehmer diese Pflicht durch Zahlung eines Geldbetrags an die Erben erfüllen und den zugewiesenen Gegenstand, etwa ein Grundstück, behalten.⁹⁸ In Brasilien hat bei teilbaren Grundstücken hingegen

89 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 6 HTestformÜ Rdnr. 1.

90 Art. 10 Caput LINDB 1943. Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 21 f. Der IPR-rechtliche Grundsatz der Nachlassseinheit wird allerdings nicht in den international-verfahrensrechtlichen Zuständigkeitsregeln gespiegelt, nach denen brasilianische Gerichte für im Inland belegene Güter zuständig sind, vgl. hierzu Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 13.

91 Zum Zeugenerfordernis vgl. 1.864 CC ff. und etwa Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 119. Dass in Deutschland im Normalfall keine Zeugen notwendig sind, weist einmal mehr auf die größere Bedeutung der Privatautonomie hin.

92 Zu beiden ungeschriebenen Anknüpfungsregeln Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 25, 31 f.

93 Art. 16 LINDB 1943. Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 14.

94 Art. 10 § 1 LINDB 1943 (einfachgesetzliche Umsetzung von Art. 5 XXI CF). Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 23 f. Diese Kollisionsnorm steht in der Nähe zum *ordre public* und Eingriffsnormen.

95 Art. 10 § 2 LINDB 1943. Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 31a.

96 Zu dieser besonderen Singularsukzession vgl. Art. 1.923 Caput CC sowie Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 154 f.

97 Vgl. Art. 1.923 § 1 CC sowie Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 155. Bei einem Gattungsvermächtnis geht sogar nicht einmal das Eigentum mit Erbfall über, da eine Konkretisierung erforderlich ist, vgl. Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 156.

98 Lediglich dann, wenn der Vermächtnisnehmer nicht willig oder fähig ist, zu zahlen, kann der Erbe den Vermächtnisgegenstand behalten und den gekürzten Wertbetrag an den Vermächtnisnehmer auszahlen (vgl. BeckOGK-BGB/Reisnecker, Stand: 01.12.2024, § 2318 Rdnr. 17).

eine Realteilung zu erfolgen, wenn diese möglich ist.⁹⁹ Sofern die Realteilung nicht möglich ist, gilt Folgendes: Übersteigt der Kürzungsbetrag ein Viertel des Grundstückswerts,¹⁰⁰ so hat der Vermächtnisnehmer nur einen Zahlungsanspruch.¹⁰¹ Die privatautonome, gegenständliche Zuweisung des Erblassers wird also zugunsten des Faktums der besonderen persönlichen Bindung der Noterben¹⁰² zum Erblasser nicht beachtet. Lediglich dann, wenn der Kürzungsbetrag hinter einem Viertel zurückbleibt, kann der Vermächtnisnehmer den Ausgleichsgegenstand – wie in Deutschland – behalten und zahlen.¹⁰³

Im Übrigen gibt es in Brasilien – anders als in Deutschland – weder ein Universal- oder Quotenvermächtnis¹⁰⁴ noch ein Vermächtnis von zu erwerbenden Gütern.¹⁰⁵ Die jenseits der dinglichen Zuordnung erfolgende Verpflichtung zur Herausgabe eines Teils der Erbschaft oder des Erwerbs eines Gegenstands ist durch Auflage zu lösen.¹⁰⁶

bb) Noterbrecht

Nach brasilianischem Recht lässt sich über die Hälfte des Nachlasses nicht testamentarisch verfügen, sofern Noterben vorhanden sind, zu denen Nachkommen, Vorfahren und Ehegatten zählen.¹⁰⁷ Diese Hälfte wird vielmehr nach gesetzlichem Erbrecht vererbt.¹⁰⁸ Etwaige das Zwangserbrecht beeinträchtigende letztwillige Verfügungen werden

durch Reduzierung (*redução*) gekürzt.¹⁰⁹ Das funktionale Äquivalent des Noterbrechts in der deutschen Rechtsordnung ist das Pflichtteilsrecht, das der Freiheit des Erblassers mehr Raum lässt.

Zum einen werden in Brasilien die Noterben dinglich am Nachlass beteiligt,¹¹⁰ was wiederum den Erblasserwillen, der auf den dinglich-gegenständlichen Ausschluss gerichtet sein kann, zugunsten der Noterben zurücksetzt. Allerdings kann der Erblasser über Vermächtnisse die gegenständliche Zuordnung der wertmäßigen Hälfte des Nachlasses beeinflussen¹¹¹ und selbst hinsichtlich des nicht disponiblen Teils Anordnungen treffen, sofern ein im Testament anzugebender wichtiger Grund vorliegt,¹¹² der wiederum nur bei wichtigem Grund, der durch Gericht festzustellen ist,¹¹³ vom Noterben ignoriert werden darf. Hierzu gehören die Anordnung der Unveräußerlichkeit (*inalienabilidade*)¹¹⁴ und Unpfändbarkeit (*impenhorabilidade*) auf Lebenszeit des Erben sowie die Anordnung, den Gegenstand nicht bei der Auseinandersetzung des Güterstands des Erben zu berücksichtigen (*incommunicabilidade*).¹¹⁵ Dass hierdurch der vom Noterbrecht erfasste Gegenstand an Wert verliert, bleibt außer Betracht.

99 Art. 1.968 Caput CC; Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 179.

100 Vergleichsgrößen sind Kürzungsbetrag und Grundstückswert. Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 179 stellt im Widerspruch zu Art. 1.968 § 1 auf Vermächtniswert und Grundstückswert ab, die aber grundsätzlich im Verhältnis 1:1 stehen, weil Vermächtnisgegenstand das Grundstück ist.

101 Art. 1.968 § 1 Hs. 1 CC.

102 Hierzu sogleich (Text zu Fn. 116–127).

103 Art. 1.968 § 1 Hs. 2 CC.

104 Gonçalves, Direito Civil Brasileiro 7. Direito das Sucessões, 6. Aufl. 2012, S. 359.

105 Art. 1.912 und Art. 1.916, Hs. 1 CC. Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 156. Es besteht allerdings die Möglichkeit, einen Erben oder Vermächtnisnehmer mit der Herausgabe ihm gehörender Sachen zu belasten, vgl. Art. 1.913 CC.

106 Zur Auflage, basierend auf Art. 1.897 CC, Gonçalves, Direito Civil Brasileiro 7. Direito das Sucessões, S. 342–348.

107 Zum Kreis der Noterben Art. 1.845 CC. Allg. zum Noterbrecht Art. 1.845–1.850 CC; Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 170 ff.

108 Allg. zum differenzierten System der gesetzlichen Erbfolge Art. 1.829–1.844 CC.

109 Art. 1.967 § 1 CC. Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 179. Schenkungen zu Lebzeiten müssen sich die Noterben nach dem Institut der *colação* anrechnen lassen (Art. 2.002 ff. CC), wobei aufgrund eines Normwiderspruchs zwischen Zivilgesetzbuch und Zivilprozessgesetzbuch umstritten ist, ob der Wert zum Zeitpunkt der Schenkung (so Art. 2.004 CC) oder zum Zeitpunkt der Ausgleichung (Art. 639 Código de Processo Civil [CPC], vormalig Art. 1.014 CPC) anzusetzen ist. Für aktuellen Wert und Korrektur des Art. 2.004 CC wohl die h. M., vgl. Amorim/Oliveira, Inventários e Partilhas. Direito das Sucessões. Teoria e Prática. 22. Aufl. 2009. S. 377 f.; RTJ 88/544, 103/745, 110/1162; RT 550/79.

110 Vgl. nur Art. 1.784, 1.846 CC. Hierzu Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 170.

111 Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 172.

112 Art. 1.848 Caput CC. Da hierzu etwa auch die Erhaltung des Gegenstands für die Erben zählt (Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 172), ist hiermit keine wesentliche Einschränkung verbunden. Entsprechend großzügig kommen die nachfolgend genannten Klauseln in der brasilianischen Gestaltungspraxis zur Anwendung.

113 Art. 1.848 § 1 CC.

114 Ist ein Gut mit der Unveräußerlichkeit im Rahmen einer Schenkung unter Lebenden belastet, so ist keine Genehmigung einer einzelnen Veräußerung unter Beibehaltung der Einschränkung im Übrigen möglich. Vielmehr kann auf die Klausel nur insgesamt verzichtet werden. Im Übrigen ist eine Veräußerung ohne Verzicht bei gerichtlicher Genehmigung mit der Folge möglich, dass dann das Surrogat von der Klausel erfasst wird.

115 Zu den genannten Klauseln Art. 1.848 Caput CC sowie Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 172–172d und sogleich (Text zu Fn. 155 f.).

Zum anderen ist der Kreis der Noterbberechtigten nach brasilianischem Recht in zwei Punkten weiter als der Kreis der Pflichtteilsberechtigten nach deutschem Recht: Erfasst werden in aufsteigender Linie nicht nur die Eltern, sondern alle Aszendenten, also beispielsweise auch die Großeltern oder Urgroßeltern, sofern diese noch leben.¹¹⁶ § 2303 Abs. 2 Hs. 1 BGB beschränkt das Aszendentenpflichtteilsrecht hingegen auf die Eltern. Zudem sind die Partner einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft wie Ehegatten als Noterben anzusehen.¹¹⁷ Hinzu kommt der Umstand, dass in Brasilien der Güterstand nicht nachträglich vertraglich modifiziert werden kann und somit potenziell auch weniger Gestaltungsspielraum mit Blick auf Umgehungsstrategien besteht.¹¹⁸

cc) Berufsverbote

Unterschiede bestehen auch mit Blick auf etwaige Berufsverbote.¹¹⁹ In Deutschland trifft ein derartiges relatives Verbot lediglich Träger, Leitung, Angestellte und sonstige Mitarbeiter eines Pflegeheims (§ 14 HeimG), Betreuer (§ 30 BtOG)¹²⁰ sowie den Urkundsnotar und dessen Angehörige (§ 27 i. V. m. § 7 BeurkG). Zeugen kommen in Deutschland nicht generell zum Einsatz (vgl. § 22 Abs. 1, § 25 BeurkG), sind dann aber bei Begünstigung aufgrund der Sollvorschriften § 26 Abs. 1 Nr. 2, § 27 BeurkG ebenfalls nicht zuzuziehen. Dieser Kreis ist in Brasilien in erster Linie weiter, weil Zeugen – anders als in Deutschland – generell (und nicht nur in beurkundungsrechtlichen Ausnahmefällen) sowie zu zweit zum Einsatz kommen, sodass mehr Personen von der Ausnahme erfasst werden.¹²¹ Auch sonstige Helfer bei der Niederschrift sowie neben deren Partnern deren gesamte aufsteigende Verwandte¹²² werden vom Ausschluss erfasst. Er ist andererseits aber auch enger, weil neben den aufsteigenden Verwandten nur Geschwister ausgenommen sind¹²³ und die Vorschrift speziell für Notare kein Mitwirkungsverbot bei Begünstigung eines Angehörigen enthält.¹²⁴ Der

zentrale Unterschied liegt allerdings im Verbot der Begünstigung des Liebhabers oder der Liebhaberin eines verheirateten Ehegatten, es sei denn, dass dieser bei Testamentserrichtung bereits seit mehr als fünf Jahren¹²⁵ und ohne Schuld vom Ehegatten getrennt lebt.¹²⁶ In Deutschland wird das sog. Geliebtentestament hingegen nach ganz überwiegender Ansicht nicht mehr per se als sittenwidrig betrachtet.¹²⁷

dd) Vor- und Nacherbschaft (Fideikommiss)

Auch die Möglichkeit der Vor- und Nacherbschaft, die in Brasilien mit dem Begriff des Fideikommisses bezeichnet wird,¹²⁸ wodurch sich aus deutscher Sicht die Nähe zwischen beiden Instituten zeigt, ist in Brasilien stark eingeschränkt. Sie ist grundsätzlich nur zugunsten noch nicht gezeugter Personen zulässig.¹²⁹ Lebt der Nacherbe im Todeszeitpunkt, so wird er sofort Eigentümer und der Vorerbe erhält ein Nießbrauchsrecht.¹³⁰ Lediglich im Fall, dass der Nacherbe im Todeszeitpunkt noch nicht geboren wurde, wird der Vorerbe treuhänderisch gebundener Eigentümer.¹³¹

Zusammenfassend gilt also: Soll ein Testament Wirkungen in Brasilien entfalten, so ist insbesondere bei Verfügungen zugunsten Geliebter, noch lebender Aszendenten und bei exzentrischen Testamentsgestaltungen Vorsicht geboten, um Schwierigkeiten und Überraschungen bei der Abwicklung zu minimieren.

b) Vererben nur durch einseitige Rechtsgeschäfte (instrumentelle Einschränkungen)

Besonders gravierend ist der Gegensatz zwischen Deutschland und Brasilien mit Blick auf den instrumentellen Rahmen. Abgesehen davon, dass die brasilianischen Testamentsformen insbesondere angesichts des Zeugenerfordernisses aufwendiger sind,¹³² stellt das deutsche Erbrecht

116 Art. 1.845 CC.

117 Vgl. Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 171; J. P. Schmidt, FamRZ 2017, 1117, 1117 Rdnr. 16. Hierfür spricht insbesondere, dass Art. 1.790 CC, der Unterschiede im gesetzlichen Erbrecht vorsah, von STF vom 10.05.2017, RE 636.721 und RE 878.694 für verfassungswidrig erklärt wurde. Hierzu bereits oben (Fn. 51).

118 Hierzu bereits oben (Text zu Fn. 6). Auch Schenkungen können reduziert werden, um das Noterbrecht zu erfüllen, beginnend bei der jüngsten Schenkung, vgl. Art. 1.847 Hs. 2 CC; Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 173, 179.

119 Art. 1.801 CC. Hierzu Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 70.

120 Rechtstechnisch wird durch § 30 BtOG jedoch nur eine Ausschlagungspflicht, nicht die Unwirksamkeit der testamentarischen Verfügung, begründet.

121 Art. 1.801 Nr. II CC. Zum Zeugenerfordernis bereits oben (Fn. 100).

122 Art. 1.801 Nr. I CC (allgemein).

123 Vgl. Art. 1.801 Nr. IV CC.

124 Art. 1.801 Nr. I CC.

125 Zeitpunkt ist interessanterweise nicht der Erbfall, sondern die Testamentserrichtung, vgl. *de Salvo Venosa*, *Direito Civil. Direito das Sucessões*, S. 199. Die Fünfjahresfrist scheint auf die Regelungen zur auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft nicht abgestimmt: Wenn nach faktischer Trennung schon vor fünf Jahren eine Partnerschaft entstehen kann, auf die die Regeln der Ehe anwendbar sind, inklusive des Noterbenrechts, und zwar unabhängig von einem etwaigen Verschulden, erscheint es unverständlich, warum der Testator nicht zugunsten eben dieser Person letztwillige Zuwendungen machen können soll.

126 Art. 1.801 Nr. III CC. Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 70 („Konkubinatspartner“).

127 Vgl. nur BeckOGK-BGB/Jakl, Stand: 01.08.2024, § 138 Rdnr. 572–581 (m. w. N. in Rdnr. 575 Fn. 825).

128 Art. 1.951–1.960 CC.

129 Art. 1.952 Caput CC.

130 Art. 1.952 Parágrafo único CC.

131 Zum treuhänderischen Charakter und der Vor- und Nacherbschaft allg. Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 167.

132 Für einen Überblick vgl. Art. 1.862 ff. CC und Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 119–133.

neben dem klassischen Testament das gemeinschaftliche Testament (§§ 2265 ff. BGB) und den Erbvertrag (§§ 1941, 2274 ff. BGB) zur Verfügung. In Brasilien sind hingegen Erbverträge als sog. *pacta corvina* unzulässig.¹³³ Grundlage dieser restriktiven Haltung ist eine Bestimmung im brasilianischen Zivilgesetzbuch, die alle Verträge über Erbschaften noch lebender Personen verbietet.¹³⁴ Gemeinschaftliche Testamente sind ebenfalls ausdrücklich verboten.¹³⁵ Auch die Bedingung einer letztwilligen Verfügung durch die eigene Begünstigung, durch die sich zwei getrennte Testamente verknüpfen ließen, führt zur Unwirksamkeit der jeweiligen Verfügung.¹³⁶ Wiederum zeigt sich hier der größere Spielraum privatautonomer Gestaltung¹³⁷ in der deutschen Rechtsordnung.

Zwar verstoßen in Deutschland errichtete Eheverträge und gemeinschaftliche Testamente wohl nicht mehr generell gegen den brasilianischen *ordre public*.¹³⁸ Allerdings richtet sich – ganz unabhängig von den Unsicherheiten der Qualifikation und Anknüpfung durch ein brasilianisches Gericht – die Zulässigkeit des Erbvertrags aus deutscher Perspektive kollisionsrechtlich nach Art. 25 EuErbVO, sodass selbst hiernach schon beide beteiligte Personen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland oder einem anderen Staat haben müssen, der von der Zulässigkeit von Erbverträgen

ausgeht.¹³⁹ Jenseits dieser Wirksamkeitsfragen dürften gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge zu Abwicklungsschwierigkeiten führen.¹⁴⁰ Soll ein Testament also in Brasilien Verwendung finden können, empfiehlt sich die Errichtung von zwei nicht verknüpften Einzeltestamenten.

2. Freiheit der Erben

Auch die Freiheit der Erben ist im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung erheblich eingeschränkt.

a) Erb- und Pflichtteilsverzicht

Besonders augenfällig ist der Umstand, dass vor Anfall der Erbschaft ein Verzicht auf das Noterbenrecht ebenso wenig möglich ist wie auf den disponiblen Teil der Erbschaft.¹⁴¹ Dies wird erneut auf die Vorschrift gestützt, die eine Verfügung über eine Erbschaft zu Lebzeiten der betreffenden Person verbietet.¹⁴² Der Zweck der Vorschrift, den Wunsch nach dem Tod einer anderen Person zu verhindern,¹⁴³ passt allerdings nicht, denn eine Person, die auf alles verzichtet, hat keinen Grund, den Tod der anderen Person zu wünschen. Dass sich diese Auslegung dennoch erhalten hat, dürfte seinen Grund in impliziten Schutzerwägungen zugunsten des Verzichtenden haben. In der brasilianischen Praxis wird die Unmöglichkeit des Verzichts insbesondere bei Ehegatten als Problem empfunden. Deshalb wird gerade hier eine Ausnahme vom weit verstandenen Verbot der *pacta corvina* diskutiert.¹⁴⁴ Wiederum ergibt sich ein größerer Spielraum der Privatautonomie in Deutschland, der unmittelbar die Erben betrifft, mittelbar aber auch den Erblasser, der gerade durch das Institut des Pflichtteilsverzichts weit mehr Gestaltungsspielraum erhält. Da Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge dem materiellen Erbstatut zuzurechnen sind, ist bei Anwendbarkeit des brasilianischen Erbrechts Zurückhaltung geboten.

b) Verpflichtende Auseinandersetzung

Eine weitere Einschränkung der Privatautonomie der Erben besteht in der Pflicht zur Auseinandersetzung: Während in Deutschland die Erbengemeinschaft ohne Auseinandersetzung fortbestehen kann, müssen die Erben in Brasilien die Auseinandersetzung innerhalb von zwei Monaten vorgenommen haben.¹⁴⁵ Ab diesem Zeitpunkt ist die Erbschaft-

133 Hierzu auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 113.

134 Art. 426 CC. Es sei mithin unmoralisch, aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Bindung den Tod einer Person zu wünschen, vgl. hierzu Novaes Hironaka/Fernando Simão, Revista do Advogado 151 (2021), 45, 54. Die Vorschrift stimmt in ihrem Wortlaut mit § 311b Abs. 4 Satz 1 BGB überein, wird allerdings vollkommen anders ausgelegt. Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 113 nennt zwei Ausnahmen: (i) Die Ausnahme der „Teilung zu Lebzeiten“ (Art. 2.018 CC) ist als Sachverhalt der vorweggenommenen Erbfolge funktional allerdings dem Schenkungsrecht zuzuordnen und damit eigentlich keine Ausnahme. (ii) Die zweite Ausnahme, die auf der Annahme beruht, nach brasilianischem Recht seien bindende Verfügungen von Todes wegen in einem Ehevertrag möglich, gibt in dieser Pauschalität m. E. nicht die h. M. in Brasilien wieder. Diskutiert wird lediglich die Zulässigkeit des gegenseitigen Erbverzichts in Eheverträgen (hierzu sogleich [Text zu Fn. 153]).

135 Art. 1.863 CC (allgemeines Verbot des gemeinsamen Testaments).

136 Art. 1.900 Nr. I CC. Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 113 spricht hier von wechselbezüglichen Verfügungen, wobei der Begriff nicht im Sinne des § 2270 BGB zu verstehen sein dürfte, sondern lediglich die gegenseitige Bedingtheit zum Ausdruck bringt.

137 Die Möglichkeit zur Bindung als Ausfluss der Souveränität wurde insbesondere im Völkerrecht konzeptualisiert, vgl. etwa Hunter, Denver Journal of International Law & Policy 44 (2015), 521, 529.

138 Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 15.

139 Zur Anwendbarkeit des hypothetischen Erbstatuts (und nicht etwa des Formstatuts) auch Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 113a.

140 Ebenfalls hiervon abratend Ferid/Fischer/Dörner/Hausmann/Nordmeier, Internationales Erbrecht. Band II. Brasilien, Rdnr. 15.

141 Da Brasilien kein Pflichtteilsrecht, sondern ein Noterbenrecht kennt, geht es immer um den vollständigen oder teilweisen Verzicht auf die Erbschaft.

142 Art. 426 CC.

143 Hierzu bereits oben (Fn. 143).

144 *De lege lata* ablehnend, aber zumindest *de lege ferenda* befürwortend Novaes Hironaka/Fernando Simão, Revista do Advogado 151 (2021), 45, 54 f.

145 Art. 611 CPC.

steuer fällig. Die Sanktion nicht erfolgter Auseinandersetzung ist der steuerrechtliche Verzugszins.

c) Verfügungsbeschränkung

Vielleicht der bedeutendste Unterschied besteht in der Möglichkeit des Erblassers, im Testament die Unpfändbarkeit (*impenhorabilidade*) und Unveräußerlichkeit (*inalienabilidade*) eines Vermögensgegenstands auf Lebzeiten des Empfängers anzuordnen. Dies ist – wie bereits erwähnt – sogar bei Gütern möglich, die vom Noterbenrecht erfasst werden.¹⁴⁶ Diese minimale Erweiterung der Macht des Testators schränkt die Verfügungsmacht der Erben stark ein. Es besteht – anders als bei Schenkungen, wo dieser Mechanismus auch möglich ist – nicht die Möglichkeit des Veräußerers, auf die Klausel nach Vornahme des Vermögenstransfers zu verzichten, weil es sich um eine Verfügung von Todes wegen handelt. Die Wirkungen dieses Instituts sind somit denjenigen des klassischen, neofeudalen Fideikommisses ähnlich, durch den aristokratische Familien wesentliche Güter der kapitalistischen Güterzirkulation und der Kreditgrundlage entzogen haben.¹⁴⁷ Verstärkt wird dieses Phänomen noch durch das Institut des Familienguts (*bem de família*), durch das ein Haus dem Vollstreckungszugriff von Gläubigern entzogen werden kann.¹⁴⁸ Der geringe Pro-

zentsatz an Land, das in Brasilien als Kreditgrundlage verwendet wird, und der hohe Prozentsatz in Deutschland sowie die damit korrelierenden Kosten für Kredit lassen sich sicherlich auch auf diese neofeudalen Veräußerungsstrukturen zurückführen. Freilich handelt es sich hierbei nur um einen Faktor. Weitere Gründe sind die Schwäche der brasilianischen, klassischen Hypothek, die in der Praxis fast vollständig durch die Sicherungsübereignung (*alienação fiduciária*) von Grundbesitz ersetzt worden ist,¹⁴⁹ und die in Teil 2 des Beitrags darzustellende, fehlende Formalisierung des Grundbesitzes.

¹⁴⁶ Hierzu bereits oben (Text zu Fn. 121-124).

¹⁴⁷ Zum Familienfideikommiss grundlegend Bayer, Sukzession und Freiheit. Historische Voraussetzungen der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen um das Institut der Familienfideikommiss im 18. und 19. Jahrhundert, 1999.

¹⁴⁸ Art. 1.711-1.722 CC. Dazu *de Salvo Venosa*, Direito Civil. Direito das Sucessões, S. 457-479. Dadurch wird es möglich, das Familienheim, solange sein Wert ein Drittel des Vermögens nicht überschreitet, für unangreifbar und unveräußerlich zu erklären (Art. 1.711 f. CC). Nach Art. 1, 5 Lei 8009 (1990) wird bei mehreren Wohngebäuden das Wohngrundstück mit dem geringeren Wert geschützt. Weite Verbreitung hat dieses Institut nicht erfahren, weil es armen, schutzwürdigen Familien den Zugang zu Kredit abschneidet (dazu *de Salvo Venosa*, Direito Civil. Direito das Sucessões, S. 460, 463, 466) und ohnehin leicht die Drittelgrenze erreicht ist. Der quasiaristokratischen Oberschicht, die keine Schwierigkeiten hat, an Kredit zu kommen, scheint es aber wie das europäische Fideikommiss des 19. Jahrhunderts hinreichend gute Dienste zu erweisen, dass es noch nicht abgeschafft und unter dem Deckmantel sozialer Gesetzgebung (ebenfalls an der Ehrlichkeit des sozialen Zwecks zweifelnd *de Salvo Venosa*, Direito Civil. Direito das Sucessões, S. 463) eingeführt wurde. Die zum Teil gepriesene US-Staaten-Gesetzgebung (*homestead acts*) (hierzu *ders.*, Direito Civil. Direito das Sucessões, S. 457 f.) hat zumindest so niedrige absolute Kappungsgrenzen, dass sie nicht für große Vermögen zur Anwendung kommen und das anachronistische Institut weitgehend entwertet haben.

¹⁴⁹ Mit der Lei n° 9.514/1997 wurde die *alienação fiduciária* auch für Grundstücke ermöglicht (Definition in Art. 22 dieses Gesetzes). Mit der Lei. n° 14.711/2023 (*Novo Marco Legal das Garantias*) wurde nunmehr die außergerichtliche Vollstreckung durch das Register selbst ermöglicht (Art. 6 dieses Gesetzes), die angesichts der langen gerichtlichen Verfahrensdauer, etwa bei der Vollstreckung einer Hypothek, die Kreditsicherung entscheidend verbessert hat. Rechtsvergleichend-monographisch zur Sicherungsübereignung im brasilianischen Recht *Aschenbrenner*, Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht, 2014.

Aktuelles zur Gestaltung von (Unternehmer-)Eheverträgen

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des KG vom 19.07.2024, 16 UF 39/22,

MittBayNot 2025, 140

Von Notar Dr. **Jonas Bühler**, Neu-Ulm



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Die Entscheidung des KG behandelt – vor dem Hintergrund einer Beteiligung einer ausländischen Staatsangehörigen und dem Vorliegen eines (kleinen) Unternehmens des Ehemanns – mehrere Kernaspekte der Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen. Zudem wird auf die (Schutz-)Behauptung eingegangen, man habe die in der notariellen Urkunde festgestellte Sprachkenntnis nicht gehabt.

Viele Ausführungen des Gerichts sind zutreffend und für die notarielle Praxis hilfreich. Jedoch ist insbesondere der lehrbuchartig gehaltene Prüfungsmaßstab, der im zweiten Leitsatz der Entscheidung postuliert wird, kritisch zu hinterfragen. Die Entscheidung bietet auch darüber hinaus Anlass, aktuelle Entwicklungen zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen darzustellen und die Auswirkungen für die notarielle Praxis und Urkundsgestaltung zu beleuchten.

I. Sachverhalt der Entscheidung

Die spätere Ehefrau ist thailändische Staatsangehörige und verfügte über ein monatliches Einkommen, das 72-87 % des damaligen thailändischen Monatsdurchschnittseinkommens entsprach. Sie war geschieden und hatte eine im Jahr 2004 geborene Tochter. Im Jahr 2010, kurz nachdem die Ehefrau nach Deutschland zum späteren Ehemann gezogen war, wurde die Ehe geschlossen. Im April 2011 wurde ein gemeinsamer Sohn geboren. Im Mai 2011 kam auch die Tochter der Ehefrau nach Deutschland und wurde vom Ehemann in den gemeinsamen Haushalt aufgenommen und versorgt. Der Ehemann war zum Zeitpunkt der Eheschließung angestellter Geschäftsführer in seiner GmbH und verdiente ca. 1700 € im Monat.

Am Tag vor der Eheschließung wurde ein Ehevertrag geschlossen. Bei der Beurkundung wurde eine im Büro des Notars beschäftigte Rechtsanwaltsfachangestellte als Dolmetscherin hinzugezogen. In dem Ehevertrag haben die Beteiligten u. a. den Zugewinnausgleich bei Scheidung der Ehe sowie den Versorgungsausgleich ausgeschlossen.

Auf nachehelichen Unterhalt wurde wechselseitig verzichtet mit Ausnahme des nachehelichen Unterhalts wegen der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder und wegen Alters: Diese beiden Tatbestände wurden der Höhe nach auf einen indexierten Höchstbetrag von 900 €/Monat bzw. von 250 €/Monat begrenzt, falls ein Ehegatte seinen Lebensmittelpunkt nach Thailand verlegen sollte. Die Dauer eines

Betreuungsunterhaltsanspruchs wurde auf das zehnte Lebensjahr des jüngsten Kindes und im Fall von Altersunterhalt auf eine Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft der Scheidung begrenzt.

Zudem verpflichtete sich der Ehemann zur Zahlung einer Abfindung an die Ehefrau i. H. v. 250 €/Monat, gerechnet ab dem 49. Monat nach Eheschließung bis einschließlich des Monats, in dem der Scheidungsantrag rechtshängig wird oder der Ehemann Rente bezieht. Sofern aus der Ehe gemeinsame Kinder hervorgehen sollten, war die Abfindungssumme ab dem Monat der Geburt des Kindes zu berechnen.

Überdies wurden – hier nicht weiter zu vertiefende – Regelungen für den Fall getroffen, dass ein Beteiligter nach Thailand übersiedeln sollte.

Die Ehefrau forderte nach der Scheidung Auskunft in Bezug auf den Zugewinn des Ehemanns. Sie trug vor, dass sie die thailändische Amtssprache, in die übersetzt worden war, nicht verstanden habe, da sie nur einen thailändischen Dialekt (Isan) beherrsche. Ferner sei der Ehevertrag sittenwidrig.

II. Entscheidung des KG

Das KG schloss sich der Rechtsauffassung des AG an und hielt den Ehevertrag für wirksam.

1. Angebliche Unkenntnis der Sprache

Zunächst¹ wird dargelegt, dass der Notar die Feststellungen nach § 16 BeurkG ordnungsgemäß getroffen hatte. Der Einwand, die thailändische Amtssprache wäre nicht verstanden worden, sei nicht nachvollziehbar, da der Notar sich eine eigene Überzeugung gebildet und vermerkt habe, dass die Ehefrau thailändisch spreche. In der Urkunde sei keine Rede davon, dass sie nur den Dialekt des Isan beherrsche. Die Feststellungen zu den thailändischen Sprachkenntnissen und deren Bejahung durch den Notar müsse die Ehefrau gegen sich gelten lassen: Gerade wenn ihre Erklärung gegenüber dem Notar, thailändisch zu verstehen, nicht richtig gewesen sein sollte, sei es ihr verwehrt, aus ihren unzutreffenden Angaben eine Unwirksamkeit der Urkunde herzuleiten. Es sei nicht nachvollziehbar, warum sie hierauf in keiner Weise aufmerksam gemacht habe und den Ehevertrag gleichwohl unterzeichnet habe.

¹ Rdnr. 17-19 der besprochenen Entscheidung.

2. Wirksamkeitskontrolle

Sodann legt das KG dar, dass der Ehevertrag der Wirksamkeitskontrolle standhält.²

Das KG hebt hervor, dass der Zugewinnausgleich nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählt und Vereinbarungen hierzu daher grundsätzlich nicht zu beanstanden sind. Insofern wird auch das Ziel, den Bestand eines Unternehmens nicht zu gefährden, als sachgerechte Gestaltung und legitimes Ziel anerkannt.³ Etwas unpräzise wird aber der Schluss gezogen, dass sich hieraus keine Ausnutzung einer ungleichen Verhandlungsposition ableiten lasse – dies hat mit der objektiven Prüfung der einseitigen Lastenverteilung nichts zu tun und ist eine nachgelagerte Frage (dazu unten III. 2.).⁴

Zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs wird zwar festgehalten, dass dieser grundsätzlich „kritisch“, jedoch im vorliegenden Fall geboten und für die Ehefrau vorteilhaft war, da nur sie nach dem gemeinsam Plan Versorgungsanrechte erwirtschaften würde.

Zum Unterhaltsrecht wird dem Umstand besondere Beachtung geschenkt, dass mit dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt und dem Anspruch auf Unterhalt wegen Alters die auf den ersten beiden Stufen der Kernbereichslehre rangierenden Tatbestände vom Verzicht ausgenommen und nur mit einer maßvollen und indexierten höhenmäßigen Beschränkung versehen wurden. Der Unterhaltshöchstbetrag lag, basierend auf den damaligen Einkommensverhältnissen der Beteiligten, sogar über der Unterhaltsquote. Etwas apodiktisch wird darauf verwiesen, dass die Beteiligten das umgesetzt haben, was der Familienrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins im Jahr 2017 vorgeschlagen hatte und dass eine „Vereinbarung, die einem Gesetzgebungsvorschlag entspricht, (...) kaum sittenwidrig sein [kann]“.⁵

Sodann stützt das KG die Wirksamkeit des Ehevertrags noch darauf, dass die „verbleibenden Nachteile“ der Ehefrau in zweifacher Hinsicht kompensiert wurden: Zum einen durch den Ausschluss des Versorgungsausgleichs, der nur zu ihren Gunsten ging; zum anderen durch die Abfindungsleistung, die vor dem Hintergrund der Vermögensverhältnisse und dem Rückkehrwunsch nach Thailand angemessen gewesen sei.⁶ Hierzu lässt der Senat jedoch offen, welche relevanten „verbleibenden Nachteile“ er erkennen will. Im Rahmen einer „vorzunehmenden Gesamtabwägung“ sei sodann noch zu berücksichtigen, dass der Ehemann neben

der Ehefrau noch deren einseitige Tochter versorgt habe; dies gleiche das wirtschaftliche Gefälle aus.⁷

Das bloße Berufen auf die „Sittenwidrigkeit des Ehevertrags“ hielt das KG nicht für ausreichend, um überhaupt in die Prüfung der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB einzusteigen.⁸ Diese müsse vielmehr (ausdrücklich) geltend gemacht werden. Das dürfte nicht mit der BGH-Rechtsprechung vereinbar sein: Dieser geht davon aus, dass der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle „prüfen muss“, inwieweit es einem Ehegatten verwehrt ist, sich auf die ihn begünstigende Regelung zu berufen, wenn der Ehevertrag einer Inhaltskontrolle standhält.⁹

III. Analyse und Folgerungen für die notarielle Praxis

1. Angebliches Nichtverständnis der (Übersetzungs-)Sprache

Der Notar ist bei einer Beurkundung verpflichtet, sich einen eigenen Eindruck hinsichtlich der Sprachkenntnisse der Beteiligten zu verschaffen.¹⁰ Das Nichtverständnis der Sprache führt – sofern nicht in der Urkunde trotz Feststellung der fehlenden Sprachkunde eine Übersetzung unterblieb (§ 16 Abs. 2 BeurkG) – nicht unmittelbar zur Unwirksamkeit. Eine solche kann nur bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrunds, etwa nach §§ 134, 138 BGB oder in Folge einer Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB, bestehen.¹¹

Das KG stellt klar, dass die Feststellungen zu den Sprachkenntnissen durch den Notar in der Urkunde grundsätzlich gelten und es dem Beteiligten verwehrt ist, aus der unzutreffenden Erklärung gegenüber dem Notar, eine Sprache zu verstehen, eine Unwirksamkeit der Urkunde herzuleiten.¹² Der hier besprochene Fall betraf zwar eine Konstellation mit Dolmetscher, bei der die Ehefrau später behauptete, die Sprache, in die übersetzt worden war, nicht verstanden zu haben. Gleiches dürfte aber gelten, wenn die Beteiligten bei der Beurkundung behaupten, der deutschen Sprache hinreichend mächtig zu sein, der Notar hiervon ebenfalls ausgeht und erst später das Nichtverständnis der deutschen Sprache gerügt wird, wie der Hinweis des KG auf

2 Rdnr. 20-34 der besprochenen Entscheidung.

3 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung; so auch BGH, Beschluss vom 15.03.2017, XII ZB 109/16, DNotZ 2017, 870 Rdnr. 36 und jüngst Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 11.

4 Man muss dem Senat zugutehalten, dass der BGH bei seinen Textbausteinen diese Aspekte ebenfalls nicht immer deutlich trennt, vgl. etwa BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 9.

5 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 29 f. der besprochenen Entscheidung.

7 Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung.

8 Rdnr. 34 der besprochenen Entscheidung.

9 Exemplarisch BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 243; vgl. hierzu auch Bühler, notar 2025, 123, 128.

10 Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2023, § 16 BeurkG Rdnr. 15; Grziwotz/Sauer/Heinemann/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 4. Aufl. 2024, § 16 Rdnr. 14.

11 BeckOK-BeurkG/Eble, 12. Ed. 2025, § 16 Rdnr. 5; Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 16 Rdnr. 4; Grziwotz/Sauer/Heinemann/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, § 16 Rdnr. 7; Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG mit NotAktVV und DONot, § 16 BeurkG Rdnr. 16; Würzburger Notarhandbuch/Limmer, 6. Aufl. 2022, Teil 1 Rdnr. 153.

12 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung mit Rekurs auf OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2019, 10 UF 26/19, NJOZ 2019, 1238 = NZFam 2019, 643.

das OLG Köln zeigt, welches genau diesen Fall entschieden hatte.¹³

Vor dem Hintergrund der Entscheidung könnte erwogen werden, entgegen der Empfehlung im Schrifttum, auf Hinweise zu bestehenden (positiven¹⁴) Sprachkenntnissen in der Urkunde stets zu verzichten,¹⁵ zu handeln und – über die Sollvorschrift des § 16 Abs. 1 BeurkG hinausgehend – auch Feststellungen zu den *positiven* Sprachkenntnissen mit in die Niederschrift aufzunehmen. Angesichts der Aussagen des KG wäre durch die (von der entsprechenden notariellen Überzeugung getragenen) Feststellungen der spätere Einwand, man habe die Urkunde nicht verstanden, wohl ausgeschlossen.¹⁶ Freilich darf der Notar die positive Sprachkenntnis eines Beteiligten aus berufs- und beurkundungsrechtlicher Sicht nur in die Urkunde aufnehmen, wenn er auch selbst von der Sprachkenntnis überzeugt ist.¹⁷ Beruft sich der Beteiligte dann jedoch darauf, nicht ausreichend gute Sprachkenntnisse gehabt zu haben, wäre dieser Einwand abgeschnitten. Ob der Einwand aber lediglich dann abgeschnitten ist, wenn die Feststellung zur positiven Sprachkenntnis auch in der Urkunde wiedergegeben wird, ist unklar;¹⁸ jedenfalls aber ist die Irrelevanz des Einwands dann deutlich einfacher nachzuweisen.

2. Wirksamkeitskontrolle

a) Zweigeteilte Prüfung und maßgeblicher Zeitpunkt

Die Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 Abs. 1 BGB wird zweigeteilt vorgenommen:¹⁹

- Einerseits werden alle Regelungen des Ehevertrags einer isolierten Prüfung unterzogen. Der restliche Ehevertrag wird in diesem Schritt ausgeblendet. Nur wenn eine einzelne Regelung schon für sich betrachtet derartig nachteilig ist, dass sie vor dem Hintergrund des Eheotyps und der konkreten Verhältnisse der Ehegatten

eine einseitige und nicht mehr gerechtfertigte (und nicht anderweitig kompensierte) Lastenverteilung zu Lasten eines Ehegatten darstellt, ist diese Klausel nichtig. Es ist noch nicht endgültig geklärt, ob bereits auf dieser Ebene zudem Imparität als subjektives Element erforderlich ist.²⁰ Eine salvatorische Klausel kann den restlichen Ehevertrag „retten“.

- Andererseits wird in einem nachgelagerten Schritt eine Gesamtwürdigung des Ehevertrags vorgenommen. Hierbei werden alle Regelungen daraufhin untersucht, ob gerade deren objektives Zusammenwirken erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt, ohne dass diese Nachteile hinreichend kompensiert werden. Um zu einer solchen Gesamtnichtigkeit zu gelangen, bedarf es neben der objektiven Benachteiligung unstreitig²¹ der Unterlegenheit des benachteiligten Ehegatten (Imparität). Liegt eine derartige Gesamtnichtigkeit vor, so ist der gesamte Ehevertrag unheilbar nichtig. Auch eine salvatorische Klausel hilft insofern nicht, da sie ihrerseits nur die vorliegende Imparität widerspiegeln würde.

Konkretisiert wird die Frage, ob eine einseitige, nicht mehr gerechtfertigte und nicht anderweitig kompensierte Lastenverteilung zu Lasten eines Ehegatten vorliegt, durch die Kernbereichslehre.²² Die Kernbereichslehre allein ist jedoch noch nicht ausreichend, um die Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung hinreichend beurteilen zu können. Der BGH hat daher eine „Lehre der ehebedingten Nachteile“ als Nebensäule zur Kernbereichslehre entwickelt.²³ Es bedarf im Ergebnis ehebedingter Nachteile bezüglich einer Regelung des Kernbereichs, um eine nicht mehr gerechtfertigte Lastenverteilung zu Lasten eines Ehegatten anzunehmen. Die besonderen Verhältnisse der Ehegatten und der Eheyp werden bei dieser Prüfung stets berücksichtigt. Zudem können bestehende Nachteile kompensiert werden.

13 OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2019, 10 UF 26/19, NJOZ 2019, 1238 Rdnr. 13 = NZFam 2019, 643; vgl. auch Beschluss vom 16.05.2001, 27 UF 282/00, RNotZ 2002, 457.

14 *Fehlende Sprachkenntnisse* sollen nach § 16 Abs. 1 BeurkG in die Urkunde aufgenommen werden; diese Sollvorgabe löst sodann die Muss-Vorschrift des § 16 Abs. 2 BeurkG aus, wonach die Beurkundung dann zur Wirksamkeit der Urkunde übersetzt werden muss. Zu dieser Systematik auch Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG mit NotAktVV und DONot, § 16 BeurkG Rdnr. 4 f.

15 Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG mit NotAktVV und DONot, § 16 BeurkG Rdnr. 16.

16 Der BGH hat bereits festgestellt, dass die falsche Beurkundung, ein Beteiligter sei einer Sprache mächtig, keine Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) darstellt, vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2001, 2 StR 88/01, NJW 2001, 3135.

17 Winkler, BeurkG, § 16 Rdnr. 9.

18 Auch das OLG Köln hatte wohl einen Fall zu entscheiden, bei dem die positive Sprachkenntnis in der Urkunde vermerkt war, vgl. OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2019, 10 UF 26/19, NJOZ 2019, 1238 Rdnr. 13.

19 Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen Bühler, DNotZ 2025, 110, 118 m. N.

20 Vgl. ausführlich Bühler, NZFam 2023, 145 m. N. Die Rechtsprechung insbesondere des BGH nimmt jedoch insofern eine rein objektive Prüfung vor, was auch dadurch belegt wird, dass der BGH eine salvatorische Klausel dann für maßgeblich hält, wenn sich ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellen lassen (BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, NJW 2013, 457 Rdnr. 31) – damit muss es Konstellationen geben, in denen auch ohne ungleiche Verhandlungspositionen eine Nichtigkeit besteht (vgl. auch Bühler, MittBayNot 2022, 307, 312; ders., NZFam 2023, 145, 147; ebenso BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, Stand: 01.08.2025, § 1408 Rdnr. 60; Milzer, NZFam 2020, 778; andere Interpretation der BGH-Rechtsprechung bei Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 6. Aufl. 2024, Kap. 2 Rdnr. 281; ebenso Reetz, GS Eickelberg, 363, 373).

21 Jüngst bestätigt durch BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 13.

22 Dazu Bergschneider/Wolf, NZFam 2018, 61, 62; BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rdnr. 27 ff.; aus der Rspr. insbesondere BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, NJW 2013, 380 Rdnr. 18 ff.

23 Vgl. dazu m. N. Bühler in Kölner Formularbuch Familienrecht, 2024, Kap. 4 Rdnr. 81 f.; BeckOK-BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rdnr. 20 ff.

Das KG geht zutreffend zunächst auf die separaten Regelungen des Ehevertrags ein und lehnt eine objektive Benachteiligung jeweils ab. Etwas undogmatisch wird es, wenn der Senat abschließend eine „Gesamtabwägung“ vornimmt, ohne näher zu konkretisieren, inwiefern sich diese in die vorangegangene Prüfung einfügt.²⁴ Richtigerweise wäre hier zu prüfen gewesen, ob gerade das Zusammenspiel der Regelungen des Ehevertrags eine evident einseitige Lastenverteilung der Ehefrau bewirkt hat und Imparität vorlag. Erst dann wäre weiter zu fragen, ob diese Nachteile hinreichend kompensiert wurden.

Selbstverständlich ist der vom KG erwähnte Umstand zu berücksichtigen, dass die Tochter der Antragstellerin vom Ehemann durchgängig versorgt wurde. Sofern dies bei Vertragsschluss bereits geplant oder vertraglich vereinbart ist, stellt dies eine zu berücksichtigende Besonderheit in den tatsächlichen und persönlichen Verhältnissen der Beteiligten bzw. eine Kompensation dar. Wenn das KG sodann auf den Ausgleich des wirtschaftlichen Gefälles zwischen den Ehegatten abstellt, bleibt im Dunkeln, warum dies relevant sein soll. Das wirtschaftliche Gefälle ist ein Anhaltspunkt für eine Imparität, die der Senat hier aber offenbar nicht prüft. Ein wirtschaftliches Gefälle begründet für sich noch keine einseitige Lastenverteilung.

Das KG kann an einigen Stellen der „Versuchung“, aus später eingetretenen Umständen eine Indizwirkung für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzuleiten,²⁵ leider nicht widerstehen, obgleich es selbst darlegt, dass für die Wirksamkeitskontrolle die späteren Verhältnisse außer Betracht zu lassen sind.²⁶ Der hier besprochene Beschluss lehrt wieder einmal, dass Regelungen aus dem absoluten Kernbereich der Scheidungsfolgen nur maßvoll beschränkt werden sollten. Gerade weil die Gerichte dazu tendieren, die Prüfungsmaßstäbe der Wirksamkeitskontrolle nicht immer im letzten Detail konsequent anzulegen, sollten die Regelungen des Ehevertrags nicht „auf Kante genäht“ sein.

Auf Basis präzise ermittelter wirtschaftlicher Verhältnisse lässt sich meist recht gut eruieren, ob ehebedingte Nachteile aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen für die Beteiligten drohen.²⁷ Ist dies nicht der Fall, so können auch Regelungen des absoluten Kernbereichs beschränkt oder ausgeschlossen werden – ein klassisches Beispiel ist die Ehe zweier Menschen, die keine Kinder bekommen oder adoptieren und weiterhin beide unverändert berufstätig sein wollen. In diesem Fall kann anerkanntermaßen auf

sämtliche Scheidungsfolgen verzichtet werden.²⁸ Freilich bleibt ein höheres Risiko der Ausübungskontrolle, sollten später doch Kinder geboren oder adoptiert werden und ein Ehegatte seine Berufstätigkeit zum Zwecke der Kinderbetreuung einschränken. Diese führt aber nur zu einem „Nachjustieren“ des Vertrags und nicht zu dessen Unwirksamkeit.²⁹

b) Prüfungsmaßstab und Kompensation

Bemerkenswert ist, dass das KG im zweiten Leitsatz geradezu lehrbuchartige Obersätze bildet und eine Art allgemeinen Prüfungsmaßstab – der jedoch in dieser Pauschalität kritikwürdig ist – formuliert. Das KG führt aus:

„Von einer Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags kann im Allgemeinen nicht ausgegangen werden, wenn:

a) der vereinbarte modifizierte Zugewinnausgleich, wonach (...) im Scheidungsfall kein Zugewinnausgleich erfolgen soll, dazu dient, im Scheidungsfall den Bestand des (kleinen) Unternehmens eines der beiden Ehegatten abzusichern, das für diesen Ehegatten dessen Lebensgrundlage und alleinige Altersvorsorge darstellt und dessen Bestand deshalb nicht durch eventuelle Ausgleichszahlungen gefährdet werden soll;

b) der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ausschließlich dem wirtschaftlich schwächeren Ehegatten zugutekommt (...);

c) der vereinbarte Ausschluss nachehelicher Unterhaltsansprüche die Unterhaltsansprüche wegen Kinderbetreuung und wegen Alters nach §§ 1570, 1571 BGB und damit solche Unterhaltsansprüche vom vereinbarten nachehelichen Unterhaltsverzicht ausnimmt, die nach der Kernbereichslehre des BGH an erster und zweiter Stelle rangieren. Dass die vom Unterhaltsausschluss ausgenommenen Unterhaltsansprüche im Hinblick auf Höhe und Dauer beschränkt werden, ist unschädlich, wenn die Beschränkung insgesamt maßvoll ausfällt und sich an den ‚Eckwerten‘ des früheren, bis zur Unterhaltsrechtsreform üblichen ‚Altersphasenmodells‘ orientiert;

d) die verbliebenen Nachteile aus dem Ehevertrag zugunsten des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten durch eine angemessene Abfindungsleistung kompensiert werden, deren Höhe sich an dem letzten, vom wirtschaftlich schwächeren Ehegatten unmittelbar vor der Eheschließung erzielten monatlichen Erwerbseinkommen orientiert und sich in einer Größenordnung von grob etwa 75 % des monatlichen Durchschnittseinkommens im Heimatland des betreffenden Ehegatten im Zeitpunkt des Ehevertragsabschlusses bewegt, wenn dieser Ehegatte – dem Ehevertrag zufolge – im Scheidungsfall beabsichtigt, in sein Heimatland zurückzukehren.“

24 Vgl. Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung.

25 Diese Tendenz ist in der Rechtsprechung häufig vorzufinden, vgl. hierzu *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 309 f. Der BGH hat jedoch jüngst erneut klargestellt, dass nur der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist, vgl. BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 9.

26 Vgl. Rdnr. 34 der besprochenen Entscheidung.

27 Vgl. hierzu auch *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 327 ff.; *Bühler* in *Kölner Formularbuch Familienrecht*, Kap. 4 Rdnr. 97 ff.

28 BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, NJW 2013, 380 Rdnr. 36 = MittBayNot 2013, 240, 243.

29 *Bergschneider/Wolf*, NZFam 2018, 254, 256.

Der Schutz des Unternehmens ist ein berechtigter Belang, der auch vom BGH so anerkannt wird.³⁰ Ebenso ist es richtig, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs eine Kompensationsleistung darstellt und geradezu geboten ist,³¹ wenn ein Ehegatte aufgrund einer selbstständigen Tätigkeit (voraussichtlich) keine Versorgungsansprüche erwerben wird. Unglücklich, da auf den falschen Zeitpunkt abstellend, ist der Klammerzusatz „und auch tatsächlich erworben hat“. Denn im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle verbietet sich ein Blick auf die späteren Verhältnisse.³²

In Bezug auf das Unterhaltsrecht ist es richtig, dass der Betreuungsunterhalt vom (kompensationslosen) Verzicht unbedingt ausgenommen werden sollte. Jedoch wird die Bedeutung des Alters- und Krankenunterhalts meines Erachtens zu hoch gehängt. Insofern kann auch ein vollständiger Verzicht erfolgen, wenn – zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – keine ehebedingten Nachteile ersichtlich sind.³³ Die Obersätze des KG lassen vermuten, dass Modifizierungen oder Verzichte in Bezug auf die §§ 1571, 1572 BGB insgesamt kaum möglich seien. Das ist in dieser Pauschalität abzulehnen. Da die § 1571 Nr. 2, § 1572 Nr. 2 BGB als Folgetatbestände zum Betreuungsunterhalt angesehen werden können,³⁴ sollten zwar diese Tatbestände gemeinsam mit dem Betreuungsunterhalt vom Verzicht ausgeklammert werden. Werden sie von einem Verzicht ausgeklammert, so sind aber auch in der Regel ehebedingte Nachteile nicht vorhanden, weshalb richtigerweise weitergehende Verzichte auf die übrigen Unterhaltstatbestände der §§ 1571, 1572 BGB möglich sind.

Richtig ist es ferner, dass eine maßvolle Beschränkung im Hinblick auf Höhe und Dauer auch der Unterhaltstatbestände, die dem absoluten Kernbereich zuzuordnen sind, grundsätzlich möglich ist. In Bezug auf den Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB sollte jedoch insofern größte Vorsicht das Credo des Vertragsgestalters sein.

Kritisch zu würdigen ist auch die Schlussfolgerung unter Buchstabe d), wonach „die verbliebenen Nachteile aus dem Ehevertrag“ durch eine angemessene Abfindungsleistung kompensiert werden sollen. Richtigerweise wäre im vorliegenden Fall eine Kompensationsleistung gar nicht notwendig gewesen. Eine Kompensation ist nur erforderlich, wenn im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle vor dem Hintergrund der persönlichen Verhältnissen der Beteiligten relevante

ehebedingte Nachteile aus dem *Kernbereich* der Scheidungsfolgen verbleiben, die sonst zur Unwirksamkeit des Ehevertrags führen würden. Hier hätte deutlicher werden sollen, dass wegen des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs zugunsten der Ehefrau und der grundsätzlichen Aufrechterhaltung des Betreuungsunterhalts (bei maßvollen Beschränkungen) schon gar keine objektive Benachteiligung und keine ehebedingten Nachteile der Ehefrau vorliegen, sodass eine Kompensation nicht erforderlich gewesen wäre. Eine solche hätte man – vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 28.05.2025 – allenfalls aufgrund der Rechtsfigur der Funktionsäquivalenz für notwendig erachten können (dazu unten Ziffer 3.). Werden jedoch keine ehebedingten Nachteile und damit keine einseitige Lastenverteilung festgestellt, so ist eine Kompensation überobligatorisch (wenngleich selbstverständlich nicht schädlich).

Hinsichtlich der Höhe der Kompensationsleistung ist es durchaus bemerkenswert, dass das KG den Rückkehrwunsch der Ehefrau berücksichtigt und eine für das wirtschaftliche Verhältnis des Heimatlandes akzeptable Höhe duldet. Verlassen sollte sich der vorsichtige Vertragsgestalter hierauf indes nicht. Zudem muss die Frage aufgeworfen werden, wie die Höhe der Kompensation zu beurteilen ist, wenn entgegen der Absicht der Beteiligten eine Rückkehr in das Heimatland letztlich nicht erfolgt. Da es für die Wirksamkeitskontrolle auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, wäre diese Vereinbarung bei einem (nur) zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rückkehrwunsch wirksam, jedoch wäre die Höhe der Kompensation ggf. mittels der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) zu korrigieren, wenn der Rückkehrwunsch später doch nicht in die Tat umgesetzt wird. In jedem Fall aber zutreffend ist, dass es für die Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf die konkreten ehebedingten Nachteile vor dem Hintergrund der Verhältnisse der Beteiligten ankommt – eine pauschale objektive Mindesthöhe einer Kompensation gibt es nicht.

c) Imparität bei ausländischen Ehegatten

Bei Eheverträgen ist im Falle der mangelnden Sprachkenntnis eines Beteiligten immer das Thema der Imparität im Blick zu behalten und Vorsicht angezeigt. Ist das Zusammenwirken der Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten ausgerichtet und liegt Imparität vor, so sind auf der zweiten Prüfungsstufe der Sittenwidrigkeitskontrolle alle Regelungen des Ehevertrags unheilbar nichtig (dazu oben).

Eine Beteiligung ausländischer Ehegatten, vor allem bei fehlendem Bleiberecht, kann das Vorliegen einer ungleichen Verhandlungsposition (Imparität) indizieren.³⁵ Selbiges gilt, wenn ein erhebliches Einkommens- und Vermögensgefälle vorliegt, das zu einer wirtschaftlichen und ggf.

30 Jüngst bestätigt, vgl. BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481.

31 *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 9 Rdnr. 56; *ders.*, DStR 2022, 781, 783; *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 315.

32 Vgl. BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361 Rdnr. 17; Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 9; *Bergschneider/Wolf*, NZFam 2018, 61, 63; *dies.*, NZFam 2018, 254.

33 Vgl. *Bühler* in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 48; vorsichtiger etwa *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 268.

34 *Bühler* in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 46.

35 BGH, Beschluss vom 17.05.2006, XII ZB 250/03, DNotZ 2006, 863 Rdnr. 14 („Tropenarzt-Entscheidung“, dazu *Born*, NJW 2017, 1886, 1887); Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 119/04, NJW 2007, 907 Rdnr. 18; Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, DNotZ 2018, 620 Rdnr. 21; *Bühler*, DNotZ 2025, 110, 120.

auch sozialen Abhängigkeit eines Ehegatten führt.³⁶ Jüngst hielt das OLG Zweibrücken die „Ausrichtung der beruflichen und persönlichen Planung an der Situation des Ehemanns“ als ein für die Imparität der Ehefrau maßgebliches Kriterium.³⁷ Mithin ist in den Fällen, in denen ein ausländischer Beteiligter, der wirtschaftlich (deutlich) schlechter gestellt ist als dessen (künftiger) Ehegatte und schlechte Sprachkenntnisse aufweist, nach Deutschland zieht und sich dem Lebensentwurf des deutschen Partners „unterwirft“, erhöhte Vorsicht angezeigt. Gerade hier sollte unbedingt Maß gehalten und es sollten Kompensationsleistungen vorgeschlagen werden, wenn Regelungen aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen modifiziert werden.

Das KG griff nicht weiter auf, dass als Dolmetscherin eine Notarangestellte fungiert hatte. Nur am Rande sei hierzu erwähnt, dass dies zwar für zulässig gehalten wird,³⁸ der Notar aber hier im Zweifel mit Zurückhaltung agieren sollte.

Die Beurkundung am Tag vor der Eheschließung wurde vom KG nicht weiter thematisiert. Es wird zwar in Rechtsprechung und Literatur mitunter für das Vorliegen von Imparität als maßgeblich angesehen, dass ein Ehegatte wegen eines „Last-Minute-Ehevertrags“ unter Druck gesetzt wurde.³⁹ Der BGH hat allerdings jüngst aus dem Abschluss eines Ehevertrags eine Woche vor der Eheschließung keine Imparität abgeleitet, weil rechtzeitig vorher ein Vertragsentwurf versandt worden war.⁴⁰

3. Funktionsäquivalenz

Das Thema Funktionsäquivalenz greift das KG nicht auf.

Dieser Konstellation liegt zugrunde, dass der wirtschaftlich schwächere Ehegatte, der seine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit zum Zwecke der Kinderbetreuung und/oder der Haushaltstätigkeiten einschränkt, während der Ehezeit Versorgungsanrechte im Sinne des VersAusglG erwirtschaftet, wohingegen der wirtschaftlich stärkere Ehegatte (meist, weil er selbstständig tätig ist) keine solchen Versorgungsanrechte erwirbt.

Der Versorgungsausgleich steht auf der zweiten Stufe der Kernbereichslehre.⁴¹ Er wirkt *unterhaltssichernd* („vorweg-

genommener Altersunterhalt“).⁴² Diese Schutzfunktion fällt jedoch weg, wenn der wirtschaftlich stärkere Ehegatte keine Versorgungsanrechte erwirbt. Nachdem aber der Zugewinnausgleich im Grundsatz nach ständiger Rechtsprechung kernbereichsfern ist und gerade bei Unternehmer-Eheverträgen zum Schutze des Bestands des Unternehmens ausgeschlossen bzw. modifiziert wird, wird schnell klar, welches Problem sich stellt: Muss der Grundsatz der Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs eine Einschränkung erfahren, wenn der wirtschaftlich stärkere, selbständige Ehegatte keine Versorgungsanrechte erwirtschaftet? Tritt also der Zugewinnausgleichsanspruch dann funktional an die Stelle des Versorgungsausgleichs (sog. Funktionsäquivalenz) und verliert dadurch seine Kernbereichsferne, wenn ehebedingte Versorgungsnachteile für den anderen Ehegatten vorhersehbar sind?⁴³

Der BGH hat in Entscheidungen aus den Jahren 2014 und 2018 postuliert, dass in Fällen der „Funktionsäquivalenz“ von Versorgungs- und Zugewinnausgleich ein „Hinübergreifen“ vom Bereich des Versorgungsausgleichs in den Bereich des Zugewinns in Betracht gezogen werden kann, wenn ein Ehegatte im Zuge der Haushaltsführung keine Versorgungsanrechte erworben hat, wohingegen der andere (als Unternehmer) seine Altersversorgung im Vermögensbereich organisiert hat, der wiederum durch Gütertrennung vom Ausgleich ausgenommen ist.⁴⁴ Dies kommt allerdings nur in „besonderen Sachverhaltskonstellationen“ in Betracht. Es kann dann „im Einzelfall geboten erscheinen, dem haushaltsführenden Ehegatten zum Ausgleich der entgangenen Versorgungsanrechte einen modifizierten Zugewinnausgleich zu gewähren“.⁴⁵ Damit hat die Funktionsäquivalenz in besonderen Sachverhaltskonstellationen Bedeutung für die *Ausübungskontrolle*.⁴⁶

Jüngst hat der BGH judiziert, dass die Funktionsäquivalenz im Rahmen der *Sittenwidrigkeitskontrolle* nach § 138 Abs. 1 BGB auch beim Unternehmerehevertrag nicht relevant wird, da der Zugewinnausgleich kernbereichsfern ist und ein überwiegendes Interesse des Unternehmer-Ehegatten besteht, das Vermögen seines selbstständigen Erwerbsbetriebes einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff seines Ehegatten im Scheidungsfall zu entziehen und damit nicht nur für sich, sondern auch für die Familie die

36 BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, NJW 2014, 1101 Rdnr. 41 m. N.; Bühler, DNotZ 2025, 110, 120.

37 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.06.2024, 2 UF 166/23, DNotZ 2025, 110 R. 40; krit. hierzu Bühler, DNotZ 2025, 110, 122.

38 Beck'sches Notar-Handbuch/Zimmerman/Pogorzelski, 8. Aufl. 2024, § 28 Rdnr. 36.

39 Mayer, FPR 2004, 363, 369; für eine Beachtlichkeit OLG Koblenz, Urteil vom 04.02.2003, 11 UF 371/02, RNotZ 2003, 522, DNotI-Report 2003, 101; anders OLG Celle, Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20, NJOZ 2022, 39 Rdnr. 52; vgl. die Nachweise bei Bühler in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 117 und Rdnr. 119.

40 BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481.

41 Bergschneider/Wolf, NZFam 2018, 61, 62; aus der Rspr. etwa BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240.

42 BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361 Rdnr. 21; Würzburger Notarhandbuch/Reetz, Teil 3, Kap. 1, Rdnr. 172.

43 Hierzu ausführlich Bühler im Tagungsband des 24. Wissenschaftlichen Symposiums des Instituts für Notarrecht (im Erscheinen).

44 BGH, Beschluss vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, DNotZ 2015, 131 Rdnr. 30 ff.; dazu Münch, NJW 2015, 288; vgl. auch Beschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, DNotZ 2018, 835 Rdnr. 24.

45 BGH, Beschluss vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, DNotZ 2018, 835 Rdnr. 24.

46 Zu den Konstellationen, bei denen eine Ausübungskontrolle dann anzunehmen ist, vgl. Bühler im Tagungsband des 24. Wissenschaftlichen Symposiums des Instituts für Notarrecht unter II. 2. c) (im Erscheinen).

Lebensgrundlage zu erhalten.⁴⁷ Der Rat, bei Unternehmer-eheverträgen eine Kompensation für den Ausschluss des Zugewinnausgleichs (durch Gütertrennung oder – häufiger – modifizierte Zugewinnngemeinschaft) zu vereinbaren, um den Bestand des Ehevertrags nicht zu gefährden,⁴⁸ ist nunmehr hinsichtlich der *ersten Stufe* der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB überholt. Obgleich es dogmatisch auf den ersten Blick nicht eindeutig ist, warum die Funktionsäquivalenz nur im Rahmen der Ausübungskontrolle relevant ist, trifft diese Einordnung des BGH zu.⁴⁹

Gleichwohl können sich Kompensationsvereinbarungen⁵⁰ anbieten, um sowohl eine Nichtigkeit des gesamten Ehe-

vertrags auf der zweiten Stufe der Sittenwidrigkeitsprüfung (Gesamtwürdigung)⁵¹ als auch eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB aufgrund der Funktionsäquivalenz zu vermeiden. Zudem ist es möglich, eine Vorwegnahme bzw. Antizipation der Ausübungskontrolle vorzusehen.⁵² Dies ist jedoch nicht standardmäßig erforderlich, da die Funktionsäquivalenz auch im Rahmen der Ausübungskontrolle nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommt.

47 BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 12; anders noch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.12.2014, 20 UF 7/14, RNotZ 2015, 220, 223.

48 Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 9 Teil D Rdnr. 57; Hölscher, NJW 2016, 3057, 3060; Bühler, notar 2025, 123, 129; ähnlich Reetz, DNotZ 2017, 809, 820 f.

49 Hierzu bereits Bühler im Tagungsband des 24. Wissenschaftlichen Symposiums des Instituts für Notarrecht (im Erscheinen).

50 Zu möglichen Kompensationsvereinbarungen vgl. Szalai/Jung, NZFam 2020, 654, 658; Schemmann, NJW 2021, 3421 Rdnr. 37. Ausführlich und instruktiv zu Kompensationsleistungen Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Kap. 2 Rdnr. 714 ff. Zu einer spezifischen Kompensationsleistung bzgl. der Funktionsäquivalenz vgl. Bühler im Tagungsband des 24. Wissenschaftlichen Symposiums des Instituts für Notarrecht unter III. 2. (im Erscheinen).

51 Denn selbst wenn die isolierte Betrachtung niemals zur Nichtigkeit der Gütertrennung bzw. Vereinbarung der modifizierten Zugewinnngemeinschaft führt, kann immer auf der zweiten Stufe der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB eine Gesamtnichtigkeit aller Regelungen auch zur Nichtigkeit der güterrechtlichen Regelung führen, so auch ausdrücklich BGH, Beschluss vom 28.05.2025, XII ZB 395/24, NJW 2025, 2481 Rdnr. 13 ff.

52 Dazu Bühler im Tagungsband des 24. Wissenschaftlichen Symposiums des Instituts für Notarrecht unter III. 3. (im Erscheinen).



Einkommen- und Schenkungsteuer bei der landwirtschaftlichen Übergabe

Von Notar Dr. **Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg**, LL.M., Bamberg

Die Beurkundung landwirtschaftlicher Übergaben ist für viele Notare ein üblicher Vorgang. Wenngleich der Notar steuerlich nicht berät, mag ein Verständnis für die steuerrechtlichen Besonderheiten bei landwirtschaftlichem Vermögen sinnvoll sein. Hierzu will der nachfolgende Aufsatz einen Beitrag leisten, indem er überblicksartig ertrag- und schenkungsteuerrechtliche Fragen bei der landwirtschaftlichen Übergabe erläutert.

I. Einleitung

Über 90 % der landwirtschaftlichen Betriebe in der Bundesrepublik Deutschland werden nicht mit dem Tod vererbt, sondern bereits zu Lebzeiten übergeben.¹ Hierbei handelt es sich teilweise um aktive, teilweise um verpachtete Betriebe. Auch wenn sich die Betriebe in ihrer Größe erheblich unterscheiden können, stellen sich bei jeder Übergabe im Grundsatz die gleichen zivil- und steuerrechtlichen Fragen.

Im steuerrechtlichen Bereich stellt die Land- und Forstwirtschaft bereits außerhalb der Übergabesituation eine Sondermaterie dar, die besondere Expertise erfordert. Die steuerliche Beratung der Übergabe ist besonders anspruchsvoll, da bei dieser sowohl das Ertragsteuer- als auch das Schenkungsteuerrecht berücksichtigt werden müssen.

Der folgende Beitrag geht zunächst (II.) auf einkommensteuerrechtliche Fragen ein, bevor er sich (III.) der Schenkungsteuer zuwendet. Nach einem kurzen Exkurs zu Besonderheiten bei einer Verpachtung (bisher) landwirtschaftlich genutzter Flächen für Solar- oder Windenergie (IV.) schließt der Aufsatz (V.) mit einer kurzen Zusammenfassung.

II. Einkommensteuer

Abseits der unmittelbar einleuchtenden Folge der Übergabe, dass etwaige Einkünfte künftig vom Erwerber zu versteuern sind, stellt sich insbesondere die Frage, ob die Buchwerte fortgeführt werden können oder ob es zu einer – regelmäßig nicht gewollten – Aufdeckung stiller Reserven kommt.

1. Betriebsvermögen, insbesondere Verpächterwahlrecht

In der notariellen Praxis ist festzustellen, dass Mandanten, die nicht selbst aktive Landwirte sind, sondern ihre Grundstücke an einen oder mehrere Landwirte verpachtet haben,

nicht bewusst ist, dass sie Inhaber eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs im einkommensteuerrechtlichen Sinn sein können. Dass dies so ist, resultiert aus der Rechtsprechung zum sog. Verpächterwahlrecht:

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Landwirt, der seine Selbstbewirtschaftung einstellt und seinen Betrieb bzw. seine landwirtschaftlichen Flächen künftig verpachtet, ertragsteuerlich die Wahl, ob er seinen Betrieb aufgeben oder als Verpachtungsbetrieb fortführen möchte.² Diese Möglichkeit besteht sowohl bei einer Betriebsverpachtung im Ganzen als auch bei einer parzellenweisen Verpachtung.³ Der Regelfall ist hierbei nicht die Betriebsaufgabe, sondern die Betriebsfortführung, vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2, § 16 Abs. 3b EStG.⁴ Die Betriebsverpachtung stellt einen Unterfall der Betriebsunterbrechung dar.⁵ Voraussetzung einer Betriebsverpachtung ist daher, dass eine Wiederaufnahme der Selbstbewirtschaftung durch den ehemals selbstbewirtschaftenden Landwirt oder einen Rechtsnachfolger objektiv möglich ist.⁶ Ist dies der Fall, wird eine Fortführungsabsicht vermutet.⁷

Folge der Fortführung des Betriebs als Verpachtungsbetrieb ist, dass der Inhaber weiterhin Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (§ 13 EStG) – und nicht aus Vermietung und Verpachtung, § 21 EStG – erzielt. Stille Reserven werden nicht aufgedeckt, jedoch ist das Vermögen als Betriebsvermögen weiterhin steuerlich verstrickt.

Ein solcher Verpachtungsbetrieb wird von einem Gesamt- oder einem Sonderrechtsnachfolger, der den Betrieb un-

2 St. Rspr., BFH, Urteil vom 31.03.2021, VI R 30/18, DStR 2021, 1868; Urteil vom 11.02.2021, VI R 17/19, BeckRS 2021, 12586, jew. m. w. N.; grundlegend Urteil vom 13.11.1963, Gr. S. 1/63 S, NJW 1964, 942; eingehend in der Literatur etwa *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Stand: Februar 2025, § 14 EStG Rdnr. 30 ff. m. w. N.

3 St. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 31.03.2021, VI R 30/18, DStR 2021, 1868; Urteil vom 17.05.2018, VI R 73/15, DStRE 2022, 650, jew. m. w. N.; *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 14 EStG Rdnr. 32.

4 Vgl. BFH, Urteil vom 31.03.2021, VI R 30/18, DStR 2021, 1868; Urteil vom 19.12.2019, VI R 53/16, DStRE 2020, 546.

5 *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 14 EStG Rdnr. 30; vgl. BFH, Urteil vom 19.12.2019, VI R 53/16, DStRE 2020, 546.

6 BFH, Urteil vom 31.03.2021, VI R 30/18, DStR 2021, 1868; Urteil vom 11.02.2021, VI R 17/19, BeckRS 2021, 12586; *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 14 EStG Rdnr. 30, 34 f.

7 *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 14 EStG Rdnr. 34.

1 *Raude*, RNotZ 2016, 69; *Leiß* in Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022, S. 345.

entgeltlich oder teilentgeltlich übertragen erhalten hat, fortgeführt, wenn dieser keine Aufgabe erklärt.⁸ Das Verpächterwahlrecht steht hingegen nicht demjenigen zu, der den verpachteten Betrieb ohne Absicht, ihn selbst zu bewirtschaften, vollentgeltlich erworben hat. Dieser erwirbt Privatvermögen und erzielt Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.⁹

2. Buchwertfortführung

In einkommensteuerrechtlicher Hinsicht steht bei der Betriebsübergabe regelmäßig die Möglichkeit der Buchwertfortführung im Mittelpunkt, sodass keine stillen Reserven mit der Folge der Besteuerung aufgedeckt werden.¹⁰ Die Vermeidung der Aufdeckung stiller Reserven gehört zu den Grundlagen einer steuerorientierten Vertragsgestaltung.¹¹ Eine Übertragung stiller Reserven auf einen Rechtsnachfolger ist nur möglich, soweit eine gesetzliche Grundlage dies gestattet; anderenfalls kommt es zwingend zur Aufdeckung der stillen Reserven.¹²

a) Grundsätzliche Möglichkeit nach § 6 Abs. 3 EStG

Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG sind bei der Ermittlung des Gewinns des bisherigen Betriebsinhabers die Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben, sofern die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist, wenn ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder der Anteil eines Mitunternehmers an einem Betrieb unentgeltlich übertragen wird. § 6 Abs. 3 EStG hebt die Subjektverhaftung der stillen Reserven auf, welche unbesteuert auf den Erwerber übergehen; es kommt weder zu einer Entnahme noch zu einer Betriebsaufgabe.¹³ Die Regelung des § 6 Abs. 3 EStG ist nicht nur auf aktive Betriebe, sondern auch auf verpachtete Betriebe anwendbar.¹⁴

b) Übergang eines (Teil-)Betriebs

In sachlicher Hinsicht bedarf es nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG der Übertragung eines Betriebs oder eines Teilbetriebs, also einer „Sachgesamtheit“.¹⁵ Zum Zeitpunkt der Übertragung muss mithin ein Betrieb bestehen; wurde der Betrieb bereits zuvor aufgegeben, ist § 6 Abs. 3 EStG nicht

anwendbar.¹⁶ Welchen Umfang das Betriebsvermögen vor der Übertragung hatte, ist allerdings irrelevant.¹⁷

Die Übertragung eines (Teil-)Betriebs in diesem Sinn setzt voraus, dass der Betrieb vom Erwerber in seiner originären Geschlossenheit fortgeführt werden kann.¹⁸ Erforderlich ist daher die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an allen wesentlichen Betriebsgrundlagen.¹⁹ Wird auch nur eine wesentliche Betriebsgrundlage nicht übertragen, ist § 6 Abs. 3 EStG in Gänze nicht anwendbar; es liegt dann keine erfolgsneutrale Betriebsübergabe im Ganzen, sondern eine Betriebsaufgabe mit Gesamtrealisierung aller stillen Reserven vor.²⁰

Zur Qualifizierung als wesentliche Betriebsgrundlage ist im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG eine (rein) funktionale Betrachtungsweise vorzunehmen.²¹ Entscheidend ist, ob das Wirtschaftsgut im Zeitpunkt des Übertragungsvorgangs für die Funktion des Betriebs von Bedeutung ist.²² Das Wirtschaftsgut muss zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich sein und ein besonderes wirtschaftliches Gewicht für die Betriebsführung besitzen.²³ Ob das in Frage stehende Wirtschaftsgut erhebliche stille Reserven aufweist (sog. funktionale-quantitative Betrachtung), ist anders als im Rahmen des § 16 EStG irrelevant.²⁴ Entscheidend sind die Verhältnisse beim Übertragenden zum Zeitpunkt der Übertragung.²⁵

Betriebsgrundstücke stellen regelmäßig wesentliche Betriebsgrundlagen dar.²⁶ In der Rechtsprechung haben sich besondere Beurteilungskriterien für einen landwirtschaftlichen Betrieb herausgebildet: Nach Ansicht des BFH werden bei der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs die wesentlichen Betriebsgrundlagen übergeben, wenn mindestens 90 % der bisherigen Flächen des Übergebers übertragen werden.²⁷ Behält sich der Veräußerer mehr als 10 % zurück, scheidet eine Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG aus, ohne dass es darauf ankommt, ob der zurückbehaltene

8 BFH, Urteil vom 06.04.2016, X R 52/13, DStR 2016, 1591 m. w. N.; *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 14 EStG Rdnr. 31 f.

9 BFH, Urteil vom 29.03.2001, IV R 88/99, BeckRS 2001, 24000931; *Nacke* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 14 EStG Rdnr. 31.

10 *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 7. Aufl. 2025, Rdnr. 8477.

11 *Brandenberg* in Spiegelberger, Vermögensnachfolge, S. 194.

12 *Brandenberg* in Spiegelberger, Vermögensnachfolge, S. 194.

13 *Korn/Strahl* in Korn, EStG, Stand: Oktober 2024, § 6 Rdnr. 469.

14 *Korn/Strahl* in Korn, EStG, § 6 Rdnr. 481; *Krumm* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1730.

15 *Krumm* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1730.

16 *Krumm* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1730.

17 *Brandenberg* in Spiegelberger, Vermögensnachfolge, S. 194 ff.

18 *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8486.

19 *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8486; *Krumm* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1732.

20 *Krumm* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1732; *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8488.

21 *Brandenberg* in Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, S. 196; *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8490; *Krumm* in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1737.

22 *Brandenberg* in Unternehmensnachfolge, S. 196.

23 *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8490.

24 BMF, Schreiben vom 20.11.2019, BStBl. I 19, S. 1291 Rdnr. 6.

25 BFH, Urteil vom 29.11.2017, I R 7/16, DStR 2018, 1014.

26 *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8491.

27 BFH, Urteil vom 24.02.2005, IV R 28/00, BFH/NV 2005, 1062; Beschluss vom 08.09.2005, IV B 101/04, BFH/NV 2006, 53; vgl. *Leiß* in Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, S. 354 ff.

oder der übertragene Betrieb als funktionsfähiger landwirtschaftlicher Betrieb fortgeführt werden kann.²⁸ Umgekehrt ausgedrückt kann sich der Veräußerer bis zu 10 % der bisherigen Flächen zurückbehalten, ohne die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 EStG zu gefährden; eine Mindestgröße muss die zurückbehaltene Fläche seit der Neuregelung des § 14 Abs. 2 EStG wohl nicht (mehr) aufweisen.²⁹ Zum Begriff der funktional-wesentlichen Betriebsgrundlage im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben ist jüngst ein Erlass des Bayerischen Landesamts für Steuern ergangen,³⁰ der einige praxisrelevante Fragen beantwortet.

Der Vorbehalt eines Nießbrauchs steht der Anwendbarkeit von § 6 Abs. 3 EStG bei der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs nicht entgegen.³¹ Die abweichende Rechtsprechung für Gewerbebetriebe wurde nicht auf den landwirtschaftlichen Betrieb übertragen.³²

Schließlich muss die Übertragung in einem einheitlichen Vorgang erfolgen; hierfür genügt es, wenn aufgrund eines einheitlichen Übertragungsentschlusses mehrere Übertragungsakte in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang erfolgen.³³

c) Unentgeltlichkeit

Die Übertragung muss „unentgeltlich“ erfolgen. Zur Entgeltlichkeit führen können folgende Leistungen:³⁴ Abstandsgelder an den Veräußerer, Verrechnung mit Geldansprüchen gegenüber dem Veräußerer, Gleichstellungsgelder an Geschwister, Übernahme außerbetrieblicher Verbindlichkeiten³⁵ und – im Detail kompliziert³⁶ – Versorgungsleistungen, wenn Veräußerer und Erwerber Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen haben.³⁷ Nicht zur Entgeltlichkeit führen

hingegen insbesondere folgende Rechte bzw. Leistungen:³⁸ Rückforderungsrechte, Duldungsvorbehalte und Erb- bzw. Pflichtteilsverzichte.

Hat der Erwerber Leistungen mit Entgeltcharakter zu erbringen, ist nach der Rechtsprechung die sog. Einheitstheorie anwendbar, wonach der Erwerb nicht in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Erwerb aufzuteilen ist.³⁹ Vielmehr gilt: Übersteigt das Entgelt die Buchwerte, sind die Wirtschaftsgüter mit dem auf sie entfallenden Entgelt zu bewerten; § 6 Abs. 3 EStG ist insgesamt nicht anwendbar.⁴⁰ Übersteigt das Entgelt die Buchwerte nicht, ist § 6 Abs. 3 EStG in vollem Umfang anwendbar.⁴¹

3. Versorgungsleistungen

Werden bei der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs vom Erwerber zu erbringende Versorgungsleistungen vereinbart, stellt sich die Frage, ob diese beim Erwerber als Sonderausgaben einzustufen sind.⁴² Möglich ist eine Qualifizierung als Sonderausgaben nur bei einer ertragsteuerlich unentgeltlichen Übertragung.⁴³

Gemäß § 10 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 Satz 1 EStG sind Sonderausgaben auch „auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende, lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, wenn der Empfänger unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist“. Dies gilt unter anderem für „Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs“ (§ 10 Abs. 1a Satz 2 Nr. 2 Satz 2 EStG). In negativer Hinsicht darf es sich nicht um Betriebsausgaben oder Werbungskosten handeln.⁴⁴ Die nach § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG abziehbaren Versorgungsleistungen sind vielmehr privat veranlasst.⁴⁵ Taugliche Empfänger einer Versorgungsleistung können insbesondere der Veräußerer oder dessen Ehegatte sein.⁴⁶ Wesentliche Voraussetzungen für eine Einordnung als Sonderausgaben sind:

a) Versorgungsleistungen

Vom Begriff der „Versorgungsleistungen“ erfasst sind „jedenfalls solche Zuwendungen zur Existenzsicherung, durch

28 BFH, Beschluss vom 08.09.2005, IV B 101/04, BFH/NV 2006, 53.

29 Haslbeck, Wirtschaft & Steuern 2024, 4; vgl. auch Leiß in Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, S. 355 f.

30 LfSt Bayern 08.10.2024, S 2180.2.1-10/13 St 32, DStR 2025, 345, in diesem Heft, S. 615.

31 Demuth, MittBayNot 2020, 408, 414; Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8640.

32 BFH, Urteil vom 08.05.2019, VI R 26/17, DStR 2019, 2020.

33 Vgl. Korn/Strahl in Korn, EStG, § 6 Rdnr. 474.1 m. w. N.

34 Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8787 ff.

35 Die Übernahme betrieblicher Verbindlichkeiten durch den Erwerber führt hingegen zu keinem entgeltlichen Erwerb (Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8841), denn Gegenstand der Übergabe der Betrieb mit allen Aktiven und Passiven (Schallmoser in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 16 EStG Rdnr. 112).

36 Vgl. Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 184 ff.

37 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8847; nicht zur Entgeltlichkeit führen hingegen Versorgungsleistungen, wenn diese nicht nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen, sondern am Bedürfnis des Veräußerers ausgerichtet sind (Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 184).

38 Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8873 ff.

39 Vgl. etwa BFH, Urteil vom 09.05.2017, VIII R 1/14, BFH/NV 2017, 1418.

40 Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1746.

41 Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1747.

42 Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die aktuelle Rechtslage, also insbesondere nicht auf Altfälle bis zum 31.12.2007 (vgl. hierzu Wälzholz, DStR 2008, 273 ff.).

43 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8947.

44 Vgl. hierzu Golombek in EStG – eKommentar, Stand: 24.01.2025, § 10 Rdnr. 77.

45 Vogel in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 10 EStG Rdnr. 455.

46 Golombek in EStG – eKommentar, § 10 Rdnr. 73; Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9025.

welche Grundbedürfnisse des Bezugsberechtigten wie Wohnen und Ernährung und der sonstige Lebensbedarf abgedeckt werden“.⁴⁷ Hierunter fallen insbesondere:⁴⁸ wiederkehrende Geldleistungen, wobei eine Unterscheidung zwischen sog. dauernden Lasten und Leibrenten seit 2008 nicht mehr erforderlich ist,⁴⁹ Aufwendungen des Erwerbers im Zusammenhang mit einer Nutzungsüberlassung (insbesondere Wohnungsrecht), etwa Sachleistungen wie Strom-, Heizungs- und Instandhaltungskosten, soweit der Erwerber zur Tragung dieser Lasten verpflichtet ist,⁵⁰ und sonstige Nichtgeldleistungen, etwa Sachleistungen wie Verpflegung, Heizung, Beleuchtung.⁵¹ Die vorgenannten Versorgungsleistungen müssen lebenslang erbracht werden.⁵²

b) Übertragung eines (Teil-)Betriebs

Die Versorgungsleistungen müssen im Zusammenhang mit der Übertragung eines (Teil-)Betriebs erfolgen. Auch der Verpachtungsbetrieb stellt einen Betrieb in diesem Sinne dar.⁵³ Gemäß § 10 Abs. 1a Satz 2 Nr. 2 Satz 3 EStG können auch Versorgungsleistungen abgezogen werden, soweit sie auf den sog. Wohnteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft entfallen. Eine Aufteilung der Versorgungsleistungen ist mithin nicht erforderlich.⁵⁴ Der „Wohnteil“ eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft umfasst gemäß § 34 Abs. 3 BewG die Gebäude und Gebäudeteile, soweit sie dem Inhaber eines Betriebs, den zu seinem Haushalt gehörenden Familienangehörigen und den Altenteilern zu Wohnzwecken dienen. Dies gilt im Rahmen des § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG unabhängig davon, ob der Wohnteil ertragsteuerlich Betriebs- oder Privatvermögen ist.⁵⁵

c) Ertragsprognose

Nach überwiegender Ansicht⁵⁶ muss zudem eine ausreichende Ertragsprognose vorliegen. Eine abziehbare Versorgungsleistung liegt daher nur vor, wenn die wiederkehrenden Leistungen bei überschlägiger Berechnung nicht höher sind als der langfristig erzielbare Ertrag des übergebenen Vermögens.⁵⁷ Nach dem sog. IV. Rentenerlass besteht bei der Übertragung eines (Teil-)Betriebs eine wider-

legbare Vermutung dafür, dass die Erträge ausreichen, wenn der (Teil-)Betrieb vom Erwerber fortgeführt wird.⁵⁸

Diese Vermutung gilt jedoch nicht bei (überwiegend) verpachteten Betrieben. Greift die Vermutung nicht, bedarf es einer konkreten Ermittlung.⁵⁹

d) Korrespondenzprinzip

Schließlich ist ein Abzug als Sonderausgabe nur möglich, wenn die Leistungen beim Empfänger gemäß § 22 Nr. 1a EStG als „sonstige Bezüge“ der Besteuerung unterliegen (sog. strenges Korrespondenzprinzip).⁶⁰

III. Schenkungsteuer

Bei der Übergabe steht zudem die Schenkungsteuer im Fokus. Das ErbStG ist geprägt von zahlreichen Regeln, Ausnahmen und Rückausnahmen. Insbesondere bei der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs sind die Regelungen aus dem ErbStG und dem BewG eng miteinander verwoben.⁶¹

1. Bewertung

In den §§ 157 ff. BewG finden sich die Vorschriften für die Bewertung von Betriebsvermögen für die Erbschaftsteuer. Die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens ist kompliziert.⁶² Die Grundbesitzwerte für die wirtschaftlichen Einheiten des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens sind nach §§ 158–175 BewG zu ermitteln.

a) Land- und Forstwirtschaftliches Vermögen

Nach § 158 BewG ist Land- und Forstwirtschaft die planmäßige Nutzung der natürlichen Kräfte des Bodens zur Erzeugung von Pflanzen und Tieren sowie der Verwertung der dadurch selbst gewonnenen Erzeugnisse.⁶³ Zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen gehören alle Wirtschaftsgüter, die einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft zu diesem Zweck auf Dauer zu dienen bestimmt sind. Hierzu gehören gemäß § 158 Abs. 3 Satz 1 BewG insbesondere der Grund und Boden (Nr. 1), die Wirtschaftsgebäude (Nr. 2), die stehenden Betriebsmittel (Nr. 3), der normale Bestand an umlaufenden Betriebsmitteln (Nr. 4), die immateriellen Wirtschaftsgüter (Nr. 5) und die Wohngebäude und der dazugehörige Grund und Boden (Nr. 6).

Zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen nach § 158 Abs. 1 BewG gehören nicht nur vom Eigentümer selbst landwirtschaftlich genutzte Grundstücke, sondern auch von ihm

47 BFH, Urteil vom 25.03.1992, X R 196/87, DStR 1992, 978.

48 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9040 ff.

49 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9052.

50 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9042. Der reine Nutzungswert des vom Wohnungsrecht betroffenen Wohnraums stellt hingegen grundsätzlich keine Versorgungsleistungen in diesem Sinne dar; etwas anderes kann nur noch für Baudenkmale gelten, vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 EStG.

51 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9040.

52 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9021 ff.

53 Wälzholz, GmbH-StB 2008, 209; Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8973.

54 Bauschatz in Korn, EStG, § 10 Rdnr. 230.3.23.

55 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8973.

56 Vgl. die Nachweise bei Bauschatz in Korn, EStG, § 10 Rdnr. 230.3.24.

57 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 8999.

58 BMF, Schreiben vom 11.03.2010, IV C 3 – S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, S. 227.

59 BMF, Schreiben vom 11.03.2010, IV C 3 – S 2221/09/10004, BStBl. I 2010, S. 227; Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9000 f.

60 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 9031.

61 Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 6796.

62 Loose, Erbschaftsteuer, 5. Aufl. 2022, D Rdnr. 84.

63 Diese Definition ist R 15.5. Satz 1 EStR 2008 entnommen (Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, 134. EL, § 158 BewG Rdnr. 11).

verpachtete Grundstücke, die vom Pächter landwirtschaftlich genutzt werden. Eine abweichende Entscheidung des BFH⁶⁴ ist nach den gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.02.2024⁶⁵ über den Einzelfall hinaus insoweit nicht anzuwenden (vgl. auch R B 160.1 Abs. 6 Satz 7 ErbStR 2019). Der Gesetzgeber hat dies inzwischen im Rahmen des JStG 2024 ausdrücklich in § 158 Abs. 2 BewG klargestellt und damit die anderslautende BFH-Entscheidung korrigiert.

Schwierig können insbesondere Abgrenzungsfragen zum selbstständigen Gewerbebetrieb (etwa bei Betrieb eines Hofladens) oder zur Liebhaberei (etwa private Reitpferdehaltung) sein.⁶⁶

b) Abgrenzung zum Grundvermögen

Eine wichtige Abgrenzungsregelung von land- und forstwirtschaftlich genutzten Flächen zum Grundvermögen (§§ 176 ff. BewG) enthält § 159 BewG.

Nach § 159 Abs. 1 BewG sind land- und forstwirtschaftlich genutzte Flächen dem Grundvermögen hinzuzurechnen, wenn nach ihrer Lage, den am Bewertungsstichtag bestehenden Verwertungsmöglichkeiten oder den sonstigen Umständen anzunehmen ist, dass sie in absehbarer Zeit anderen als land- und forstwirtschaftlichen Zwecken, insbesondere als Bauland, Industrieland oder Land für Verkehrszwecke, dienen werden. Hierdurch werden Flächen, die nach § 158 BewG eigentlich originär dem land- und forstwirtschaftlichen Vermögen zuzuordnen wären, dem Grundvermögen zugeordnet.⁶⁷ Dafür bedarf es Anhaltspunkte, für die das Gesetz insbesondere „Lage“ und „Verwertungsmöglichkeiten“ nennt, zugleich aber auch „sonstige Umstände“ einbeziehen möchte. Ein prominentes Anzeichen ist, wenn die Fläche sog. Bauerwartungsland ist.⁶⁸ Eine Verwertungsmöglichkeit im Sinne des § 159 Abs. 1 BewG kann etwa vorliegen, wenn in unmittelbarer Umgebung zum betroffenen Grundstück Baulandpreise gezahlt werden.⁶⁹ Die Umwidmung erfolgt nur, wenn davon auszugehen ist, dass die anderweitige Nutzung „in absehbarer Zeit“ erfolgen wird. Hierunter ist ein Zeitraum von sechs Jahren zu verstehen.⁷⁰ Die Qualifizierung als Grundvermögen ist unabhängig davon, ob der Steuerpflichtige tatsächlich eine andere Nutzung anstrebt; selbst der dokumentierte ausdrückliche Wille des Steuerpflichtigen, die Fläche

weiterhin land- oder forstwirtschaftlich zu nutzen, ändert daran nichts.⁷¹

Nach § 159 Abs. 2 BewG, der eine Ausnahme vom Grundsatz des § 159 Abs. 1 BewG darstellt und unsachgemäße Härten vermeiden soll,⁷² sind Flächen, die dem Betriebsinhaber gehören und von einer Stelle aus ordnungsgemäß nachhaltig bewirtschaftet werden und die nach § 159 Abs. 1 BewG eigentlich dem Grundvermögen hinzurechnen wären, nur dann als Grundvermögen zu behandeln, wenn mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sie spätestens nach zwei Jahren anderen als land- und forstwirtschaftlichen Zwecken dienen werden. Es bedarf nicht nur abstrakter, sondern konkreter Anhaltspunkte für eine anderweitige Nutzung.⁷³ Die Ausnahme gilt nur für Betriebsinhaber, die die Flächen selbst bewirtschaften.⁷⁴

Selbst wenn die Voraussetzungen des § 159 Abs. 2 BewG vorliegen, sind gemäß § 159 Abs. 3 Satz 1 BewG die Flächen jedoch stets dem Grundvermögen hinzuzurechnen, wenn sie in einem Bebauungsplan als Bauland festgesetzt sind, ihre sofortige Bebauung möglich ist und die Bebauung innerhalb des Plangebiets in benachbarten Bereichen begonnen hat oder schon durchgeführt ist. Eine Rückausnahme gilt nach § 159 Abs. 3 Satz 2 BewG für die Hofstelle und für andere Flächen in unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Hofstelle bis zu einer Größe von insgesamt einem Hektar.

Die Bewertung des Grundvermögens erfolgt nach den §§ 177 ff. BewG, mithin gemäß § 177 Abs. 1 BewG mit dem gemeinen Wert, wobei für unbebaute Grundstücke gemäß § 179 BewG der Bodenrichtwert anzusetzen ist.

c) Wirtschaftsteil, Betriebswohnungen, Wohnteil

Nach § 160 Abs. 1 BewG umfasst der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft den Wirtschaftsteil (Nr. 1), die Betriebswohnungen (Nr. 2) und den Wohnteil (Nr. 3). Der Wirtschaftsteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft umfasst nach § 160 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 insbesondere die landwirtschaftliche und die forstwirtschaftliche Nutzung. Darüber hinaus sind nach § 160 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BewG unter anderem auch die Nebenbetriebe erfasst.

Der praxisrelevante Wohnteil umfasst die Gebäude und Gebäudeteile, die dem Inhaber des Betriebs, den zu seinem Haushalt gehörenden Familienangehörigen und den Anteilern zu Wohnzwecken dienen, § 160 Abs. 9 BewG. Der Wohnteil gehört auch dann zum Betrieb der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 160 Abs. 1 BewG, wenn er – wie mit Ausnahme von Wohnungen in Baudenkmälern

64 BFH, Urteil vom 16.11.2022, II R 39/20, DStR 2023, 398, 399.

65 Gleichlautende Erlasse vom 19.02.2024, BStBl. I 2024, S. 380.

66 Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 6798.

67 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 10.

68 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 11.

69 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 11.

70 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 14 m. w. N.

71 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 11.

72 Vgl. Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 15.

73 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 17 m. w. N.

74 Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 159 BewG Rdnr. 16.

– spätestens seit dem 31.12.1998 einkommensteuerrechtlich notwendiges Privatvermögen darstellt.⁷⁵

d) Bewertung des Wirtschaftsteils

Der Bewertung des Wirtschaftsteils ist nach § 162 Abs. 1 Satz 1 BewG der gemeine Wert zugrunde zu legen.

aa) Fortführungswert

Dabei ist gemäß § 162 Abs. 2 Satz 2 BewG davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt (sog. Fortführungswert).⁷⁶

Dieser Fortführungswert wird über den sog. Reingewinn nach § 163 BewG ermittelt. Dieser wird gemäß § 163 Abs. 3 BewG nicht nach dem individuellen Betriebsergebnis, sondern pauschalierend nach der Region, der maßgeblichen Nutzungsart (Betriebsform) und der Betriebsgröße nach der Europäischen Größeneinheit (EGE) bestimmt. Je nach Nutzungsart, Betriebsgröße und regionaler Belegenheit enthält die Anlage zum BewG pauschalierte Reingewinnbeträge pro Hektar landwirtschaftlicher Nutzung.⁷⁷ Der so ermittelte Reingewinn ist gemäß § 163 Abs. 11 BewG mit einem Kapitalisierungsfaktor von 18,6 zu multiplizieren. Die nach dieser schwer durchschaubaren⁷⁸ Methodik ermittelten Werte sind für alle Regionen und Betriebsformen bei kleineren und mittleren Betriebsgrößen negativ.⁷⁹ Nur bei größeren Betrieben der Landwirtschaft ergeben sich positive Reingewinne.⁸⁰

Daher ist für die Bewertung regelmäßig der Mindestwert nach § 164 BewG maßgebend, der bei der Bewertung des Wirtschaftsteils gemäß § 162 Abs. 1 Satz 4 BewG nicht unterschritten werden darf.⁸¹ Bei Stückländerei im Sinne des § 160 Abs. 7 BewG ist der Wert des Wirtschaftsteils von vorherein gemäß § 162 Abs. 2 BewG nach § 164 BewG zu ermitteln.

Der Mindestwert setzt sich nach § 164 Abs. 1 BewG zusammen aus dem Wert für den Grund und Boden sowie dem Wert der übrigen Wirtschaftsgüter. Der Wert für den Grund und Boden entspricht jedoch nicht dem Verkehrswert, sondern berechnet sich nach dem sog. Pachtpreis pro Hektar, welcher abhängig ist von der Nutzung, dem Nutzungsteil und der Nutzungsart des Grund und Bodens (§ 164 Abs. 2 Satz 1 BewG). Der maßgebliche Pachtpreis ergibt sich aus den Anlagen 14-18 zum BewG und ist mit den Eigentumsflächen zu vervielfältigen und sodann mit dem Kapitalisierungsfaktor von 18,6 zu multiplizieren, § 164 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 BewG. Der Wert für die übrigen Wirtschaftsgüter (Besatzkapital) errechnet sich nach § 164 Abs. 4, 5 BewG

auf ähnliche Weise. Der so ermittelte Wert ist regelmäßig (deutlich) niedriger als der Verkehrswert.⁸²

bb) Liquidationswert

Unter Umständen kann es jedoch zu einer (Nach-)Bewertung des Wirtschaftsteils mit dem (höheren) Liquidationswert (§ 166 BewG) kommen.

Nach § 162 Abs. 3 BewG erfolgt die Bewertung mit dem Liquidationswert nach § 166 BewG, wenn der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft oder ein Anteil im Sinne des § 158 Abs. 2 BewG innerhalb eines Zeitraums von 15 Jahren nach dem Bewertungsstichtag veräußert wird. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Veräußerungserlös innerhalb von sechs Monaten ausschließlich zum Erwerb eines anderen Betriebs der Land- und Forstwirtschaft oder eines Anteils im Sinne des § 158 Abs. 2 BewG verwendet wird (§ 162 Abs. 3 Satz 2 BewG). Eine Reinvestition in anderes, insbesondere gewerbliches Betriebsvermögen genügt dabei nicht.⁸³

Gemäß § 162 Abs. 4 BewG ist der Liquidationswert auch entscheidend, wenn wesentliche Wirtschaftsgüter (§ 158 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 und Nr. 5 – insbesondere mithin Grund und Boden) innerhalb eines Zeitraums von 15 Jahren nach dem Bewertungsstichtag dem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft nicht mehr auf Dauer zu dienen bestimmt ist. Hierzu kann es insbesondere durch Entnahme, Veräußerung oder Aufgabe der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung kommen.⁸⁴ Während § 162 Abs. 3 BewG die Veräußerung des gesamten Betriebs im Blick hat, zielt § 162 Abs. 4 BewG auf einzelne wesentliche Wirtschaftsgüter ab.⁸⁵ Die Bewertung mit dem Liquidationswert unterbleibt gemäß § 164 Abs. 4 Satz 2 BewG, wenn der Veräußerungserlös innerhalb von sechs Monaten ausschließlich im betrieblichen Interesse verwendet wird. Als taugliche Reinvestition ist hierbei auch die Tilgung von betrieblichen Schulden anzusehen.⁸⁶ Kommt es zu keiner Veräußerung, sondern zu einer Entnahme, gibt es keinen Veräußerungserlös, der reinvestiert werden könnte; sinnvollerweise genügt in diesem Fall die Reinvestition des gemeinen Werts des betroffenen Wirtschaftsguts.⁸⁷

Der Liquidationswert tritt in vorgenannten Fällen nach § 166 Abs. 1 BewG mit Wirkung für die Vergangenheit an die Stelle des bisherigen Wertansatzes. Die Ermittlung des Liquidationswerts erfolgt nach § 166 Abs. 2 BewG. Hierbei ist der Grund und Boden im Sinne des § 158 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1

⁷⁵ Vgl. Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, S. 377.

⁷⁶ Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 6805.

⁷⁷ Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 6809.

⁷⁸ Vgl. Loose, Erbschaftsteuer, D Rdnr. 84.

⁷⁹ Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, S. 379.

⁸⁰ Hutmacher, ZNotP 2008, 218, 228.

⁸¹ Hutmacher, ZNotP 2008, 218, 228.

⁸² Krauß, Vermögensnachfolge Rdnr. 6822 f.

⁸³ Vgl. Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 162 BewG Rdnr. 18.

⁸⁴ Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge Rdnr. 6817; Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 162 BewG Rdnr. 19.

⁸⁵ Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 162 BewG Rdnr. 16.

⁸⁶ Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 162 BewG Rdnr. 19.

⁸⁷ Kirnberger in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 162 BewG Rdnr. 19.

BewG mit den zuletzt vor dem Bewertungsstichtag ermittelten Bodenrichtwerten zu bewerten, § 166 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 BewG. Die übrigen Wirtschaftsgüter sind mit ihrem gemeinen Wert zu bewerten, § 166 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BewG. In beiden Fällen sind die ermittelten Werte um 10 % zu mindern (§ 166 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 BewG).

e) Bewertung der Betriebswohnungen und des Wohnteils

Obgleich die Betriebswohnungen und der Wohnteil nach § 160 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BewG zum Betrieb der Land- und Forstwirtschaft gehören, sind diese nach § 167 Abs. 1 BewG nach den Vorschriften zu bewerten, die für die Bewertung von Wohngrundstücken im Grundvermögen gelten (§§ 182-196 BewG).

Lediglich folgende Privilegierungen gibt es: Nach § 167 Abs. 2 BewG ist für die Abgrenzung der Betriebswohnungen und des Wohnteils vom Wirtschaftsteil höchstens das Fünffache der jeweils bebauten Fläche zugrunde zu legen. Die ermittelten Werte für Betriebswohnungen und Wohnteil sind gemäß § 167 Abs. 3 BewG um 15 % zu ermäßigen.

3. Verschonung

Mit dem Wissen, was für die Zwecke der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer bewertungsrechtlich zum Betrieb einer Land- und Forstwirtschaft gehört und wie diese Vermögenswerte für diesen Zweck zu bewerten sind, rückt die mögliche Steuerbefreiung nach § 13a ErbStG in den Blick.

Voraussetzung für die Gewährung sowohl des Verschonungsabschlags nach § 13a Abs. 1 oder Abs. 10 ErbStG als auch des Abzugsbetrags nach § 13a Abs. 2 ErbStG ist das Vorliegen von „begünstigtem Vermögen“ im Sinne des § 13b Abs. 2 ErbStG (das jedoch 26 Mio. Euro nicht übersteigen darf, § 13a Abs. 1, § 13c, § 28a ErbStG)⁸⁸. Das begünstigte Vermögen nach § 13b Abs. 2 ErbStG setzt begünstigungsfähiges Vermögen nach § 13b Abs. 1 ErbStG voraus. Auf die ertragsteuerliche Beurteilung als land- und forstwirtschaftliches Betriebsvermögen kommt es nicht an, R E 13 b.4 Abs. 1 S 2 ErbStR 2019. Zum begünstigungsfähigen Vermögen gehören nach § 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG insbesondere der inländische Wirtschaftsteil des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 BewG) mit Ausnahme der Stückländereien (§ 160 Abs. 7 BewG) und selbst bewirtschaftete Grundstücke im Sinne des § 159 BewG.⁸⁹

Das „begünstigungsfähige Vermögen“ im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und der Begriff des „land- und forstwirtschaftlichen Vermögens“ im Sinne des § 158 BewG bzw. des „Betriebs der Land- und Forstwirtschaft“ im Sinne des § 160 BewG sind nicht identisch. Vielmehr ergeben sich aus § 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG mehrere Abweichungen, die sich teils zugunsten und teils zulasten des Steuerpflichtigen auswirken: Zugunsten des Steuerpflichtigen folgt daraus, dass Grundstücke im Sinne des § 159 BewG bei einer

Selbstbewirtschaftung zum begünstigten Vermögen gehören, obwohl sie bewertungsrechtlich dem Grundvermögen zuzurechnen sind. Zulasten des Steuerpflichtigen wirkt sich aus, dass Stückländereien im Sinne des § 160 Abs. 7 BewG⁹⁰ sowie der Wohnteil und Betriebswohnungen nicht Teil des begünstigten Vermögens sind, obwohl sie bewertungsrechtlich zum land- und forstwirtschaftlichen Betrieb zählen. Weder bewertungsrechtlich noch im Sinne des § 13b ErbStG begünstigt ist das (sonstige) Grundvermögen, etwa nicht selbst bewirtschaftete Grundstücke im Sinne des § 159 BewG oder sonstiger Grundbesitz, der sich zwar ertragsteuerlich im (geduldeten) Betriebsvermögen befinden kann, aber nicht zum Wirtschaftsteil nach § 168 Abs. 1 Nr. 1 BewG zählt.

Positiv für den Steuerpflichtigen und von erheblicher Relevanz ist die Regelung des § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. f) ErbStG. Grundsätzlich gehören Grundstücke, Grundstücksteile, grundstücksgleiche Rechte und Bauten, die Dritten zur Nutzung überlassen sind, zum (nicht begünstigten) Verwaltungsvermögen. Soweit Flächen zur landwirtschaftlichen Nutzung verpachtet werden, handelt es sich jedoch nicht um Verwaltungsvermögen, sondern um begünstigtes Vermögen.⁹¹

Für das ermittelte begünstigte Vermögen kann grundsätzlich nach § 13a Abs. 1 Satz 1 ErbStG ein Verschonungsabschlag von 85 % sowie ein Abzugsbetrag bis zu 150.000 Euro nach § 13a Abs. 2 ErbStG gewährt werden.

Voraussetzung für die Gewährung des Verschonungsabschlags ist nach allgemeinen Regeln die Einhaltung der sog. Mindestlohnsumme für eine sog. Lohnsummenfrist (fünf Jahre nach dem Erwerb), § 13a Abs. 3 ErbStG. Bei einer Unterschreitung verringert sich der Verschonungsabschlag mit Wirkung für die Vergangenheit in demselben prozentualen Umfang, wie die Mindestlohnsumme unterschritten wird, § 13a Abs. 3 Satz 5 ErbStG. Auf das Einhalten einer Mindestlohnsumme kommt es jedoch nicht an, wenn die Ausgangslohnsumme null Euro beträgt oder der Betrieb nicht mehr als fünf Beschäftigte hat (§ 13a Abs. 3 Satz 3 ErbStG). Da moderne landwirtschaftliche Betriebe regelmäßig nicht mehr als fünf Beschäftigte haben, spielt das Erfordernis der Lohnsummenregelung bei der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs nur selten eine Rolle.⁹²

Stets relevant ist jedoch das Einhalten der Behaltensfrist nach § 13a Abs. 6 ErbStG. Gemäß § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG fallen sowohl der Verschonungsabschlag nach § 13a Abs. 1 ErbStG als auch der Abzugsbetrag nach § 13a Abs. 2 ErbStG nach Maßgabe von § 13a Abs. 6 Satz 2 ErbStG mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit der Erwerber innerhalb von fünf Jahren das land- und forstwirtschaftliche Vermögen im Sinne des § 168 Abs. 1 Nr. 1 BewG und selbst bewirtschaftete Grundstücke im Sinne des § 159 BewG veräußert. Gleiches gilt nach § 13b Abs. 6 Abs. 1 Satz 1

⁸⁸ Ist diese Grenze überschritten, besteht eine Verschonungsmöglichkeit nach § 13c ErbStG.

⁸⁹ Siehe hierzu oben III. 1. b).

⁹⁰ Vgl. hierzu *Wellmann*, ZErB 2010, 12, 17 f.

⁹¹ Hierzu eingehend (und zweifelnd) *Wellmann*, ZErB 2010, 12, 17 ff.

⁹² *Hutmacher*, ZEV 2009, 22, 25.

Nr. 2 Satz 2 ErbStG, wenn innerhalb der Behaltensfrist das land- und forstwirtschaftliche Vermögen einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft nicht mehr dauernd zu dienen bestimmt ist oder wenn der bisherige Betrieb als Stückländerei zu qualifizieren wäre oder Grundstücke im Sinne des § 159 BewG nicht mehr selbst bewirtschaftet werden.

Der rückwirkende Wegfall des Verschonungsabschlags beschränkt sich in diesem Fall nach § 13a Abs. 6 Satz 2 ErbStG auf den Teil, der dem Verhältnis der im Zeitpunkt der schädlichen Verfügung verbleibenden Behaltensfrist einschließlich des Jahres, in dem die Verfügung erfolgt, zur gesamten Behaltensfrist entspricht. Von einer rückwirkenden Besteuerung ist komplett abzusehen, wenn der Veräußerungserlös innerhalb der jeweils nach § 13b Abs. 1 ErbStG begünstigungsfähigen Vermögensart verbleibt, § 13a Abs. 6 Satz 3 ErbStG. Hiervon ist nach § 13a Abs. 6 Satz 4 ErbStG auszugehen, wenn der Veräußerungserlös innerhalb von sechs Monaten in entsprechendes Vermögen investiert wird, das zum begünstigten Vermögen nach § 13b Abs. 2 ErbStG gehört.

Nach allgemeinen Regeln kann auch der Erwerber eines landwirtschaftlichen Betriebs auf Antrag gemäß § 13a Abs. 10 ErbStG einen Verschonungsabschlag von 100 % erhalten. In der Folge erhöhen sich die Lohnsummenfrist, die Mindestlohnsumme und die Behaltensfrist, § 13a Abs. 10 Satz 1 ErbStG.

Abschließend sei noch auf folgende Problematik hingewiesen, die in jüngerer Zeit verstärkt in das Bewusstsein gerückt ist:⁹³ Fraglich ist, ob für die Anwendbarkeit der Steuerbefreiungen der §§ 13a, 13b ErbStG Voraussetzung ist, dass die Schenkungsteuer für sämtliche Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens im (exakt) gleichen Zeitpunkt entsteht („strenge Gleichzeitigkeit“⁹⁴). Insbesondere ist bisher ungeklärt, ob die zur Übertragung von Sonderbetriebsvermögen ergangene Entscheidung des BFH vom 17.06.2020⁹⁵ auf die Übergabe von landwirtschaftlichen Betrieben zu übertragen ist.⁹⁶ Höchststrichtrichterlich ist dies bisher nicht entschieden, wenngleich beim BFH derzeit ein Verfahren betreffend einen Gewerbebetrieb mit Grundbesitz anhängig ist.⁹⁷

IV. Besonderheiten bei der Vermietung für Wind- oder Solarenergie

Nur ganz kurz angedeutet werden kann hier eine vom Verfasser bereits an anderer Stelle⁹⁸ ausführlich dargestellte und aufgrund des fortschreitenden Ausbaus erneuerbarer Energien sehr aktuelle Problematik: Sind (bisher)

landwirtschaftlich genutzte Grundstücke zum Zwecke des Betriebs einer Solar- oder Windkraftanlage vermietet⁹⁹ oder ist dies für nach der Übergabe geplant, stellen sich sowohl ertrag- als auch schenkungsteuerliche Fragen, die teilweise noch nicht abschließend geklärt sind:

In ertragsteuerlicher Hinsicht führt die Vermietung regelmäßig nicht zu einer Zwangsentnahme aus dem Betriebsvermögen, wenn und weil die Wiederaufnahme der landwirtschaftlichen Nutzung nach Beendigung des Mietverhältnisses möglich ist. Auf die von der Rechtsprechung entwickelte 10%-Grenze, wonach eine endgültige Nutzungsänderung zu einer Entnahme der betroffenen Grundstücke führt, wenn die betroffene Fläche mehr als 10 % der Gesamtfläche des Betriebs ausmacht,¹⁰⁰ kommt es dann nicht an.

In schenkungsteuerlicher Hinsicht ist in mehrfacher Hinsicht zu differenzieren: Während sog. Agri-PV-Anlagen regelmäßig unproblematisch sind, da hier die landwirtschaftliche Nutzung weiterhin im Vordergrund steht, führt die Vermietung für gewöhnliche Freiflächen-PV-Anlagen oder Windkraftanlagen zu Unsicherheiten: Erfolgt die Vermietung vor der Übergabe, sind die betroffenen Flächen als Grundvermögen zu bewerten;¹⁰¹ ob die Flächen weiterhin zum Wirtschaftteil gehören und somit nach §§ 13a, 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG begünstigungsfähiges Vermögen darstellen, ist bisher ungeklärt. Erfolgt die Vermietung innerhalb gewisser gesetzlicher Fristen nach der Übergabe, steht – wenngleich meines Erachtens nicht überzeugend – aufgrund derumnutzung eine Nachbewertung zum Liquidationswert nach § 162 BewG und ein rückwirkender (zeitanteiliger) Wegfall des Verschonungsabschlags gemäß § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 ErbStG im Raum. Bis zu einer Klärung durch den BFH oder den Gesetzgeber bietet die Schaffung von Sonderbetriebsvermögen durch Begründung einer Mitunternehmerschaft des vermietenden Eigentümers an der Betreibergesellschaft Sicherheit: Die Flächen sind dann gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG begünstigungsfähiges Vermögen und stellen kein Verwaltungsvermögen dar.

V. Zusammenfassung

- Die Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs ist nicht nur in zivil-, sondern auch in steuerrechtlicher Hinsicht herausfordernd, zumal die Land- und Forstwirtschaft im Steuerrecht eine Spezialmaterie mit zahlreichen Eigenarten darstellt.
- Ertragsteuerrechtlich steht regelmäßig die Möglichkeit der Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG im Mittelpunkt. Hierfür ist insbesondere Voraussetzung, dass die wesentlichen Betriebsgrundlagen übertragen

93 Vgl. etwa *Kaiser*, MittBayNot 2023, 214 ff.; *Krauß*, Vermögensnachfolge Rdnr. 7267 ff.; *Brandenburg* in Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, S. 199; DNotI-Report 2024, 163 ff.

94 *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 7267 ff.

95 BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 38/17, DStR 2020, 2539.

96 Vgl. DNotI-Report 2024, 163; *Kaiser*, MittBayNot 2023, 214; *Krauß*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 7271 f.

97 Anhängig beim BFH unter dem Aktenzeichen II R 18/24.

98 *Wolffskeel v. Reichenberg*, DStR 2025, 1786 ff.

99 Zivilrechtlich handelt es sich um einen Mietvertrag (BGH, Urteil vom 07.03.2018, XII ZR 129/16, NJW 2018, 1540), auch wenn in der Praxis nahezu ausschließlich von einem Pachtvertrag gesprochen wird.

100 BFH, Urteil vom 31.03.2021, VI R 30/18, DStR 2021, 1868 (zur Belastung mit einem Erbbaurecht) m. w. N.

101 Vgl. gleichlautende Erlasse vom 15.07.2022, BStBl. I 2022, S. 1226 und vom 06.03.2024, BStBl. I 2024, S. 378.

werden müssen, was nach der Rechtsprechung bei einem landwirtschaftlichen Betrieb die Übertragung von mindestens 90 % der Fläche voraussetzt. Zudem muss die Übertragung unter Anwendung der sog. Einheitsbetrachtung unentgeltlich erfolgen.

- Schenkungsteuerrechtlich stehen die Bewertung nach dem BewG und die Steuerbefreiung nach § 13a ErbStG im Fokus. Bewertungsrechtlich ist der sog. Wirtschaftsteil, also insbesondere die Ackerflächen, stark privilegiert. Für das sog. Grundvermögen gelten jedoch im Grundsatz die allgemeinen Bewertungsre-

geln. In aller Regel kann für den Wirtschaftsteil mit Ausnahme der Stückländereien und für selbst bewirtschaftete Grundstücke im Sinne des § 159 BewG eine Verschonung nach § 13a ErbStG gewährt werden.

- Die aktuell zunehmende Vermietung (bisher) landwirtschaftlich genutzter Grundstücke für Zwecke der Solar- oder Windenergie vor oder innerhalb gesetzlicher Fristen nach der Übergabe birgt im Hinblick auf die teilweise noch ungeklärte Rechtslage schenkungssteuerrechtliche Unsicherheiten.

Die sog. „Berliner Vormerkung“ – revolutionäre oder riskante Gestaltung?

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des KG vom 30.01.2025, 1 W 375/24,

MittBayNot 2025, 550

Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, München

Ein besonderer Reiz praktischer notarieller Tätigkeit besteht darin, gesicherte theoretische Erkenntnisse kreativ auf neue Lebenssachverhalte sowie gesellschaftliche und rechtliche Veränderungen anzuwenden.

Dabei steht kaum ein anderes Rechtsinstitut stärker im Fokus der Schnittstellen zwischen Theorie und Praxis als die Auflassungsvormerkung, etwa im Rahmen der lebhaften Diskussion um deren mögliche Wiederaufladung und den daraus resultierenden Konsequenzen,¹ um nur ein prominentes Beispiel zu nennen.

I. Ausgangspunkt: Vormerkbarkeit des Anspruchs aus § 335 BGB

Gleichsam unumstritten in Lehre und Rechtsprechung ist indes das Dogma, sowohl beim echten als auch beim unechten² Vertrag zugunsten Dritter sei der Anspruch des *Versprechensempfängers* (§ 335 BGB) vormerkungsfähig, auch soweit die Forderung auf Leistung an einen benannten oder

noch zu benennenden Dritten gerichtet sei.³ In der notariellen Praxis entfaltete diese recht großzügige Möglichkeit der (mittelbaren) Sicherung auch revolvierender Ansprüche für noch unbekannte – und damit als solche mangels Bestimmtheit nicht vormerkbare⁴ – Dritte durch Eintragung einer Vormerkung zugunsten des konkreten Vertragspartners/Versprechensempfängers erhebliche Bedeutung im Bereich der sog. Photovoltaikdienstbarkeiten.⁵ Um gegen den Ausfall des Anlagenbetreibers einzelne Nachfolger dinglich abzusichern, kann einem Versprechensempfänger (Anlagenbetreiber, Treuhänder, Bank) ein Anspruch auf Bezeichnung und Dienstbarkeitsbestellung zugunsten des zu benennenden Nachfolgers eingeräumt und dieser Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden.⁶ Dieser kautelarjuristische Kunstgriff dürfte freilich mit der Neufassung des § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB erheblich an praktischer Bedeutung verloren haben. Ihm könnte aktuell unverhofft neues Leben eingehaucht werden, und zwar mit einer wahrhaft progressiven Erfindung der notariellen Pra-

1 Lesenswert *Amann*, MittBayNot 2010, 451, sowie *Reymann*, MittBayNot 2013, 456.

2 Bei diesem erwirbt der Gläubiger keinen eigenen Leistungsanspruch (BeckOGK-BGB/*Mäsch*, Stand: 01.04.2025, § 328 Rdnr. 54; NK-BGB/*Nicola Preuß*, 4. Aufl. 2021, Vor § 328 Rdnr. 2). Vormerkbar ist in diesem Fall *nur* der Anspruch des Versprechensempfängers, nicht des „faktisch Begünstigten“ mangels eigener Gläubigerstellung (BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 137/07, NJW 2009, 356, 357).

3 BGH, a. a. O.; OLG München, Beschluss vom 07.12.2016, 34 Wx 423/16, BeckRS 2016, 20772 Rdnr. 13; BGH, Urteil vom 22.12.1982, V ZR 8/81, NJW 1983, 1543, 1544; BeckOGK-BGB/*Assmann*, Stand: 01.05.2025, § 883 Rdnr. 112.

4 BGH, Urteil vom 22.12.1982, V ZR 8/81, NJW 1983, 1543, 1544.

5 Siehe OLG München, Beschluss vom 03.06.2013, 34 Wx 109/13, FGPrax 2013, 156.

6 *Reymann*, DNotZ 2010, 84, der indes die Eintragung je einer Vormerkung je Anspruch fordert.

xis, nämlich der sog. „Berliner Vormerkung“, die anders als das sog. „Berliner Testament“ noch keinen festen Bestandteil im Handwerkszeug der Notare bildet.

II. Funktionsweise der „Berliner Vormerkung“

Diesem Gestaltungsmodell liegt folgende Überlegung bzw. Sachverhaltskonstellation zugrunde: Gelegentlich fassen Mandanten, die eine Immobilie zunächst zu Bruchteilseigentum erwerben wollten, zum Beispiel nach Empfehlung ihres Steuerberaters kurzfristig den Entschluss, den Grundbesitz in der Rechtsform einer GbR zu kaufen. Ist bereits ein Beurkundungstermin anberaumt und drängen die Beteiligten auf einen zügigen Vollzug – rasche Kaufpreiszahlung aus der Perspektive des Verkäufers und zeitnahen Besitzübergang aus Sicht der Gesellschafter der Käufer-GbR – so droht die Vorschrift des § 47 Abs. 2 GBO den um höchste Schnelligkeit bemühten Notar unweigerlich einzubremsen: Ohne Voreintragung der eGbR im Gesellschaftsregister keine Auflassungsvormerkung, ohne Auflassungsvormerkung in aller Regel keine Kaufpreisfälligkeit. Die Registrierung der GbR kann indes erhebliche Zeit in Anspruch nehmen, etwa wenn – wie im Bereich des Registergerichts München durchaus üblich – zunächst eine Stellungnahme der IHK zur Frage eines möglichen Handelsgewerbes der Gesellschaft eingeholt wird⁷ oder gar die Gesellschafter die Registrierung im Gesellschaftsregister bewusst verschieben, um die Kaufpreisfälligkeit – etwa wegen einer noch nicht abschließend geklärten Finanzierung – hinauszuzögern.⁸

Genau an dieser Stelle setzt die „Berliner Vormerkung“ an: Sie verspricht einen reibungslosen Vollzug ohne Zeitverlust, auch wenn die entsprechende Registeranmeldung erst unmittelbar vor Beurkundung des Grundstückskaufvertrags beglaubigt⁹ wird. In diesem verpflichtet sich der Verkäufer – zusätzlich zur Veräußerung der Immobilie an die GbR – gegenüber den Gesellschaftern der Käufer-GbR im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter, die Immobilie an den Dritten, d. h. an die GbR zu übereignen. Lediglich der Anspruch des *Versprechensempfängers*, also der GbR-Gesellschafter, und nicht der unmittelbare Anspruch der noch unregistrierten Käufer-GbR wird mit einer sofort¹⁰ also un-

abhängig von der Registrierung der eGbR vollziehbaren Auflassungsvormerkung gesichert, deren Eintragung die Kaufpreisfälligkeit auslöst.

III. Vergleich mit PV-Dienstbarkeitskonstellationen

Damit schließt sich der Kreis zur eingangs erörterten Vormerkbarkeit des selbstständigen Anspruchs aus § 335 BGB. Es überrascht daher nicht, dass das KG¹¹ die „Berliner Vormerkung“ mit einer gerade einmal halbseitigen Begründung für ohne Weiteres eintragungsfähig erklärt hat, zumal im vorbeschriebenen, der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ein Anspruch des Versprechensempfängers ausdrücklich vertraglich begründet wurde und es daher auf die Auslegungsregel des § 335 BGB gar nicht ankam.

Ist die „Berliner Vormerkung“ somit nur alter Wein in neuen Schläuchen, ein weiterer, indifferenter Anwendungsfall der überkommenen Rechtsprechung zur Vormerkbarkeit des Anspruchs des PV-Anlagenbetreibers auf Benennung eines Nachfolgers?

Neu und anders ist hier jedenfalls die bereits angesprochene Regelung des § 47 Abs. 2 GBO, zu der das KG leider keinerlei Stellung bezieht, obgleich sie der (mittelbare) Auslöser dessen Beschlusses war. Vermutlich wurde diese Vorschrift aus Sicht des Gerichts durch die „Berliner Vormerkung“ so erfolgreich umschifft, dass es insoweit keinen Anlass für eine nähere Erörterung in den Entscheidungsgründen sah.

1. Unmittelbare Anwendung des § 47 Abs. 2 GBO

Dem Wortlaut nach erfasst § 47 Abs. 2 GBO ausschließlich Rechte, die für eine GbR als solche im Grundbuch eingetragen werden sollen. Gläubiger der „Berliner Vormerkung“ ist indes gerade nicht die GbR, sondern deren Gesellschafter.

2. Erweiternde Auslegung bzw. analoge Anwendung des § 47 Abs. 2 GBO, Umgehung

Denkbar wäre, die „Berliner Vormerkung“ nicht als rechtmäßige Gestaltung, sondern als unzulässige Umgehung¹² des in § 47 Abs. 2 GBO verankerten Voreintragungsgrundsatzes einzuordnen. Juristisch könnte man einer unerwünschten Umgehung mit einer erweiternden Auslegung bzw. einer analogen Anwendung dieser Vorschrift begegnen.¹³ Die Subsumption des der „Berliner Vormerkung“ zugrunde liegenden Sachverhalts im Wege der erweiternden Auslegung scheitert, wie soeben bereits angedeutet, an der Wortlaut-

7 Kritisch zum Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 26 FamFG und dem damit verbundenen Prüfungsrecht des Registergerichts OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.08.2024, 14 W 52/24 (Wx), NZG 2024, 1287 Rdnr. 22.

8 Siehe *Heckschen/Zimmer*, ZIP 2025, 1005, 1006.

9 *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 330, fordert im Bereich des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO) die *Beurkundung* der GbR-Gründung in der Erwerbsurkunde; großzügiger *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 460 sowie Schäfer/*Hermans*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 2 Rdnr. 37, die ebenso wie das OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 34 Wx 192/24e, NZG 2024, 1417 Rdnr. 27 eine Bezugnahme auf die der Erwerbsurkunde (unmittelbar) vorangehende Registeranmeldung für ausreichend erachten.

10 Unterstellt, bei den Gesellschaftern handelt es sich wie im vom KG (siehe Fn. 11) entschiedenen Fall um unbeschränkt geschäftsfähige natürliche Personen. Die Vormerkung kann für die Gesellschafter als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eingetragen werden.

11 Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 375/24, BeckRS 2025, 7804; in diesem Heft S. 550.

12 *Heckschen/Zimmer*, ZIP 2025, 1005, 1006, erachten dies jedenfalls als „vertretbar“.

13 Siehe MünchKomm-BGB/*Weber*, 9. Aufl. 2023, § 512 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 10. Aufl. 2025, § 134 Rdnr. 19, 22.

grenze.¹⁴ Selbst eine teleologische Auslegung des § 47 Abs. 2 GBO würde hier zu keinem anderen Ergebnis führen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Beseitigung von Defiziten und Lücken im Gutgläubensschutz, die sich aus § 47 Abs. 2 GBO a. F. mit der verpflichtenden Eintragung der Gesellschafter als Identifikationssurrogat der Gesellschaft und § 899a BGB a. F. als atypischer Gutgläubensvorschrift ergeben¹⁵. In diesem Zusammenhang wird vorgebracht,¹⁶ dass die mit dem Voreintragungsgebot bezweckte Transparenz hinsichtlich Existenz, Identität und Vertretung der GbR mit der „Berliner Vormerkung“ umgangen werde, da diese bei wirtschaftlicher Betrachtung der Gesellschaft als solcher – und nicht lediglich ihren Gesellschaftern – sämtliche Schutzwirkungen einer Auflassungsvormerkung zukommen lasse, ohne dass die GbR den hierfür gesetzlich vorgesehenen „Preis“ – Registrierung im Gesellschaftsregister – gezahlt habe.

a) Unterschiedliche gesicherte Ansprüche und Vormerkungsgläubiger

Für diese Ansicht scheint zu sprechen, dass der mit der „Berliner Vormerkung“ gesicherte schuldrechtliche Anspruch ebenso wie der Anspruch der Käufer-GbR aus dem Kaufvertrag auf die Übereignung der identischen Immobilie an die GbR und nicht an deren Gesellschafter als Versprechensempfänger des Vertrags zugunsten Dritter gerichtet ist. Gleichwohl handelt es sich insoweit rechtlich um zwei unterschiedliche Ansprüche, die isoliert nebeneinander stehen und nach der hier vertretenen Auffassung (siehe Ziffer V. 3.) auch zweifach Grunderwerbsteuer auslösen. Darüber hinaus ist der Gläubiger der „Berliner Vormerkung“ ein anderer als der einer Vormerkung zur Sicherung des kaufvertraglichen Anspruchs einer eGbR – was im Ergebnis den entscheidenden Unterschied macht: Bewilligungen wie zum Beispiel Inhaltsänderungen oder die Löschung können in Ansehung der „Berliner Vormerkung“ lediglich die GbR-Gesellschafter, deren Person feststeht, abgeben, freilich ohne Mitwirkung der GbR als solcher. Anders gewendet: Nach Eintragung der „Berliner Vormerkung“ spielt die nicht registrierte GbR grundbuchlich zunächst überhaupt keine Rolle, und damit sind ebenso wenig die vorbeschriebenen Defizite im Gutgläubensschutz von Relevanz, die aus der fehlenden Registrierung der GbR herrühren.

b) Kein Umgehungserfolg

Von einer Gesetzesumgehung kann darüber hinaus nur gesprochen werden, wenn die Beteiligten zur *Realisierung* des von der Norm missbilligten Erfolgs eine Gestaltung wählen, die von der Norm – hier § 47 Abs. 2 GBO – nicht erfasst zu sein scheint.¹⁷ An einer solchen Erfolgsrealisierung fehlt es bei der „Berliner Vormerkung“ indes gerade. Mit dieser Ge-

staltung kann die Eintragung einer GbR im Grundbuch ohne vorherige Registrierung im Gesellschaftsregister eben nicht erreicht werden. Letztere ist zum Vollzug der Auflassung des Grundbesitzes auf die GbR nämlich final zwingend notwendig. Anders gewendet verlagert das Gestaltungsmodell der „Berliner Vormerkung“ mithin die unverändert erforderliche Erfüllung der Voraussetzungen des § 47 Abs. 2 GBO lediglich zeitlich nach hinten, indem sie allein im frühen Prozess des Kaufvertragsvollzugs die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für die GbR-Gesellschafter zur Auslösung der Kaufpreisfälligkeit genügen lässt.

Damit kann gleichzeitig die noch offene Frage nach einer analogen Anwendung des § 47 Abs. 2 GBO auf die „Berliner Vormerkung“ verneint werden. Auf das bereits fragliche Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke kommt es insoweit nicht an, da es im Hinblick auf die unterschiedlichen Ansprüche sowie Vormerkungsgläubiger jedenfalls an der für eine Analogie erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte¹⁸ fehlt.

IV. Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt festzuhalten, dass es sich bei der „Berliner Vormerkung“ um eine rechtlich zulässige Gestaltungsmöglichkeit handelt. Die Annahme einer Umgehung des § 47 Abs. 2 GBO erscheint nicht vertretbar. Der Entscheidung des KG¹⁹ zur „Berliner Vormerkung“ ist daher im Ergebnis zuzustimmen, wenngleich man von einem Obergericht eine ausführlichere Begründung erwartet hätte.

V. Gestaltungsrisiken

Ist die „Berliner Vormerkung“ also ein lohnendes Exportmodell für die notarielle Praxis im restlichen Bundesgebiet? Insoweit gilt es bei dem bereits weiter oben Gesagten anzusetzen, wonach diese Gestaltung die Voraussetzungen des § 47 Abs. 2 GBO nicht umgeht bzw. umgehen kann, sondern deren Erfüllung lediglich in den Bereich des Endvollzugs – namentlich die Auflassung auf die Käufer-GbR – verschiebt. Zu untersuchen sind daher mögliche Störfaktoren, die im Zeitfenster bis zur Eigentumsumschreibung auftreten können.

1. Zwischeneintragungen

Die Schutzwirkungen der „Berliner Vormerkung“ stehen denen einer „klassischen“ Vormerkung, die unmittelbar zugunsten der Käufer-GbR eingetragen wird, in nichts nach.²⁰ Mit dem einzigen Unterschied, dass der Löschan-spruch aus § 888 Abs. 1, § 883 Abs. 2 BGB bzw. das Quasi-Aussonderungsrecht²¹ nach § 106 Abs. 1 InsO den GbR-Gesellschaftern als Vormerkungsgläubigern zusteht.

14 Siehe Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB Allgemeiner Teil/EGBGB, 4. Aufl. 2021, Anh. § 133 Rdnr. 12.

15 BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 01.03.2025, § 47 Rdnr. 83; Lautner, DNotZ 2009, 650, 660.

16 Heckschen/Zimmer, a. a. O.

17 Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB Allgemeiner Teil/EGBGB, § 134 Rdnr. 83.

18 Siehe Grüneberg, 84. Aufl. 2025, Vor § 1 Einl. 48.

19 Siehe Fn. 11.

20 Siehe Heckschen/Zimmer, a. a. O., die genau aus diesem Grund eine Umgehung des § 47 Abs. 2 GBO für vertretbar erachten.

21 Siehe BeckOK-InsR/Berberich, Stand: 01.02.2025, § 106 Rdnr. 2.

2. Gründungsmängel

Deutlich problematischer ist hingegen der Eintritt eines Worst-Case-Szenarios, in dem die Eintragung der unmittelbar vor Abschluss des Kaufvertrags zum Gesellschaftsregister angemeldeten Käufer-GbR scheitert oder die final im Register eingetragene Gesellschaft nicht mit der Käufer-GbR übereinstimmt. Gelangt das Registergericht, etwa nach Einholung einer bereits weiter oben angesprochenen Stellungnahme der örtlichen IHK, zu dem Ergebnis, dass es sich bei der einzutragenden Gesellschaft nicht um eine GbR, sondern um eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete OHG handle, so kann der Urkundsnotar freilich nicht die im Bereich des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO) erforderliche Bescheinigung der Identität²² der eben nicht zur Eintragung gelangten eGbR mit der an der Auflassung beteiligten „GbR“ erteilen. Dies hat zur Folge, dass zumindest die Auflassung erneut beurkundet werden muss. Abgesehen von den hieraus resultierenden Mehrkosten besteht in solchen pathologischen Konstellationen für den Käufer mithin das Risiko, den dank „Berliner Vormerkung“ rasch fällig gestellten Kaufpreis bereits entrichtet zu haben, ohne dass sein Eigentumserwerb vollständig abgesichert ist, welcher dann namentlich von der nachträglichen Beurkundung der Auflassung zwischen Verkäufer²³ und „richtiger“ eGbR abhängt.

3. Doppelte Grunderwerbsteuer?

Abschließend stellt sich die Frage, ob die Berliner Vormerkung neben zivilrechtlichen auch steuerrechtliche Risiken birgt. Selbstredend grunderwerbsteuerpflichtig ist der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer-GbR, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GrEStG. Ebenso ist der Vertrag zugunsten Dritter zwischen Verkäufer und den GbR-Gesellschaftern als Versprechensempfängern zugunsten der GbR ein Verpflichtungsgeschäft, das einen Anspruch auf Auflassung begründet und damit einen Erwerbsvorgang im Sinne eines eigenständigen Kaufvertrags zwischen Verkäufer und GbR-Gesellschaftern als Käufer²⁴ gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GrEStG²⁵ darstellt, der – neben dem Kaufvertrag mit der GbR als solcher – eigens grunderwerbsteuerbar ist. Die unmittelbare Auflassung vom Verkäufer an die GbR unterliegt indes nicht der Steuerbarkeit gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG, weil ihr ein Rechtsgeschäft (Vertrag zugunsten Dritter bzw. Kaufvertrag zwischen Verkäufer und GbR) vorangegangen ist, das den Anspruch auf Übereignung begründet hat.²⁶

a) Ausschluss der Doppelbesteuerung gemäß § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG

Die Vermeidung einer Doppelbesteuerung der beiden im Gestaltungsmodell der „Berliner Vormerkung“ grunderwerbsteuerrelevanten Erwerbsvorgänge könnte zunächst aus § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG hergeleitet werden. Demnach würde in Ansehung des zweiten Rechtsvorgangs (Verpflichtung gegenüber den GbR-Gesellschaftern im Wege des Vertrags zugunsten Dritter) die Steuer nur insoweit erhoben, als die Bemessungsgrundlage für diesen zweiten Vorgang den Betrag übersteigt, von dem beim vorausgegangenen Rechtsvorgang (Kaufvertrag mit der GbR) die Steuer berechnet worden ist. Maßgebliche Bemessungsgrundlage ist vorliegend für beide Vorgänge ein und derselbe Kaufpreis (§ 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG), sodass bei Einschlägigkeit des § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG die Grunderwerbsteuer nur einmal anfiel.

Allerdings betrifft § 1 Abs. 6 GrEStG nur Rechtsvorgänge, die Tatbestände nach verschiedenen Absätzen des § 1 GrEStG erfüllen, nicht jedoch Rechtsvorgänge, die im selben Absatz – hier also § 1 Abs. 1 GrEStG – geregelt sind.²⁷ Folglich scheidet in dem der „Berliner Vormerkung“ zugrunde liegenden Sachverhalt eine Steuerbefreiung nach § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG aus. Eine analoge Anwendung dieses eher eng auszulegenden Steuerbefreiungstatbestands dürfte mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht kommen,²⁸ da der Gesetzgeber die Vermeidung einer Doppelbesteuerung in § 1 Abs. 6 Satz 1 GrEStG bewusst an einen „Absatzwechsel“²⁹ geknüpft hat.

b) Ausschließliche Beurkundung des Vertrags zugunsten Dritter

Die vorbeschriebene grunderwerbsteuerliche Problematik wirft die Frage auf, ob in das der „Berliner Vormerkung“ zugrunde liegende Urkundsgeschäft überhaupt zwei verschiedene grunderwerbsteuerliche Vorgänge (Kaufvertrag zwischen Verkäufer und GbR einerseits und gesonderter Vertrag zugunsten Dritter andererseits) aufgenommen werden müssen. Zur Erreichung des Vertragszwecks ausreichend ist die bloße Beurkundung des schuldrechtlichen Vertrags zugunsten Dritter sowie der dinglichen Auflassung des veräußerten Grundbesitzes vom Versprechenden (Verkäufer) unmittelbar an den Dritten (GbR). Beim Deckungsverhältnis zwischen Versprechendem (Verkäufer) und Versprechensempfänger (GbR-Gesellschafter) handelt es sich um einen grunderwerbsteuerbaren Kaufvertrag. Das mangels Rechtsträgerwechsel³⁰ nicht steuerbare Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Dritten (GbR) besteht in der Verpflichtung der Gesellschafter, den gekauften Grundbesitz in die Gesellschaft einzubringen. Die direkte Auflassung des Grundbesitzes im Vollzugsver-

²² Siehe Fn. 9.

²³ Zu Vollzugsschwierigkeiten kommt es insbesondere, wenn der Verkäufer an der späteren Auflassung nicht mehr mitwirken möchte oder gar kann.

²⁴ Siehe Viskorf/*Meßbacher-Hönsch*, 21. Aufl. 2024, GrEStG § 1 Rdnr. 182.

²⁵ Siehe Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Stand: 01.01.2025, Grunderwerbsteuer Rdnr. 51.

²⁶ Pahlke/*Pahlke*, GrEStG, 8. Aufl. 2025, § 1 Rdnr. 108; Viskorf/*Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, 21. Aufl. 2024, § 1 Rdnr. 185.

²⁷ Viskorf/*Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, § 1 Rdnr. 1368.

²⁸ Siehe FG Baden-Württemberg, Urteil vom 26.04.2024, 5 K 2540/23, DStRE 2025, 550 Rdnr. 52.

²⁹ Viskorf/*Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, § 1 Rdnr. 1368.

³⁰ Siehe Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Grunderwerbsteuer Rdnr. 51.

hältnis zwischen Versprechendem und Dritten ist – wie bereits vorstehend unter 3. dargestellt wurde – grunderwerbsteuerfrei.

VI. Fazit

Zusammenfassend lassen sich folgende Thesen festhalten:

1. Die „Berliner Vormerkung“ ist eine rechtlich zulässige Vertragsgestaltung, mit der das Voreintragungsgebot im Sinne des § 47 Abs. 2 GBO weder umgangen werden kann noch wird. Eine andere Ansicht ist jedenfalls juristisch³¹ nicht vertretbar.
2. Das Gestaltungskonzept der „Berliner Vormerkung“ ist tatsächlich geeignet, bei der Abwicklung eines Kaufvertrags mit einer noch nicht im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR als Käufer den Zeitpunkt der Kaufpreisfälligkeit und damit des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums nach vorne zu verlagern, da insoweit die bisweilen zeitintensive Registrierung der GbR im Gesellschaftsregister nicht abgewartet werden muss. An dieser Stelle erweist sich die „Berliner Vormerkung“ als positives Beispiel dafür, dass sich die notarielle Praxis nicht auf die Vorbereitung von „Standardverträgen“ beschränkt, sondern dem Urkundsgestalter bisweilen ein hohes Maß an gestalterischer Kreativität abverlangt. Die Erfinder der „Berliner Vormerkung“ begaben sich dabei auf das juristische (Hoch-)Reck der Schnittstellen zwischen allgemeinen Schuld-, Immobilien-, Grundbuch- und Gesellschaftsrecht.
3. Andererseits birgt diese Gestaltungsform nicht unerhebliche Risiken, die sich insbesondere dann zu realisieren drohen, wenn es nicht zur Eintragung der Käufer-GbR im Gesellschaftsregister kommt oder der Urkundsnotar aus anderen Gründen die erforderliche Bescheinigung der Identität zwischen eingetragener und Käufer-GbR nicht erteilen kann. In diesem Fall hat der Käufer möglicherweise bereits den Kaufpreis vollständig bezahlt, ohne dass eine in Ansehung der Auflassung vollzugsfähige Kaufvertragsurkunde vorliegt.

³¹ Heckschen/Zimmer, a. a. O. begründen die Vertretbarkeit der Gegenansicht mit einer „wirtschaftlichen“ Betrachtung.

4. Bei der „Berliner Vormerkung“ handelt es sich mithin um eine Gestaltung, die in erster Linie dem Verkäufer zugute zu kommen scheint: Dieser erhält zeitnah, jedenfalls zügiger als es bei der klassischen Vertragsgestaltung und -abwicklung der Fall wäre, den Kaufpreis und ist befreit von dem Risiko, dass die Käufer-Gesellschafter die Eintragung der GbR zeitlich hinausschieben. Wenig überzeugend ist in diesem Zusammenhang die Auffassung,³² der Problematik der Fälligkeitsverzögerung könne ebenso durch Rücktrittsrechte oder Vertragsstrafen begegnet werden. Der mit der Berliner Vormerkung bezweckte rasche Eintritt der Kaufpreisfälligkeit unabhängig von der Eintragung der GbR wird dem primären Erfüllungsinteresse des Verkäufers nämlich deutlich eher gerecht als dessen bloße Vertröstung auf ein Rücktrittsrecht oder eine Vertragsstrafe als Second-Best-Lösung.

5. Vor dem Hintergrund der vorbeschriebenen (Käufer-) Risiken gilt als Gebot des sichersten Wegs nach wie vor: Erst registrieren, dann beurkunden.³³ Das Gestaltungsmodell der „Berliner Vormerkung“ sollte daher nur auf ausdrücklichen Wunsch aller Beteiligten gewählt werden. Aus notarieller Sicht empfiehlt sich dann freilich die Aufnahme eines ausdrücklichen Hinweises auf die hiermit verbundenen Risiken in der Kaufvertragsurkunde, insbesondere auf das etwaige Erfordernis einer (kostenpflichtigen) Nachtragsbeurkundung der Auflassung.

6. Dem weiteren Risiko einer doppelten Grunderwerbsteuererhebung³⁴ kann nach der hier vertretenen Auffassung dadurch entgegengetreten werden, nur *einen einzigen* Eigentumsverschaffungsanspruch in Form eines Vertrags zugunsten Dritter zu begründen, d. h. in die notarielle Urkunde nicht zusätzlich einen weiteren Kaufvertrag zwischen Verkäufer und GbR als solcher aufzunehmen. Unabhängig davon erscheint es dringend ratsam, den Beteiligten eine qualifizierte steuerliche Prüfung der konkreten vertraglichen Ausgestaltung des Modells der „Berliner Vormerkung“ nahezu legen.

³² Heckschen/Zimmer, a. a. O.

³³ Bolkart, MttBayNot 2021, 319, 327.

³⁴ Siehe Heckschen/Zimmer, a. a. O. (ohne nähere Begründung).



BUCHBESPRECHUNGEN

Heinz Thomas/Hans Putzo (Begr.):

Zivilprozessordnung. FamFG – Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, VDuG, EU-Zivilverfahrensrecht

46. Aufl., Beck, 2025. 3207 S., 75 €

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

Ein Kommentar zur ZPO zählt für einen Notar möglicherweise nicht zu denjenigen Werken, die tagtäglich konsultiert werden. Aber eine gut sortierte kautelarjuristische Handbibliothek wird stets auch ein Erläuterungsbuch zum Zivilverfahrensrecht umfassen, weil man immer wieder einmal einer (vermeintlichen) „Kleinigkeit“ aus der ZPO oder dem FamFG vertieft nachgehen möchte. Und hierfür ist der vorliegende Band geradezu prädestiniert:

Beim Thomas/Putzo handelt es sich um einen echten „Klassiker“ der zivilprozessualen Kommentarliteratur, der eigentlich jedem Juristen aus der eigenen Referendarzeit noch gut bekannt sein wird. Das 1963 von den beiden namengebenden Richtern an bayerischen Höchst- bzw. Obergerichten, den Professoren Dr. *Heinz Thomas* und Dr. *Hans Putzo*, begründete Werk ist längst nicht mehr das dünne, schmalbrüstige Bändchen von einst, das ursprünglich einmal fast noch in der Hosentasche Platz gefunden hat. Diese Zeiten sind längst vorbei! Der heutige „Auftritt“ des Werks hat sich stark gewandelt: In der aktuellen Auflage umfasst der Thomas/Putzo mehr als 3000 Dünndruckseiten. Bereits seit einiger Zeit erscheint das Werk im Jahresturnus. Die Kommentierung beschränkt sich längst nicht mehr nur auf den deutschen Zivilprozess, sondern mittlerweile werden außer der ZPO und ausgewählten Teilen des GVG insbesondere die ersten beiden Bücher des FamFG – der Allgemeine Teil des Verfahrensrechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie das familiengerichtliche Verfahren – erläutert. Hinzukommt eine ausgesprochen solide, mit viel Sachverstand zusammengestellte Auswahl von praktisch wichtigen Regelwerken des internationalen und europäischen Zivilverfahrensrechts wie u. a. etwa die Brüssel Ia-VO (EuGVVO), die Brüssel IIb-VO, die EuUnthVO und – für den im internationalen Umfeld tätigen Kautelarjuristen nicht ganz unwichtig – die EuGüVO und die EuErbVO nebst den einschlägigen nationalen Ausführungsgesetzen, die im Band kompakt – mehrere Einzelbestimmungen zusammenfassend – kommentiert oder durch qualitativ äußerst hochwertige Vorbemerkungen und Einführungen inhaltlich erschlossen werden. Damit deckt das Werk praktisch das gesamte deutsche und europäische Zivilverfahrensrecht einschließlich des familiengerichtlichen Verfahrens ab – es ist genau dieser Aspekt, der das Werk so attraktiv und empfehlenswert macht: Der Inhalt des Bandes geht weit über das hinaus, was der eher tiefstapelnde Titel „Zivilprozessordnung“ verheißt.

In inhaltlicher Hinsicht zeichnet sich der Kommentar durch kurze, „auf den Punkt“ gebrachte, aber qualitativ stets au-

ßerordentlich hochwertige Erläuterungen aus, die viel zu der Beliebtheit und weiten Verbreitung des Werkes beigetragen haben: Die Präzision, die „knackigen“, zielgerichteten Hinweise der mittlerweile drei Autoren – zwei Vorsitzende Richter des OLG München und ein Richter am OLG Frankfurt a. M. – gehören zu den „Markenzeichen“, die den Kommentar mehr als 60 Jahre seit Erscheinen der ersten Auflage unverändert auszeichnen. Die Kommentierungen der einzelnen Vorschriften werden durch umfangreiche, gezielt ausgewählte, prägnante Rechtsprechungs- und Literaturnachweise untermauert, die direkt in den Fließtext eingearbeitet sind. Ein weiteres Merkmal des Thomas/Putzo sind die sorgfältig verfassten Übersichten, Vorbemerkungen und umfangreichen Einleitungen, die beispielsweise der Erläuterung der ZPO (Einl. ZPO Rdnr. 1-102 sowie Vor § 1 Rdnr. 1-11), aber auch des FamFG (Einf. Rdnr. 1-27), vorangestellt sind: Die dem FamFG beigelegte, einführende Erläuterung könnte allerdings noch weiter ausgebaut und vertieft werden. In der Neuauflage werden erstmals die mit Wirkung zum 01.04.2025 in Kraft getretenen neuen Bestimmungen der §§ 606–614 ZPO, §§ 184a, 184b GVG zur Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in den Zivilprozess erläutert.

Der Kommentar ist ganz auf die Bedürfnisse der Praxis ausgerichtet; etwa, wenn bei der Erläuterung der Prozesskostenhilfe die maßgeblichen sozialrechtlichen Grundlagen – beispielsweise zu den abzusetzenden sozialrechtlichen Mehrbedarfen oder zum Schonvermögen nach § 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Abs. 3 Satz 2 ZPO – im Kleindruck mit abgedruckt werden (vgl. § 115 ZPO Rdnr. 12a, 23). In die Kommentierung des § 115 ZPO sind mittlerweile auch die Freibeträge der jeweils aktuellen Prozesskostenhilfebekanntmachung aufgenommen worden (vgl. § 115 ZPO Rdnr. 7); ein Umstand, der aus Sicht des Praktikers zu begrüßen ist. Positiv zu vermerken ist, dass die Autoren Empfehlungen für eine sachgerechte Tenorierung von Entscheidungen geben; beispielsweise für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (vgl. § 119 ZPO Rdnr. 15). Auch die Hinweise zu den Kosten und den Verfahrenswerten, die zahlreichen Einzelerläuterungen angefügt sind, kommen den Bedürfnissen der Praxis sehr entgegen. Die große Praxisorientiertheit des Werkes zeigt sich auch an vermeintlichen Kleinigkeiten: Etwa, wenn in der Darstellung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der (Familien-)Gerichte ausführlich auf die Möglichkeit einer Kontaktierung der Verbindungsrichter im Europäischen Justiziellen Netz für Zivil- und Handelssachen aufmerksam gemacht wird, die in internationalen, grenzüberschreitenden Familienrechtsfällen der forensischen Praxis



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

mit Rat und Tat unterstützend zur Seite stehen (vgl. u. a. Art. 86 Brüssel IIb-VO Rdnr. 2; Vor Brüssel IIb-VO Rdnr. 15; § 99 FamFG Rdnr. 6). Für Gesetzesänderungen, die zwar absehbar, aber bis zum Redaktionsschluss noch nicht verabschiedet worden sind, haben die Verfasser eine pragmatische Lösung gefunden und an den entsprechenden Stellen der Kommentierung geplante Reformen, deren Ausmaß und Folgen, eingehend erörtert; etwa bei der kurz vor dem Ende der letzten Legislaturperiode, Ende Januar 2025 noch beschlossenen, im April 2025 in Kraft getretenen Änderungen in der Verfahrensbeistandsvergütung (vgl. § 158c FamFG Rdnr. 1a).

Fazit: Knallig gelb-orangener Einband, noch handlich, umfassende Erläuterung des deutschen und europäischen Zivilverfahrensrechts, höchste Qualität – das ist der Thomas/ Putzo, in wenigen Worten charakterisiert. Das bewährte, empfehlenswerte Werk hat dem Praktiker unverändert sehr viel zu bieten.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Zum Begriff der Hecke im Sinne des Nachbarschaftsrechts und einem auf diese gerichteten Beseitigungsanspruch

BGH, Urteil vom 28.03.2025, V ZR 185/23 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 16.08.2023, 17 U 132/22)

BGB § 903 Satz 1, § 1004 Abs. 1 Satz 1

EGBGB Art. 1 Abs. 2, Art. 124

NachbG HE § 39, § 43

LEITSÄTZE:

1. Dem Begriff der Hecke im Sinne der Landesnachbargesetze (hier: § 39 Abs. 1 NachbG HE) ist eine Höhenbegrenzung nicht immanent. Entscheidend für die Einordnung als Hecke ist vielmehr, ob die Anpflanzungen im Einzelfall nach dem äußeren Erscheinungsbild bei einer natürlichen Betrachtungsweise einen geschlossenen Eindruck als Einheit mit einem Dichtschluss sowie einer Höhen- und Seitenbegrenzung vermitteln.
2. Wird eine Hecke auf einem Grundstück gepflanzt, das höher liegt als das Nachbargrundstück, ist die nach den Landesnachbargesetzen zulässige Heckenhöhe grundsätzlich von der Stelle aus zu messen, an der die Anpflanzungen aus dem Boden austreten. Erfolgt hingegen im zeitlichen Zusammenhang mit der Anpflanzung eine (künstliche) Erhöhung des Grundstücksniveaus im Bereich der Grundstücksgrenze, ist davon abweichend das ursprüngliche Geländeniveau maßgeblich (Abgrenzung von Senat, Urteil vom 02.06.2017, V ZR 230/16, NJW-RR 2017, 1427).
3. Für den Fall, dass eine Hecke den einzuhaltenden Grenzabstand wahrt, kommt eine Verpflichtung zum Rückschnitt einer Bambushecke und zur Unterlassung unter dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses nur dann in Betracht, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint. Dafür ist erforderlich, dass der Nachbar wegen der Höhe der Bambushecke ungewöhnlich schweren und nicht mehr hinzunehmenden Beeinträchtigungen ausgesetzt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Zur Bemessung der Wuchshöhe von Bäumen und Sträuchern im Nachbarschaftsrecht

BGH, Urteil vom 27.06.2025, V ZR 180/24 (Vorinstanz: LG Freiburg vom 25.09.2024, 3 S 78/23)

NRG BW § 16 Abs. 3

LEITSATZ:

Der für Hecken aufgestellte Grundsatz, dass bei einer Anpflanzung auf einem Grundstück, das höher liegt als das Nachbargrundstück, die nach den Landesnachbargesetzen zulässige Wuchshöhe von der Stelle aus zu messen ist, an der die Anpflanzungen aus dem Boden austreten, gilt auch für Bäume, Sträucher und andere Gehölze. Auch insoweit ist, wenn im zeitlichen Zusammenhang mit der Anpflanzung eine (künstliche) Erhöhung des Grundstücksniveaus im Bereich der Grundstücksgrenze erfolgt, davon abweichend das ursprüngliche Geländeniveau maßgeblich (Fortführung von Senat, Urteil vom 28.03.2025, V ZR 185/23, NZM 2025, 356).

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

3. Eintragungsantrag bei Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung erst im Beschwerdeverfahren und nach Inkrafttreten einer Umwandlungsverordnung im Sinne von § 250 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB

BGH, Beschluss vom 28.11.2024, V ZB 24/23 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 28.03.2023, 1 W 404/21)

BauGB § 250

WEG § 8

LEITSÄTZE:

1. Stellt der teilende Grundstückseigentümer den Vollzugsantrag zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem der Vollzug der Teilung gemäß § 8 WEG mangels entsprechender Rechtsverordnung noch keiner Genehmigung nach § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB bedarf, fügt dem Vollzugsantrag aber keine Abgeschlossenheitsbescheinigung bei, darf das Grundbuchamt den Antrag jedenfalls nach Ablauf einer angemessenen Frist mit Zwischenverfügung zurückweisen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Wird die zunächst fehlende Abgeschlossenheitsbescheinigung erst im Beschwerdeverfahren nachgereicht und wird der Beschluss lediglich aufgrund dieser neuen Tatsachen aufgehoben, ist die nicht fristgebundene Grundbuchbeschwerde wie ein neuer Antrag zu behandeln und eine nach Stellung des Antrags auf Vollzug der Teilungserklärung in Kraft getre-



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

tene Umwandlungsverordnung im Sinne von § 250 Abs. 1 Satz 1, 3 BauGB zu beachten. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Eine Zwischenverfügung zur Beibringung von fehlenden Unterlagen, insbesondere solchen, die erst in einem anderen Verwaltungsverfahren eingeholt werden müssen (hier: Abgeschlossenheitsbescheinigung), ist ermessensgerecht und der Eintragungsantrag darf jedenfalls nach Ablauf einer mit der Zwischenverfügung gesetzten angemessenen Frist zurückgewiesen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

4. Sicherbarkeit eines Anspruchs des Versprechensempfängers bei einem Vertrag zugunsten Dritter durch eine Vormerkung

KG, Beschluss vom 30.01.2025, 1 W 375/24

BGB §§ 328, 335

LEITSATZ:

Der Anspruch des Versprechensempfängers, der die Leistung an den Dritten aus eigenem Recht fordern kann, ist durch Vormerkung sicherbar. (Leitsatz der Schriftleitung)

Diese Entscheidung wird behandelt von Hecht, Die sog. „Berliner Vormerkung“ – revolutionäre oder riskante Gestaltung? (in diesem Heft S. 542)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Voraussetzungen für die beantragte Eintragung der Vormerkung liegen vor. Insbesondere fehlt es nicht an einem zu sichernden Anspruch. Die Beteiligten zu 3 und 4 haben durch § 4 der Urkunde einen eigenen Anspruch auf Übereignung des vertragsgegenständlichen Wohnungseigentums an die Käuferin erworben. Die vertragliche Verpflichtung zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 (Versprechende) einerseits und den Beteiligten zu 3 und 4 (Versprechensempfänger) andererseits auf Leistung an die eGbR stellt einen Vertrag zugunsten Dritter dar, der neben dem Übereignungsanspruch der eGbR als Käuferin steht. Das eigene Forderungsrecht der Beteiligten zu 3 und 4 ergibt sich nicht nur aus der Auslegungsregel des § 335 BGB, sondern auch daraus, dass die Verpflichtung gegenüber den Beteiligten zu 3 und 4 ausdrücklich zur Sicherung des vereinbarten Eigentumserwerbs begründet und dafür eine Vormerkung bewilligt wurde. Der Anspruch des Versprechensempfängers, der die Leistung an den Dritten aus eigenem Recht fordern kann, ist durch Vormerkung sicherbar (BGHZ 28, 99; BGH, NJW 1983, 1543; Grüneberg, 84. Aufl., § 335 Rdnr. 1; Staudinger/Keseler, Neub. 2022, § 883 Rdnr. 96).

5. Keine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung bei Bewilligung aufgrund einer Generalvollmacht ohne Offenlegung deren Verwendung als „transmortale Vollmacht“ und des Todes des Erblassers

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 04.04.2025, 5 W 14/25

BGB §§ 133, 157, 164 Abs. 1 Satz 2

GBO §§ 39, 40

LEITSATZ:

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung analog § 40 Abs. 1 GBO kommt nicht in Betracht, wenn der Bewilligende seine Rechtsmacht zur Belastung des Grundeigentums mit einer Finanzierungsgrundschuld aus einer Generalvollmacht ableitet, die außer der Vertretung zu Lebzeiten auch die Möglichkeit einer Vertretung der Erben nach dem Tode des Vollmachtgebers einschließt, ihre Verwendung als „transmortale Vollmacht“ aber nicht erkennbar gemacht, sondern ausdrücklich für den Erblasser gehandelt hat, ohne dessen Tod offenzulegen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand der vorliegenden Grundbuchbeschwerde ist ein Antrag auf Eintragung einer Grundschuld an dem im Grundbuch von (...) Blatt (...) verzeichneten Grundstück, als dessen Eigentümer die Beteiligten zu 1 und zu 2 zu je ½-Anteil eingetragen sind. Der Beteiligte zu 1 ist am 02.06.2017 verstorben. Beide Beteiligte hatten mit notarieller Urkunde vom 15.03.2011 (UR Nr. [...]) einander gegenseitig sowie ein jeder von ihnen einzeln Frau G (...) bevollmächtigt, sie in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig ist, zu vertreten; die Vollmacht sollte durch den Tod des jeweiligen Vollmachtgebers nicht erlöschen und jeweils insbesondere auch die Erledigung von Bank- und Grundstücksgeschäften jeglicher Art sowie den Empfang von Geldern umfassen, die Bevollmächtigten waren jeweils von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und ihnen war jeweils gestattet, Untervollmacht zu erteilen.

2 Ausweislich notarieller Urkunde vom 25.10.2024 (UR Nr. [...]) veräußerten der – darin ohne Hinweis auf sein Ableben als Verkäufer benannte – Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 2, beide aus diesem Anlass jeweils vertreten durch Frau G (...), den vorbezeichneten Grundbesitz an die Beteiligten zu 3 und zu 4. § 6 des Vertrags enthält unter der Überschrift „Belastungsvollmacht“ eine Vereinbarung, wonach „der Verkäufer“ den Käufer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB u. a. dazu bevollmächtigte, den Vertragsgegenstand mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe nebst Zinsen, Nebenleistungen und Nebenrechten zu belasten. Mit weiterer notarieller Urkunde vom selben Tage (UR Nr. [...]) bestellten der – darin ebenfalls ohne Hinweis auf sein Ableben als Sicherungsgeber benannte – Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 2, nunmehr vertreten durch die gemäß Urkunde Nr. (...) hierzu bevollmächtigten Beteiligten zu 3 und zu 4, zugunsten der Kreissparkasse S eine Grundschuld – ohne Brief – in Höhe von 180.000 € an dem vor-

bezeichneten Grundbesitz, deren Eintragung in das Grundbuch zugleich bewilligt und beantragt wurde.

3 Das Grundbuchamt hat, nachdem es aufgrund einer Meldeauskunft Kenntnis von dem Tode des Beteiligten zu 1 erlangt hatte, mit Verfügung vom 28.11.2024 darauf hingewiesen, dass eine Finanzierungsgrundschild nur nach vorheriger Grundbuchberichtigung auf die Erben des Verstorbenen im Grundbuch eingetragen werden könne, und um Nachreichung der entsprechenden letztwilligen Verfügung(en) nebst Eröffnungsprotokoll oder Ausfertigung des Erbscheins gebeten. In Ansehung der von dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller daraufhin ausdrücklich eingewandten transmortalen General- und Vorsorgevollmacht (...) hat es sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Voreintragung der Erben gemäß § 39 GBO auch in einem solchen Fall erforderlich sei, da keine Ausnahme nach § 40 GBO vorliege und diese Bestimmung auf die vorliegende Konstellation auch nicht entsprechend angewandt werden könne. An dieser Rechtsauffassung hat es mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 23.01.2025 [...] unter Verweis auf einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung festgehalten.

4 Hiergegen richtet sich die mit Schreiben des Urkundsnotars vom 13.02.2025 eingelegte Beschwerde (...), die, ebenfalls unter Verweis auf entsprechende obergerichtliche Rechtsprechung, auf der Ansicht beharrt, dass es für die Eintragung der aufgrund postmortaler Vollmacht bewilligten Grundschild keiner Voreintragung der Erben bedürfe, und der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 19.02.2025 (...) nicht abgeholfen hat.

5 II. Die erkennbar im Namen aller Antragsberechtigten durch den Urkundsnotar eingelegte (vgl. § 15 Abs. 2 GBO; BGH, Beschluss vom 24.01.1985, V ZB 5/84, NJW 1985, 3070; Senat, Beschluss vom 04.12.2024, 5 W 41/24, juris), gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes bleibt erfolglos. Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung des Grundpfandrechts zu Recht von der Voreintragung der davon materiell betroffenen Erben des Beteiligten zu 1 abhängig gemacht.

6 1. Die vorliegende Beschwerde ist auch insoweit zulässig, als sie ausweislich des Rubrums (u. a.) im Namen des bereits am 02.06.2017 verstorbenen Beteiligten zu 1, vertreten durch Frau G, eingelegt worden ist. Zwar ist der Beteiligte zu 1 nach seinem Tode nicht mehr rechts- und parteifähig und daher auch nicht zur wirksamen Einlegung eines Rechtsmittels imstande gewesen (vgl. OLG Bremen, ZEV 2020, 643 = FamRZ 2020, 1507). Die gebotene Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Beschwerde ergibt aber, dass diese insoweit – anders als noch die verfahrenseinleitenden Anträge – erkennbar (vgl. § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht mehr in dessen Namen, sondern namens seiner Erben eingelegt worden ist. Nachdem nämlich – erst – im laufenden Verfahren aufgrund einer eingeholten Meldeauskunft bekannt geworden war, dass der Beteiligte zu 1 verstorben ist, und die im Verfahren vorgelegte Generalvollmacht zugunsten von Frau G sowohl eine Vertretungsbefugnis zu Lebzeiten, als auch über den Tod hinaus (sog. transmortale Vollmacht) beinhaltet, ist fortan offenkundig, dass diese, ebenso wie die mit

einer „Belastungsvollmacht“ unterbevollmächtigten Beteiligten zu 3 und zu 4 insoweit für den oder die Erben des Beteiligten zu 1 handeln, die zur Wirksamkeit dieses Vertreterhandelns auch nicht zwingend namhaft gemacht werden, sondern lediglich bestimmbar sein müssen (vgl. Staudinger/Schilken, Neub. 2024, § 164, Rdnr. 5; Schubert in MünchKomm-BGB, 10. Aufl., § 164 Rdnr. 122; vgl. BGH, Urteil vom 04.04.2000, XI ZR 152/99, NJW 2000, 2984, 2985). Folglich ist die nachgehend durch den Urkundsnotar erhobene Beschwerde insoweit als in deren Namen eingelegt worden anzusehen.

7 2. In der Sache ist die Beschwerde unbegründet, weil es, den zutreffenden Ausführungen des AG folgend, an der Voreintragung der Erben des Beteiligten zu 1 im Grundbuch fehlt.

8 a) § 39 Abs. 1 GBO sieht vor, dass eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Diese Norm ist zwar als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet, muss aber vom Grundbuchamt stets beachtet werden und verträgt keine der Zulassung von Ausnahmen zugeneigte Auslegung (RG, Beschluss vom 19.08.1940, V B 21/40, JFG 21, 329, 332; KG, FGPrax 2011, 270; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 39 Rdnr. 1). Ihr Zweck besteht darin, dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung zu erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen zu sichern, dass ungeachtet der Vermutung des § 891 BGB ein anderer unberechtigterweise über das Recht verfügt (vgl. RG, Beschluss vom 17.01.1903, V 255/02, RGZ 53, 298; Senat, Beschluss vom 05.01.2015, 5 W 78/14; Demharter, GBO, § 39 Rdnr. 1). Außerdem zielt sie darauf ab, den „Rechtsstand des Grundbuchs (...) nicht bloß im Endziel richtig, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiederzugeben“ (so RG, Beschluss vom 24.09.1931, V B 7/31, RGZ 133, 279, 283; BGH, Beschluss vom 15.07.2010, V ZB 107/10, NJW-RR 2011, 19; Senat, Beschluss vom 05.01.2015, 5 W 78/14; Demharter, GBO, § 39 Rdnr. 1 m. w. N.). Wie das Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung zu Recht ausführt, fehlt es danach an der Voreintragung der Erben des Beteiligten zu 1 im Grundbuch, weil diese die von der beantragten rechtsändernden Eintragung betroffenen Personen im Sinne der Vorschrift sind. Auch insoweit spielt es keine Rolle, dass die Beteiligten nach dem – eindeutigen – Wortlaut der notariellen Urkunden den Antrag auf Eintragung der Belastung und die entsprechende Bewilligung ausdrücklich im Namen des Beteiligten zu 1 formuliert haben, mithin der Anschein einer Personenidentität erweckt wird. Denn „betroffen“ im vorgenannten Sinne ist immer der wahre Berechtigte, d. h. der Inhaber des Rechts zum Zeitpunkt der Vornahme seiner Eintragung (vgl. BGH, Beschluss vom 15.07.2010, V ZB 107/10, NJW-RR 2011, 19; RG, Beschluss vom 24.09.1931, V B 7/31, RGZ 133, 279, 282). Der dort als Miteigentümer eingetragene Beteiligte zu 1 ist aber – was von den Beteiligten zunächst nicht offengelegt wurde, jedoch dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangt ist – bereits am 02.06.2017, gut sieben Jahre vor der Vornahme der Beurkundung, verstorben. Infolgedessen könnte die beantragte Eintragung materiellrechtliche Wirkungen nur noch gegenüber seinen Erben entfalten (§§ 1922, 1967 BGB).



9 b) Zu Recht nimmt das Grundbuchamt weiter an, dass das Erfordernis der Voreintragung des Berechtigten jedenfalls im vorliegenden, durch die Besonderheiten der von den Beteiligten gewählten Verfahrensweise geprägten Einzelfall nicht in (unmittelbarer oder entsprechender) Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO überwunden werden kann.

10 aa) § 40 Abs. 1 GBO macht von dem Grundsatz der Voreintragung des § 39 Abs. 1 GBO eine Ausnahme für den Fall, dass die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und entweder die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Eine unmittelbare Anwendung dieser – vom Gesetzgeber selbst so bezeichneten (vgl. BT-Drucks. 12/5553, S. 96) – Ausnahmeregelung scheidet aus, weil deren tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Die beantragte Eintragung zielt nicht auf die Übertragung oder die Aufhebung des Eigentums als dem davon betroffenen Recht der Erben ab, sondern auf dessen Belastung mit einem Grundpfandrecht. Ebenso wenig liegt eine wirksame Bewilligung des Erblassers oder einer anderen in der Vorschrift genannten Person vor, obschon die Beteiligten zu 3 und zu 4 ausweislich der Urkunde Nr. 2791/2024 ausdrücklich im Namen des Beteiligten zu 1 gehandelt haben (vgl. § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB), wozu sie von der generalbevollmächtigten Frau G ermächtigt worden waren. Denn § 40 Abs. 1 GBO meint unmittelbar nur die von dem Erblasser noch zu Lebzeiten – selbst oder durch einen Vertreter – abgegebene Bewilligung (vgl. *Bauer* in *Bauer/Schaub*, GBO, 5. Aufl., § 40 Rdnr. 22), wohingegen der Beteiligte zu 1, der seit seinem Tode nicht mehr rechtsfähig war (vgl. *Ellenberger* in *Grüneberg*, 84. Aufl., § 1 Rdnr. 3), zum Zeitpunkt der Beurkundung keine wirksamen Rechtshandlungen mehr vornehmen konnte (§ 104 BGB; vgl. OLG Bremen, ZEV 2020, 643), sodass fortan auch im Wege der Stellvertretung – bei entsprechender Bevollmächtigung über den Tod hinaus – nur noch ein Handeln im Namen seiner Erben möglich gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 23.02.1983, IVa ZR 186/81, BGHZ 87, 19, 25; *Weidlich* in *Grüneberg*, Vor § 2197 Rdnr. 10).

11 bb) Eine mit der Beschwerde reklamierte analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf die hier gegebene – besondere – Fallgestaltung kommt nicht in Betracht. Allgemein anerkannt ist dies vorrangig für den – hier nicht gegebenen – Fall, dass in Vorbereitung der Übertragung eines Rechts zunächst nur eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden soll, weil diese allein dazu dient, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern und sie in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 05.07.2018, V ZB 10/18, NJW 2018, 3310 m. w. N.). Darüber hinaus wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung neuerdings die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf die Belastung eines noch auf den Erblasser eingetragenen Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld durch den mit einer transmortalen Vollmacht ausgestatteten Vertreter diskutiert (im

Anschluss an OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2018, 787 = ZfIR 2017, 833 m. Anm. *Cramer*; u. a. OLG Köln, ZEV 2018, 418; OLG Stuttgart, FamRZ 2019, 318; OLG Rostock, FGPrax 2024, 108; OLG Braunschweig, MDR 2024, 1373; a. A. OLG Oldenburg, FGPrax 2021, 153; OLG Bremen, NJW-RR 2022, 454; OLG Hamm, NJW-RR 2023, 524). Auch darum geht es im vorliegenden Einzelfall aber nicht; denn die Beteiligten zu 3 und zu 4 haben die Eintragung der Grundschuld nicht mithilfe einer aus der transmortalen Vollmacht abgeleiteten Befugnis namens der Erben bewilligt, sondern vielmehr offenkundig – rechtsunwirksam – im Namen des verstorbenen Beteiligten zu 1 gehandelt, wie die Auslegung ihrer Erklärung ergibt:

12 (1) Als verfahrensrechtliche Erklärung ist eine Eintragungsbewilligung grundsätzlich auslegungsfähig (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28). Bei der Auslegung ist entsprechend § 133 BGB auf Sinn und Wortlaut abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Dabei dürfen außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, Beschluss vom 06.11.2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208). Darauf, was der Bewilligende gewollt hat, kommt es nicht an (BayObLGZ 2002, 263; OLG Köln, NJW-RR 2020, 898; *Holzer* in *BeckOK-GBO*, Stand: 01.03.2025, § 19 Rdnr. 48). Zu beachten ist ferner, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt daher nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (BGH, Beschluss vom 09.02.1995, V ZB 23/94, BGHZ 129, 1; BayObLGZ 1984, 122; OLG Düsseldorf, FGPrax 2021, 7; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28). Aus der Bewilligung muss sich u. a. ergeben, welche Person die Bewilligungserklärung als Verfahrenshandlung abgegeben hat; dadurch soll das Grundbuchamt in die Lage versetzt werden, sich über die Bewilligungsberechtigung zu informieren und diese umfassend zu prüfen (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2006, 448; *Böttcher* in *Meikel*, GBO, 12. Aufl., § 19 Rdnr. 114). Soweit die Eintragungsbewilligung durch einen Vertreter des Betroffenen erklärt werden kann, setzt dies ein Handeln „im Namen des Vertretenen“ voraus, wobei es nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB keinen Unterschied macht, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen abgegeben wird oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen abgegeben werden soll (BayObLG, MittBayNot 1992, 190). Als Auslegungsregel beantwortet diese Vorschrift nicht nur die Frage, ob der Vertreter im Namen eines anderen gehandelt hat; sie ist vielmehr auch dann maßgebend, wenn ungewiss ist, in welchem Namen der Vertreter handelt (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.1987, VII ZR 299/86, NJW-RR 1988, 475; *Weinland* in *jurisPK-BGB*, Stand: 20.01.2025, § 164 Rdnr. 24, jew. m. w. N.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass anhand aller Umstände zu ermitteln ist, ob die Beteiligten zu 3 und zu 4 die Bewilligung erkennbar im Namen der Erben des Beteiligten zu 1 abgegeben haben, d. h., ob diese – und nicht der (bereits verstorbene) Beteilig-

te zu 1 – rechtlich Erklärende gewesen sind (vgl. BayObLG, MittBayNot 1992, 190; *Schubert* in MünchKomm-BGB, § 164 Rdnr. 122; *Finkenauer* in Erman, BGB, 17. Aufl., § 164 Rdnr. 4; *Gehrlein*, VersR 1995, 268).

13 (2) Diese Auslegung ergibt, dass die Beteiligten zu 3 und zu 4 die Eintragung der Grundschuld hier – offenkundig – im Namen des (verstorbenen) Beteiligten zu 1 – und nicht der Erben – bewilligt haben. Nach dem Wortlaut ihrer notariell beurkundeten – und damit eine größere Gewähr für richtigen Sprachgebrauch bietenden (vgl. BGH, Urteil vom 20.03.1998, V ZR 25/97, NJW 1998, 2136; Senat, Urteil vom 24.01.2024, 5 U 8/23, ZEV 2025, 94) – Erklärung handelten sie ausdrücklich namens des Beteiligten zu 1 sowie der Beteiligten zu 2 unter Verwendung der ihnen zu diesem Zweck mit Urkunde Nr. (...) ebenfalls ausdrücklich in deren Namen erteilten „Bewilligungsvollmacht“. Hinweise auf eine irrtümliche Wortwahl liegen nicht vor; vielmehr drängt sich angesichts der verfahrensmäßigen Abläufe auf, dass es den Beteiligten – aus Kostengründen – auf die von ihnen gewählte Gestaltung geradezu ankam (vgl. dazu – solches freilich ablehnend – u. a. *Weber*, DNotZ 2018, 884, 898; *Cramer*, ZfIR 2017, 833, 835; *Wendt*, ErbR 2018, 137, 138). Für ein dem Wortlaut widersprechendes Handeln im Namen der Erben geben auch der übrige Inhalt der Urkunden und die weiteren im Grundbuchverfahren beachtlichen Umstände (vgl. § 29 GBO) keine hinreichend deutlichen Anhaltspunkte. Solches mag anzunehmen sein, wenn die Erklärung in Unkenntnis des kurz davor eingetretenen Todes im Namen des Verstorbenen abgegeben wurde (*Steffen* in RGRK-BGB, 12. Aufl., § 164 Rdnr. 5; *Schubert* in MünchKomm-BGB, § 168 Rdnr. 39; vgl. auch BGH, Urteil vom 27.11.1953, V ZR 82/52, NJW 1954, 145), oder wenn sie unter Verwendung einer postmortalen Vollmacht im Namen des Verstorbenen abgegeben wird, „wobei jedem Beteiligten klar ist, dass die rechtlichen Folgen der Erklärung nicht den Verstorbenen, sondern seine Erben treffen sollen“ (OLG Naumburg, Beschluss vom 17.06.2002, 11 Wx 7/02, juris = in, FGPrax 2002, 241 insoweit nicht abgedruckt), weil dann ein Handeln für den Erben, zumindest aber dessen Notwendigkeit, offenkundig wäre. Umgekehrt fehlt es daran jedoch, wenn der Bewilligende – wie hier die Beteiligten zu 3 und zu 4 – zwar seine Befugnis zur Belastung des Grundeigentums aus einer Generalvollmacht ableitet, die außer der Vertretung zu Lebzeiten auch die Möglichkeit einer Vertretung der Erben nach dem Tode des Vollmachtgebers einschließt, ihre Verwendung als „transmortale Vollmacht“ aber nicht erkennbar macht, sondern – ganz im Gegenteil – ausdrücklich für den Erblasser handelt, ohne dessen Tod offenzulegen: in einem solchen, auch hier gegebenen Fall ist die Bewilligung offenkundig nicht namens der Erben, sondern im Namen des Erblassers erklärt.

14 (3) Weil die Beteiligten zu 3 und zu 4 die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld nicht (erkennbar) mittels transmortaler Vollmacht (bzw. einer daraus abgeleiteten Untervollmacht) im Namen der Erben des Beteiligten zu 1 bewilligt haben, bedarf die – umstrittene – Frage, ob in einem solchen Fall analog § 40 Abs. 1 GBO von der Voreintragung der Erben abgesehen werden könnte, keiner Entscheidung. Für die hier vorliegende – abweichende – Konstellation eines

Handelns im Namen des (verstorbenen) Erblassers wird solches – soweit ersichtlich – von niemandem vertreten; auch besteht dafür keine Veranlassung. Denn eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Beschluss vom 14.06.2007, V ZB 102/06, NJW 2007, 3124). Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem – dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrunde liegenden – Regelungsplan ergeben (BGH, Urteil vom 30.11.2022, IV ZR 143/21, VersR 2023, 178). Für die Bewilligung der Eintragung durch den im Grundbuch eingetragenen Erblasser, der sich zu Lebzeiten auch durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann (vgl. *Bauer* in *Bauer/Schaub*, GBO, § 40 Rdnr. 22), existiert jedoch mit den § 39 Abs. 1, § 40 Abs. 1 GBO bereits eine gesetzliche Regelung, die diese Fälle unmittelbar erfasst. Soweit ihre Anwendung – wie hier – daran scheitert, dass der Eingetragene, in dessen Namen offenkundig gehandelt wurde, zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits verstorben war und sich die Auslegung der abgegebenen Erklärungen als Handeln im Namen der Erben aus Gründen des Einzelfalls verbietet, kann jedoch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber diesen – zweifellos ungewöhnlichen – Fall versehentlich ungeregelt gelassen haben könnte, geschweige denn, dass er diesen dann – unter Missachtung des mit der Vorschrift verfolgten Transparenzzwecks – einem Handeln für den lebenden Erblasser gleichgestellt hätte.

15 4. Der Senat, der im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur über die Rechtmäßigkeit der angegangenen Zwischenverfügung entscheidet (vgl. BayObLG, NJW-RR 1993, 1043-1044; *Böttcher* in *Meikel*, GBO, § 18 Rdnr. 153), gibt für das weitere Verfahren – ohne Bindungswirkung – zu bedenken, dass auch das Erfordernis einer wirksamen Eintragungsbevollmächtigung im Sinne des § 19 GBO zu prüfen sein wird.

16 5. Einer ausdrücklichen Kostenentscheidung bedurfte es im Hinblick auf die gesetzlich geregelte Kostenfolge (§ 22 Abs. 1 GNotKG) nicht.

17 Die Entscheidung über die Festsetzung des Geschäftswertes beruht auf den § 53 Abs. 1, § 61 GNotKG; anzusetzen ist danach der für das einzutragende Recht maßgebende Nennbetrag der Schuld in Höhe von 180.000 €.

18 Die Rechtsbeschwerde war mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 GBO) nicht zuzulassen. Auf die in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Frage, ob § 40 Abs. 1, 2. Fall GBO auf den mittels transmortaler Vollmacht bevollmächtigten Vertreter des Erben anzuwenden ist, kam es vorliegend nicht an.

6. Zur Löschung der Berechtigung eines Miterben an einem Grundstück aus dem Grundbuch infolge einer Abschichtungsvereinbarung

OLG München, Beschluss vom 10.02.2025, 34 Wx 21/25e

BGB §§ 2032, 2042

GBO §§ 19, 22

LEITSATZ:

Scheidet ein Miterbe durch eine Abschichtungsvereinbarung aus einer Erbengemeinschaft aus, deren Mitglieder als solche im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sind, so bedarf es zu seiner Löschung nur seiner Bewilligung, nicht auch der Zustimmung oder der Bewilligung der verbleibenden Miterben.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte begehrt ihre Löschung aus dem Grundbuch als Eigentümerin in Erbengemeinschaft.

2 Die Beteiligte ist im Grundbuch zusammen mit zwei weiteren Personen als Eigentümerin von Grundbesitz in Erbengemeinschaft eingetragen. Mit Anwaltsschriftsatz vom 07.06.2024 wurde beantragt, sie insoweit aus dem Grundbuch zu löschen. Beigefügt war die Kopie einer notariell beglaubigten Erklärung der Beteiligten vom 03.06.2024. Danach hätten sich die Miterben dahingehend verständigt, dass die Beteiligte gegen Bezahlung von 45.000 € aus der Erbengemeinschaft ausscheiden könne. Mithin sei zwischen ihnen eine entsprechende Abschichtungsvereinbarung zustande gekommen. Der Geldbetrag sei bereits bezahlt worden, damit sei die Beteiligte aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden. Sie bewillige und beantrage, dass ihr Name, d. h. ihre Berechtigung an der Immobilie im Grundbuch gelöscht werde zugunsten der Miterben; diese sollten an ihrer Stelle eingetragen werden.

3 Das Grundbuchamt erließ am 18.07.2024 eine Zwischenverfügung des Inhalts, dass für die Grundbuchberichtigung entweder die Vorlage der über die Abschichtung errichteten notariellen Urkunde als Unrichtigkeitsnachweis erforderlich sei oder die Bewilligung aller Beteiligten, d. h. der ausgeschiedenen Miterbin sowie der verbleibenden Miterben.

4 Mit Anwaltsschriftsatz vom 19.08.2024 erklärte die Beteiligte, einer zusätzlichen Bewilligung der übrigen Miterben bedürfe es nicht, da durch die Löschung des Betroffenen deren grundbuchmäßige Rechte nicht nachteilig berührt würden. Aus der Berichtigungsbewilligung ergebe sich schlüssig die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch den Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs aufgrund Abschichtung. Beigefügt war die Erklärung vom 03.06.2024 im Original.

5 Das Grundbuchamt teilte mit Schreiben vom 29.08.2024 mit, für den Unrichtigkeitsnachweis sei es nicht ausreichend, dass sich eine Tatsache aus einer Bewilligung schlüssig ergebe. Der Nachweis müsse dem Grundbuchamt vorliegen.

6 Nach weiterem Schriftverkehr wies es mit Beschluss vom 11.12.2024 den Antrag zurück, da die mit der Zwischenverfügung aufgezeigten Eintragungshindernisse nicht behoben worden seien.

7 Mit Anwaltsschriftsatz vom 13.01.2025 hat die Beteiligte unter Verweis auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 19.08.2024 Beschwerde eingelegt.

8 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 16.01.2025 seinerseits unter Bezugnahme auf den Inhalt der Zwischenverfügung nicht abgeholfen.

9 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

10 1. Das Rechtsmittel ist zulässig. Insbesondere ist gegen die Zurückweisung eines auf eine Bewilligung gestützten Berichtigungsantrags die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft (BGH, NJW 1990, 258, 259; Senat, FGPrax 2022, 254; *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 28; Hügel/*Kramer*, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 148; Meikel/*Schmidt-Räntsch*, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 76; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 484).

11 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

12 Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung im Grundbuch, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Diese Möglichkeit steht, wie sich aus § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO ergibt, auch dann zur Verfügung, wenn die Eintragung auf eine Berichtigung abzielt (BGH, NJW 2012, 3574, 3575; Senat, FGPrax 2015, 254; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 31; Hügel/*Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 16; Meikel/*Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 96; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 361). Unter den Begriff der Eintragung fällt dabei auch eine Löschung, vgl. § 46 Abs. 1 GBO.

13 Bewilligt wie hier ein Mitglied einer Erbengemeinschaft als solches in der in § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form seine Löschung, dann ist dies nach § 19 GBO ausreichend, weil ausschließlich sein eigenes Recht betroffen ist. Weder eine Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO noch eine Bewilligung nach § 19 GBO auch durch die anderen als Eigentümer zur gesamten Hand eingetragenen Miterben ist darüber hinaus erforderlich. Denn diese sind ohnehin bereits als Rechtsinhaber im Grundbuch vermerkt. Somit ist keine neue Eintragung eines Eigentümers vorzunehmen, weshalb § 22 Abs. 2 GBO nicht greift (*Böhringer*, ZEV 2012, 265, 266). Auch soweit aus dem Ausscheiden eines Miterben aus der Gemeinschaft für die verbleibenden Mitglieder mittelbar Nachteile folgen können, etwa weil die Grundsteuer nunmehr von weniger Eigentümern aufgebracht werden muss (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 976d), berührt dies nicht deren grundbuchmäßige Stellung (OLG Zweibrücken, ZEV 2012, 264, 265; *Böhringer*, ZEV 2012, 265, 266; *Böttcher*, NJW 2013, 838, 842). Allein hierauf kommt es jedoch gemäß § 19 GBO für die Frage an, wessen Bewilligung für die vorzunehmende Eintragung erforderlich ist. Insoweit ist die Rechtslage vergleichbar mit dem Fall des Ausscheidens eines nach § 47 Abs. 2 GBO a. F. eingetragenen Mitglieds einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in dem es für die Löschung nach zutreffender Ansicht ebenso weder der Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO noch der

Bewilligung nach § 19 GBO durch die verbleibenden Gesellschafter bedurfte (Senat, FGPrax 2013, 64, 65; KG, FGPrax 2011, 217; Meikel/Böttcher, GBO, § 22 Rdnr. 107).

14 Folglich reicht hier die vorgelegte Berichtigungsbewilligung der Beteiligten für die beantragte Löschung insoweit aus; der Nachweis der Unrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1 GBO ist somit nicht erforderlich. Ergänzend ist anzumerken, dass es im Übrigen nicht einmal deren schlüssiger Darlegung bedarf, wenn die begehrte Eintragung wie hier in einer Löschung besteht (Senat, FGPrax 2011, 69; BayObLGZ 1952, 321, 322; Meikel/Böttcher, GBO, § 22 Rdnr. 109; Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 31; Hügel/Holzer, GBO, § 22 Rdnr. 17; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 368).

(...)

7. Auslegung einer im Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche enthaltenen Belastungsvollmacht im Grundbuchverfahren

OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.10.2024, 5 W 87/24

BGB § 133

GBO §§ 18, 19, 29

LEITSÄTZE:

1. Die Auslegung einer Vollmacht im Grundbuchverfahren erfolgt nach den für die Auslegung von Grundbucheklärungen geltenden Grundsätzen. Führt diese Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, gilt der Grundsatz, dass der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Verpflichtet sich der Verkäufer in einem Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche eines Grundstücks, zur Finanzierung des Kaufpreises bei der Bestellung von Grundpfandrechten „am Kaufgegenstand“ mitzuwirken, und erteilt den Käufern zu diesem Zweck eine entsprechende Belastungsvollmacht, lässt sich dieser Vollmacht nicht mit der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Bestimmtheit entnehmen, dass sie nicht nur zur Belastung des Kaufgegenstands bevollmächtigen sollte, sondern zur Belastung des gesamten Grundstücks. Die Eintragung einer Grundschuld darf in diesem Fall von der Genehmigung durch die eingetragenen Eigentümer des zu belastenden Grundstücks abhängig gemacht werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

8. Zur Löschung eines mit Wegzugsklausel bestellten Wohnungsrechts im Grundbuch mittels Vorlage einer Meldebescheinigung

OLG München, Beschluss vom 30.07.2024, 34 Wx 134/24e

BGB § 7 Abs. 3, § 158 Abs. 2, § 892 Abs. 1, §§ 894, 1093

BMG §§ 3, 18 Abs. 2

GBO §§ 15, 22, 29

ZPO § 415

LEITSÄTZE:

1. Ein Wohnungsrecht kann unter der auflösenden Bedingung, dass der Berechtigte das Anwesen auf Dauer verlässt, bestellt werden (sog. Wegzugsklausel).
2. Der Nachweis, dass das Grundbuch infolge des Wegzugs des Berechtigten im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO unrichtig geworden ist, kann durch die Vorlage einer Meldebescheinigung gemäß § 18 Abs. 2 BMG nicht geführt werden.
3. Es steht den Beteiligten frei, vertraglich erleichterte Löschungsvoraussetzungen zu vereinbaren.
4. Es können nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte ist Eigentümerin von Grundbesitz.

2 In Abteilung II unter der laufenden Nr. 1 ist ein auflösend bedingtes Wohnungsrecht für die Mutter der Beteiligten eingetragen. Gemäß der notariellen Bewilligung vom 03.06.2011 erlischt das Wohnungsrecht für den Fall, dass die Berechtigte auf Dauer, das heißt nicht nur vorübergehend, das Anwesen verlässt, insbesondere ihren Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt verlegt. Eine Regelung, wie dieser Nachweis zu führen ist, ist in der Urkunde nicht enthalten.

3 Unter dem 24.10.2023 beantragte der Urkundsnotar gemäß § 15 GBO die Löschung des Wohnungsrechts wegen Verlegung des Hauptwohnsitzes sowie Lebensmittelpunktes. Beigefügt waren ein notariell beglaubigter Antrag mit Bewilligung der Beteiligten sowie eine mit Dienstsiegel und Unterschrift versehene „Hausauskunft“ der Gemeindeverwaltung D vom 27.09.2023. Aus dieser ergibt sich, dass in der Zeit vom 05.08.2015 bis 27.09.2023 andere Personen, nicht aber die Berechtigte des Wohnungsrechts im Anwesen der Beteiligten gemeldet waren. Die Bescheinigung genügte dem Grundbuchamt nicht, sodass es mit Zwischenverfügung vom 15.12.2023 die Vorlage einer formgerechten Löschungsbewilligung der Berechtigten forderte. Der Senat hat diese mit Beschluss vom 20.02.2024 (Az.: 34 Wx 335/23e) deshalb aufgehoben, weil mit einer Zwischenverfügung nicht die Vorlage einer nach Auffassung des Grundbuchamts erforderlichen Berichtigungsbewilligung aufgegeben werden kann, wenn der Berichtigungsantrag darauf

gestützt wird, dass der Unrichtigkeitsnachweis geführt sei. In dieser Konstellation sei der Antrag sofort zurückzuweisen. Das Grundbuchamt hatte daher erneut über den Antrag vom 24.10.2023 zu entscheiden.

4 Mit Schreiben vom 13.03.2024 reichte der Urkundsnotar eine Meldebescheinigung der Gemeinde D gemäß § 18 Abs. 2 BMG nach, aus welcher sich ergibt, dass die Berechtigte des Wohnungsrechts seit 09.07.2015 mit der Anschrift in L und nicht mehr in D gemeldet ist.

5 Mit Beschluss vom 27.03.2024 wies das Grundbuchamt den Antrag zurück. Die Meldebescheinigung gelte zwar als öffentliche Urkunde nach den §§ 415 ff. ZPO, besitze aber nur eingeschränkte Beweiskraft. Es werde nicht nachgewiesen, dass die Angaben in der Meldebescheinigung korrekt und vollständig sind. Vielmehr werde nur bescheinigt, dass die entsprechenden Daten im Melderegister nach § 3 BMG aktuell gespeichert sind. Mit der vorgelegten Meldebescheinigung könne daher allenfalls der Nachweis geführt werden, dass seitens der Berechtigten ein Wohnungswechsel gemeldet worden ist, nicht hingegen, ob er auch tatsächlich vollzogen wurde und auf Dauer angelegt ist.

6 Hiergegen legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 30.04.2024 Beschwerde ein, beigelegt war eine beglaubigte Abschrift der Meldebescheinigung. Er argumentiert, aus der Meldebescheinigung ergebe sich eindeutig, dass die Berechtigte ihren Hauptwohnsitz verlegt habe. Auf das tatsächliche Bewohnen komme es nicht an. Mit Beschluss vom 08.05.2024 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem OLG München zur Entscheidung vorgelegt.

7 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

8 1. Die Beschwerde ist zulässig.

9 Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet die unbeschränkte Beschwerde gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts statt (*Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 12). Der Rechtsbehelf ist auch im Übrigen gemäß §§ 73, 15 Abs. 2 GBO zulässig. Der Urkundsnotar hat das Rechtsmittel ausdrücklich für die Beteiligte eingelegt.

10 2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

11 Die Löschung des Wohnungsrechts kann nicht im Wege der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO erfolgen. Unrichtig im Sinne dieser Bestimmung ist das Grundbuch nach der Vorgabe des § 894 BGB dann, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wahren, also materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (Senat, Beschluss vom 24.01.2022, 34 Wx 437/21, FGPrax 2022, 59, 60; BayObLG, Rpfleger 1988, 254, 255; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 4; Hügel/*Holzer*, GBO, 5. Aufl., § 22 Rdnr. 25). Dabei fordert der Unrichtigkeitsnachweis als Ersatz für die Berichtigungsbewilligung den vollen Nachweis der Unrichtigkeit in Form des § 29 GBO (Senat, Beschluss vom 24.11.2017, 34 Wx 315/17, FGPrax 2018, 64; Hügel/*Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 17; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 42).

12 Der erforderliche volle Nachweis wird durch die vorgelegte Meldebestätigung nach § 18 Abs. 2 BMG nicht geführt.

13 a) Ein Wohnungsrecht i. S. v. § 1093 BGB kann unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) bestellt werden (BayObLG, NJW-RR 1988, 982; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1261). Das der Mutter der Beteiligten eingeräumte Wohnungsrecht soll unter der auflösenden Bedingung stehen, dass sie „das Anwesen auf Dauer, d. h. nicht nur vorübergehend verlässt“. Richtig geht das Grundbuchamt davon aus, dass nicht jedes beliebige Ereignis zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht an einem Grundstück bestimmt werden kann. Vielmehr ist Rücksicht zu nehmen auf den Zweck des Grundbuchs, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben; dies bedeutet, dass nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden können, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist (BayObLG, MittBayNot 1990, 174 m. w. N.; OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1993, 331; *Demharter*, GBO, Anh. § 13 Rdnr. 5).

14 b) Der Senat, der die Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung selbstständig auszulegen hat (BayObLG, DNotZ 1998, 299; BayObLG, NJW-RR 1993, 283), hält dieses Erfordernis hier für erfüllt. Es ist ständige Rechtsprechung, dass die Kündigung oder allgemein die Beendigung eines schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses, insbesondere eines Miet- oder Pachtvertrags über das belastete Grundstück, zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht, vor allem eine Dienstbarkeit oder ein Vorkaufsrecht gemacht werden kann (BGH, NJW 1974, 2123, 2124; BayObLG, NJW-RR 1993, 283; BayObLGZ 1989, 442, 446 f. m. w. N.; OLG Zweibrücken, DNotZ 1990, 177; OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1993, 331). Die rechtserheblichen Umstände „Kündigung“ oder „Beendigung eines Vertragsverhältnisses“ werden als ausreichend bestimmbar angesehen. Für die Bedingung, dass jemand ein Anwesen „nicht nur vorübergehend verlässt“, kann nichts anderes gelten. Objektive Bestimmbarkeit bedeutet nicht, dass das Ereignis, welches die Bedingung auslöst, sogleich und ohne Weiteres feststellbar ist, ohne dass es über seinen Eintritt Meinungsverschiedenheiten oder gar Streit geben könnte; gerade über die Berechtigung einer (außerordentlichen) Kündigung wird es nicht selten zum Streit und zur gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den Vertragsparteien kommen. Dies steht der Eintragungsfähigkeit eines solchen Umstands als auflösende Bedingung des dinglichen Rechts nicht entgegen (BayObLG, DNotZ 1998, 299; MittBayNot 1990, 174, 175).

15 c) Der Umstand, dass ein Berechtigter ein Anwesen nicht nur vorübergehend verlässt, ist demgegenüber objektiv bestimmbar. Er bedeutet das Gleiche wie das Verlassen eines Grundstücks „auf Dauer“. Für die hier gewählte Bedingung kann nichts anderes gelten als für die Kündigung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses. Das dauernde Verlassen eines Grundstücks kann im Wesentlichen der Aufhebung des Wohnsitzes i. S. v. § 7 Abs. 3 BGB gleichgestellt werden; dazu bedarf es der Aufgabe der tatsächlichen Nie-

derlassung mit dem Willen, den Wohnsitz nicht mehr am bisherigen Ort zu haben (vgl. BayObLGZ 1964, 109, 111; Grüneberg/*Ellenberger*, 83. Aufl., § 7 Rdnr. 12). Immer ist aber zu beachten, dass zur tatsächlichen Aufgabe einer Niederlassung der Wille hinzukommen muss, den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse nicht am bisherigen Wohnsitz zu belassen (Grüneberg/*Ellenberger*, § 7 Rdnr. 12 unter Bezugnahme auf BayObLGZ 1964, 109). Alle diese Fragen sind nicht schwieriger zu beurteilen als die Frage, ob ein Vertragsverhältnis durch (außerordentliche) Kündigung beendet worden ist.

16 d) Die vorgelegte Meldebescheinigung nach § 18 Abs. 2 BMG gilt zwar als öffentliche Urkunde nach den §§ 415 ff. ZPO, besitzt allerdings nur eingeschränkte Beweiskraft. Es wird nicht nachgewiesen, dass die Angaben in der Meldebescheinigung korrekt und vollständig sind. Vielmehr wird nur bescheinigt, dass die entsprechenden Daten im Melderegister nach § 3 BMG aktuell gespeichert sind. Keine Aussage wird dazu getroffen, ob die unter der Anschrift angegebene Wohnung von der in der Auskunft Genannten tatsächlich genutzt wird (Engelbrecht/Schwabenbauer/*Polenz*, BMG, 1. Aufl., § 18 n. F. Rdnr. 8; Süßmuth/Laier, BMG, Stand: Okt. 2020, § 18 Rdnr. 5). Anders als der Urkundsnotar in seiner Beschwerdebegründung vom 30.04.2024 argumentiert, kommt es nach der Bestellsurkunde nicht auf das formale Kriterium der bei der Meldebehörde angegebenen Wohnung, sondern vielmehr auf das tatsächliche Bewohnen der verfahrensgegenständlichen Wohnung an. Darüber gibt die Meldebescheinigung nach § 18 Abs. 2 BMG jedoch keine Auskunft. Mit ihr kann daher der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 GBO nicht geführt werden. Es besteht auch kein Anlass, insoweit Beweiserleichterungen zu gewähren. An den Unrichtigkeitsnachweis sind strenge Anforderungen zu stellen, weil er eine Grundbucheintragung ohne Bewilligung des Betroffenen ermöglicht und das Grundbuchverfahren zur Klärung von streitigen Tatsachen weder geeignet noch bestimmt ist (BayObLG, Rpfleger 1982, 468; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 370; Hügel/*Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 59). Es sind alle Möglichkeiten, bis auf ganz entfernte, auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen können. Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit ist nach § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führen (BGH, FGPrax 2016, 99; FGPrax 2014, 98). Dabei verkennt der Senat nicht, dass dies in der vorliegenden Konstellation praktisch kaum möglich sein wird. Um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, wäre es der Beteiligten und ihrer Mutter allerdings freigestanden, bei der Bestellung des Wohnungsrechts Löschungserleichterungen wie zum Beispiel die Vorlage einer Eigenurkunde oder eben einer Meldebescheinigung zu vereinbaren (vgl. *Herrler*, DNotZ 2019, 493, 497; Beck'sches Notar-Handbuch/*Herrler*, 8. Aufl., Rdnr. 370a). Von dieser Gestaltungsmöglichkeit haben sie keinen Gebrauch gemacht. Es verbleibt aber die Möglichkeit, eine Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO einzureichen, die sich erforderlichenfalls auch im Klagewege auf der Grundlage von § 894 BGB beschaffen ließe.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Maximilian Wachendorff, Fürth

Das OLG setzt sich in dem Beschluss mit den Voraussetzungen auseinander, die für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs im Berichtigungsverfahren nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO zu stellen sind. Konkret ging es in der Entscheidung um die Löschung eines für die Mutter des Eigentümers eingetragenen Wohnungsrechts. Dieses wurde unter der auflösenden Bedingung bestellt, dass die Mutter „auf Dauer, das heißt nicht nur vorübergehend, das Anwesen verlässt, insbesondere ihren Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt verlegt“.¹ Wie jedoch das dauerhafte Verlassen des übergebenen Anwesens dem Grundbuchamt nachzuweisen ist, regelt die Bestellsurkunde indes nicht.

Hat die Mutter das übergebene Anwesen tatsächlich dauerhaft verlassen, so ist das Wohnungsrecht materiellrechtlich aufgrund der vereinbarten auflösenden Bedingung erloschen, § 158 Abs. 2 BGB. Um das erloschene Wohnungsrecht auch im Grundbuch löschen zu lassen, muss der Eintritt der auflösenden Bedingung (und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs) in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen werden. Die vom Eigentümer vorgelegte Meldebescheinigung nach § 18 Abs. 2 BMG, aus der sich ergibt, dass die Mutter nicht mehr in der vom Wohnungsrecht betroffenen Immobilie gemeldet ist, reichte hierfür aber aus Sicht des Gerichts zu Recht nicht aus.

An den Nachweis der Unrichtigkeit mittels öffentlicher Urkunden nach § 22 Abs. 1 GBO sind strenge Anforderungen zu stellen, weil er eine Grundbucheintragung ohne Bewilligung des Betroffenen ermöglicht und das Grundbuchverfahren zur Klärung von streitigen Tatsachen weder geeignet noch bestimmt ist. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt demnach nicht.² Der Antragsteller muss lückenlos alle Möglichkeiten ausräumen, die der Unrichtigkeit entgegenstehen könnten. Lediglich ganz entfernte, nur theoretische Möglichkeiten, dass die zu löschende Eintragung doch richtig sein könnte, brauchen nicht widerlegt zu werden.³ Etwaige Unklarheiten oder Zweifel gehen zulasten des Antragstellers.⁴

Eine Meldebescheinigung, als öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 ZPO, kann vor diesem Hintergrund nicht

- 1 OLG München, Beschluss vom 30.02.2024, 34 Wx 134/24e, NJW-RR 2024, 1528 Rdnr. 2.
- 2 Vgl. nur BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 43/15, FGPrax 2016, 99; BayObLG, Beschluss vom 07.06.1989, BReg. 2 Z 52/89, MittBayNot 1989, 312; Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, 5. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 171; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 369 unter lit. b); Demharter/*Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 37.
- 3 BayObLG, Beschluss vom 07.06.1989, BReg. 2 Z 52/89, MittBayNot 1989, 312; Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, § 22 Rdnr. 171; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 369 unter lit. b).
- 4 Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, § 22 Rdnr. 174.

nachweisen, dass der Wohnungsberechtigte auf Dauer das übergebene Anwesen verlassen hat. Die Meldebescheinigung, weist nur nach, welche Daten beim zuständigen Einwohnermeldeamt nach § 3 BMG aktuell gespeichert sind. Die Bescheinigung vermag keinen Nachweis darüber zu erbringen, wie die Immobilie tatsächlich genutzt wird.⁵ Die Meldebescheinigung kann daher höchstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Unrichtigkeit begründen, was jedoch für die Grundbuchberichtigung nicht ausreicht.

Im Ergebnis ist es daher nicht möglich, den Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen. Für die Grundbuchberichtigung verbleibt deshalb auch in vergleichbaren Fällen nur die Option der Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO, auf die regelmäßig ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch besteht (§ 894 BGB), wenn die auflösende Bedingung tatsächlich eingetreten ist.

Soll die Löschung eines aufschiebend bedingten Rechts mittels Unrichtigkeitsnachweises ermöglicht werden, muss in der Gestaltung eine auflösende Bedingung vereinbart werden, deren Vorliegen mittels öffentlicher Urkunden nachgewiesen werden kann. Als mögliche Bedingung werden in der Literatur vor allem die Vorlage einer Eigenurkunde des Notars oder einer Meldebescheinigung genannt, aus der sich die Abmeldung der Berechtigten Person aus dem übergebenen Anwesen ergibt.⁶

Diese Bedingungen sind auch angesichts des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebots unbedenklich. Hieraus ergibt sich, dass nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden können, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist. Denn nur so kann der Zweck des Grundbuchs gewährt werden, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben.⁷ Sowohl die Tatsache, dass der Notar eine Eigenurkunde beim Grundbuchamt eingereicht hat, als auch die Vorlage der entsprechenden Meldebescheinigung über die Abmeldung des Wohnsitzes des Berechtigten aus dem übergebenen Anwesen lassen sich objektiv eindeutig bestimmt feststellen.

Die Wegzugsklausel kann somit so formuliert werden, dass die auflösende Bedingung für das Wohnungsrecht jedenfalls dann eingetreten ist, wenn die entsprechende Eigenurkunde des Notars oder die entsprechende Meldebescheinigung vorliegt. Im erstgenannten Fall wäre der

Notar darüber hinaus jedoch anzuweisen, die Eigenurkunde nur dann dem Grundbuchamt vorzulegen, wenn ihm ein Attest eines Arztes (ggf. inhaltlich übereinstimmende Atteste mehrerer Ärzte) vorgelegt wird, aus dem sich ergibt, dass der Berechtigte nicht mehr in der Lage ist, im übergebenen Anwesen zu wohnen.⁸

Freilich ist es nicht notwendig, beide Möglichkeiten als auflösende Bedingung vorzusehen. Meines Erachtens bietet sich hier insbesondere die Bescheinigung der Meldebehörde, aus der sich die Abmeldung des Berechtigten aus dem übergebenen Anwesen ergibt, als auflösende Bedingung an. In diesem Fall sparen sich die Beteiligten auch die Kosten für die ärztlichen Atteste, die dem Notar für die Erstellung der Eigenurkunde in der alternativen Gestaltung vorgelegt werden müssten. Im Übrigen erscheint es mir fraglich, ob die Beteiligten überhaupt Ärzte finden können, die bereit sind, entsprechende Atteste auszustellen.

Eine entsprechende Wegzugsklausel könnte demnach wie folgt aussehen:

Das Wohnungsrecht ist auflösend bedingt. Die auflösende Bedingung tritt ein, wenn der Berechtigte auf Dauer das übergebene Anwesen verlassen hat. Die Bedingung tritt spätestens dann ein, wenn dem Grundbuchamt eine Meldebescheinigung der zuständigen Meldebehörde vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass der Berechtigte weder mit Haupt- noch mit Nebenwohnsitz im übergebenen Anwesen gemeldet ist. Mit Bedingungseintritt erlöschen auch die dem Wohnungsrecht zugrunde liegenden Vereinbarungen. Der Berechtigte hat die Löschung des Wohnungsrechts im Grundbuch unverzüglich nach Bedingungseintritt in öffentlich beglaubigter Form zu bewilligen.

8 Vgl. das Formulierungsbeispiel bei Beck'sches Notar-Handbuch/Herrler, § 5 Rdnr. 370a.

5 OLG München, Beschluss vom 30.02.2024, 34 Wx 134/24e, NJW-RR 2024, 1528 Rdnr. 16.

6 Herrler, DNotZ 2019, 493, 497; Beck'sches Notar-Handbuch/Herrler, 8. Aufl. 2024, § 5 Rdnr. 370 f.; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 7. Aufl. 2025, C. V., Rdnr. 1711; vgl. zur Eigenurkunde auch Weber, MittBayNot 2017, 245, 247.

7 BeckOGK-BGB/Reymann, Stand: 01.09.2024, § 158 Rdnr. 117, beck-online; Demharter/Demharter, GBO, Anh. § 13 Rdnr. 6; BayObLG, Beschluss vom 23.11.1989, BReg. 2 Z 55/89, BayObLGZ 1989, 442, 446 f. m. w. N.

9. Zur Vereinbarung eines Ausschlusses von § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG sowie zur Abhaltung von Teilversammlungen von Untergemeinschaften

LG München I, Endurteil vom 15.01.2025, 1 S 6774/24 WEG

WEG §§ 10, 16 Abs. 2 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Die gänzliche Abbedingung der Beschlusskompetenz nach § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer ist möglich. Dem einzelnen Wohnungseigentümer steht dann nur noch ein Anspruch auf Änderung des gesetzlichen oder vereinbarten Kostenverteilungsschlüssels nach § 10 Abs. 2 WEG zu. Gegen Sondernachfolger wirken solche Vereinbarungen, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei Mehrhausanlagen können bei entsprechender Vereinbarung (hier: „Untergemeinschaften als selbstständige Eigentümergemeinschaften“) getrennte Versammlungen von Wohnungseigentümern einzelner Häuser oder Gebäudeteile innerhalb der Gesamtanlage durchgeführt werden, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, die ausschließlich die Wohnungseigentümer der Untergemeinschaft einer geregelten Mehrhausanlage betreffen. Die entsprechende Beschlusskompetenz für Untergemeinschaften kann durch Vereinbarung eingeräumt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

10. Zum Erfordernis einer Ergänzungspflegschaft bei Pflichtteilsansprüchen von Kindern

OLG Köln, Beschluss vom 17.04.2024, 10 WF 16/24

BGB §§ 181, 1629, 1789, 1824

LEITSÄTZE:

1. Wegen der möglicherweise gegenläufigen Interessen von Erbe und Pflichtteilsberechtigtem kann zwar das Familiengericht nach § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1789 Abs. 2 Satz 3 BGB dem Elternteil in dieser Angelegenheit die Vertretungsmacht entziehen und insoweit eine Pflegschaft anordnen. Die hierin liegende Teilentziehung der elterlichen Gewalt ist jedoch nicht ohne Weiteres gerechtfertigt. Vielmehr bedarf es Anhaltspunkten für einen konkreten, erheblichen Interessengegensatz, da die Entziehung der Vermögenssorge nur erforderlich ist, wenn sie dem Wohl der Kinder dient. Dabei ist die mögliche Gefährdung des Pflichtteils insbesondere gegen die Wahrung des Familienfriedens abzuwägen. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Weder für die Anspruchsberechnung (hinsichtlich deren das vom gesetzlichen Vertreter beim Familiengericht einzureichende Vermögensverzeichnis Aufschluss geben kann, § 1640 BGB) noch für die Entscheidung, ob der Anspruch geltend gemacht wird, bedarf es daher eines Pflegers, es sei denn, dass der erbende Elternteil den Pflichtteilsanspruch des Kindes gefährdet. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Vater der im Rubrum näher bezeichneten Kinder ist verstorben; Alleinerbin aufgrund testamentarischer Erbfolge ist die Kindesmutter und Ehefrau des Verstorbenen.

2 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG – Familiengericht – Aachen Ergänzungspflegschaft hinsichtlich der Vertretung der Kinder bei einer eventuellen Geltendmachung des Pflichtteils angeordnet. Zur Begründung hat es ausgeführt, da der Nachlass möglicherweise werthaltig sei – nach Aussage der Kindesmutter handelt es sich maßgebend um ein Konto und eine finanzierte Doppelhaushälfte – bestehe bei Prüfung bzw. Sicherstellung des Pflichtteils eine Interessenkollision. Hiergegen richtet sich das – vom AG als sofortige Beschwerde ausgelegte und mit Nichtabhilfeentscheidung vorgelegte – Rechtsmittel der Kindesmutter, die der Ansicht ist, eine nur abstrakte Interessenkollision genüge nicht, um eine Ergänzungspflegschaft anzuordnen.

3 II. Die Beschwerde der Kindesmutter ist zulässig – allerdings wäre, da es sich um eine Endentscheidung nach § 38 FamFG gehandelt hat (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 38 FamFG Rdnr. 6a), eine Abhilfeentscheidung des AG ohnehin nicht möglich gewesen, § 58 Abs. 1, 68 Abs. 1 Satz 2 FamFG (vgl. KG, Beschluss vom 04.03.2010, 17 UF 5/10, FamRZ 2010, 1171) – und hat auch in der Sache Erfolg.

4 Die Einsetzung eines Ergänzungspflegers für den Bereich der Pflichtteilsansprüche der Kinder ist vorliegend nicht geboten.

5 1. Zu Recht hat das AG zunächst festgehalten, dass der allein eingesetzte Ehegatte nicht schon kraft Gesetzes nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2, § 181 BGB von der gesetzlichen Vertretung der Kinder ausgeschlossen ist, wenn er entscheiden soll, ob die beim Tod des anderen Ehegatten entstandenen Pflichtteilsansprüche der Kinder geltend gemacht werden. Denn die Entscheidung, ob der Pflichtteil geltend gemacht werden soll, ist nicht Teil eines Rechtsgeschäfts (BeckOGK-BGB, Stand: 01.03.2024, § 2317 Rdnr. 74). Der Elternteil kann vielmehr grundsätzlich selbst entscheiden, ob die Pflichtteilsansprüche der Kinder geltend gemacht werden sollen (MünchKomm-BGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2317 Rdnr. 14).

6 2. Wegen der möglicherweise gegenläufigen Interessen von Erbe und Pflichtteilsberechtigtem, auf die das AG auch zur Begründung abgestellt hat, kann zwar das Familiengericht nach § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1789 Abs. 2 Satz 3 BGB dem Elternteil in dieser Angelegenheit die Vertretungsmacht entziehen und insoweit eine Pflegschaft anordnen.

Die hierin liegende Teilentziehung der elterlichen Gewalt ist jedoch nicht ohne Weiteres gerechtfertigt (vgl. Bergschneider/*Weisbrodt*, Familienvermögensrecht, 3. Aufl. 2016, Rdnr. 8.119) und noch nicht einmal dann geboten, wenn der überlebende Ehegatte etwa die Pflichtteilsansprüche der Kinder weder erfüllt noch sicherstellt (vgl. MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2317 Rdnr. 14). Vielmehr bedarf es Anhaltspunkten für einen konkreten, erheblichen Interessengegensatz (so bereits Senat, Beschluss vom 19.07.2018, 10 WF 172/17, FamRZ 2019, 704, ferner Bergschneider/*Weisbrodt*, a. a. O.; *Grziwotz/Fröhler* in Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 6. Aufl. 2024, Rdnr. 14.187), da die Entziehung der Vermögenssorge nur erforderlich ist, wenn sie dem Wohl der Kinder dient. Dabei ist die mögliche Gefährdung des Pflichtteils insbesondere gegen die Wahrung des Familienfriedens abzuwägen (vgl. BeckOGK-BGB, § 2317 Rdnr. 74, 75). Weder für die Anspruchsberechnung (hinsichtlich deren das vom gesetzlichen Vertreter beim Familiengericht einzureichende Vermögensverzeichnis Aufschluss geben kann, § 1640 BGB) noch für die Entscheidung, ob der Anspruch geltend gemacht wird, bedarf es daher eines Pflegers, es sei denn, dass der erbende Elternteil den Pflichtteilsanspruch des Kindes gefährdet (vgl. Grüneberg/*Weidlich*, 83. Aufl. 2024, § 2317 Rdnr. 4).

7 3. Für eine solche Gefährdung ist vorliegend nichts ersichtlich. Die Kindesmutter hat bislang mit dem Gericht kooperiert und den Nachlass (überschlägig) mitgeteilt. Anhaltspunkte, dass sie mit dessen Verwaltung überfordert wäre oder danach strebt, ihre Kinder zu benachteiligen, bestehen nicht. Weil – worauf die Beschwerde zu Recht verweist – die Verjährung etwaiger Pflichtteilsansprüche ohnehin nach § 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a BGB bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres gehemmt ist, hätte eine solche Ergänzungspflegschaft ohnehin allenfalls Sicherungsaufgaben, während die eigentliche Geltendmachung dem Kind nach Erreichen der Volljährigkeit vorbehalten bliebe (*Grziwotz/Fröhler* in Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, Rdnr. 14.187).

8 Auch solche Sicherungsaufgaben sind vorliegend indes nicht geboten. Hierbei spielt es, anders als das AG meint, auch keine Rolle, ob die Kinder (wie beim sog. „Berliner Testament“) eine (Schluss-)Erbenstellung innehaben oder nicht. Selbst eine Schlusserbenstellung würde die Kinder nicht vor benachteiligenden Zwischenverfügungen des Erben schützen, da die Bindungswirkung des Berliner Testaments eine rein erbrechtliche ist (vgl. § 2270 Abs. 1, 2 BGB) und Verfügungen unter Lebenden nicht verbietet (MünchKomm-BGB/*Musielak*, § 2269 Rdnr. 34); die Kinder wären insoweit ebenso auf Ersatzansprüche angewiesen (§§ 2287, 2288 BGB), wie sie es vorliegend – im Falle von den Pflichtteil schädigenden Handlungen – ebenfalls sind. Beide Situationen sind also in diesem Punkte rechtlich vergleichbar. Insbesondere bietet das Pflichtteilsrecht – selbst, wenn es über den Ergänzungspfleger ausgeübt würde – keine rechtliche Handhabe, den Erben zu einer bestimmten Verwaltung des Nachlassvermögens zu zwingen.

(...)

11. Keine Verweigerung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung einer Ausschlagungserklärung allein aufgrund des Ablaufs der Ausschlagungsfrist

LG Köln, Beschluss vom 14.12.2023, 1 T 271/23

BGB §§ 1821, 1851, 1858, 1944

LEITSÄTZE:

1. Das Betreuungsgericht hat im Genehmigungsverfahren lediglich darüber zu befinden, ob die Ausschlagung den Wünschen der betreuten Person entspricht (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Das Betreuungsgericht darf die Genehmigung nicht mit der Begründung verweigern, die Ausschlagungsfrist sei bereits abgelaufen, sondern hat diese Frage dem Prozessgericht zu überlassen. Ob die Ausschlagung der Erbschaft als solche wirksam erfolgt ist, liegt nicht in der Entscheidungskompetenz des Betreuungsgerichts. (Leitsatz der Schriftleitung)

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

12. Umfang einer durch den Erblasser einem Dritten erteilten transmortalen Generalvollmacht bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft

BGH, Beschluss vom 22.05.2025, V ZB 46/24 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 23.08.2024, 20 W 58/24)

BGB § 168 Satz 2, § 2112

GBO §§ 29, 51

LEITSÄTZE:

1. Der die Nacherbfolge anordnende Erblasser kann einen Dritten, der nicht Vorerbe wird, durch eine transmortale Vollmacht dazu ermächtigen, nach seinem Tod sowohl die Vor- als auch die Nacherben zu vertreten. Die einem Dritten erteilte transmortale Vollmacht kann nach Eintritt des Vorerbfalls auch die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch umfassen. Ob es sich so verhält, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.
2. Die einem Dritten, der nicht Vorerbe wird, erteilte transmortale Generalvollmacht des Erblassers umfasst im Zweifel auch die Vertretung des Nacherben nach Eintritt des Vorerbfalls und erstreckt sich auf die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch.

ZUR EINORDNUNG:

Der BGH hat die bislang umstrittene Frage, ob eine transmortale Vollmacht auch zur Vertretung der Nacherben berechtigt, im Sinne der bejahenden Auffassung entschieden. In Anlehnung an die vergleichbare Proble-



matik, ob eine solche Vollmacht durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkt wird, ist der Umfang der Vertretungsbefugnis im Wege der Auslegung der Vollmachtsklärung gemäß §§ 133, 157 BGB zu bestimmen. Erteilt der Erblasser eine umfassende Generalvollmacht zur Wahrnehmung sämtlicher seiner Angelegenheiten, so ist diese im Zweifel auch dahin auszulegen, dass sie die Vertretung der Nacherben umfasst. Dies schließt die Befugnis ein, einen im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerk löschen zu lassen. Die Frage, ob dies gleichermaßen gilt, wenn die Vollmacht dem Vorerben selbst erteilt wurde, lässt der BGH ausdrücklich offen. Ebenfalls nicht näher behandelt wird die Problematik, inwieweit ein möglicher Missbrauch der Vollmacht im Rahmen des grundbuchrechtlichen Verfahrens zu berücksichtigen ist.

Der Herausgeberbeirat (DW)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der im Eingang des Beschlusses bezeichnete Grundbesitz stand ursprünglich im Eigentum des Erblassers. Dieser hatte den Herren K und W (nachfolgend: Generalbevollmächtigte) im Jahr 2008 gemeinsam eine über den Tod hinauswirkende notarielle Generalvollmacht zur Besorgung all seiner Angelegenheiten erteilt. Nach dem Tod des Erblassers wurde die Beteiligte, die befreite Vorerbin ist, als Eigentümerin in die Grundbücher eingetragen. Am 24.08.2023 erfolgte in Abteilung II die Eintragung des folgenden Nacherbenvermerks:

„Nacherbfolge ist angeordnet. Nacherben beim Tode der befreiten Vorerbin sind die Abkömmlinge der Vorerbin, mit Ausnahme adoptierter Abkömmlinge. Ersatznacherbin ist die von dem Testamentsvollstrecker zu errichtende „(...) Stiftung“.

2 Die Beteiligte und die Generalbevollmächtigten haben mit notarieller Urkunde vom 11.04.2024 unter Vorlage der Generalvollmachten die Löschung der Nacherbenvermerke bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt hat den Löschungsantrag zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte ihren Löschungsantrag weiter.

3 II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts können die Nacherbenvermerke nicht gelöscht werden, weil die Bewilligungen der Nacherben bzw. die Bewilligung eines für die noch unbekannten Nacherben nach § 1882 BGB bestellten Pflegers sowie die Genehmigung des Betreuungsgerichts gemäß § 1850 Nr. 1 BGB fehlten. Die Löschungsbewilligungen der Generalbevollmächtigten reichten nicht aus. Eine von dem Erblasser erteilte transmortale Vollmacht führe dazu, dass der Bevollmächtigte bis zum Eintritt des Nacherbfalls nur die Vorerben, nicht aber auch die Nacherben vertreten könne. Andernfalls wäre der Bevollmächtigte berechtigt, eine Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben herbeizuführen, obwohl der Nacherbe noch kein Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers geworden sei.

4 Ungeachtet dessen ergäben sich aus der Generalvollmacht des Erblassers keine Anhaltspunkte dafür, dass die Generalbevollmächtigten zur Vertretung der Nacherben ermächtigt sein sollten. Mit Mitteln des Grundbuchamts lasse sich nicht feststellen, dass dem Erblasser bewusst gewesen sei, dass die Generalvollmacht die Rechte der Nacherben über die gesetzlichen Befreiungen der Vorerbin hinaus beeinträchtigen könnte. Es gelte der allgemeine Grundsatz, dass Vollmachten im Grundbuchverkehr im Zweifel eng auszulegen seien. Erwähne die Vollmacht die Nacherben nicht, wie es hier der Fall sei, könne ein den Nacherbenschutz gänzlich ausschließender Wille des Erblassers nicht hinzugedacht werden.

5 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Mit der gegebenen Begründung kann die Löschung der Nacherbenvermerke nicht verweigert und die Beschwerde nicht zurückgewiesen werden.

6 I. Der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts ist allerdings richtig.

7 a) Ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) kann gelöscht werden, wenn die Löschung von den Nacherben und den Ersatznacherben bewilligt (§ 19 GBO) oder der Unrichtigkeitsnachweis geführt wird (§ 22 GBO; vgl. Senat, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593 Rdnr. 10). Eine den Nacherbenvermerk betreffende Grundbuchunrichtigkeit kann sich insbesondere daraus ergeben, dass das zum Nachlass gehörende Grundstück endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden ist und sich die Nacherbfolge somit nicht mehr darauf erstreckt (vgl. OLG München, DNotZ 2020, 134 Rdnr. 14; *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 51 Rdnr. 40 ff.). Darum geht es vorliegend jedoch nicht. Die Beteiligte stützt ihr Löschungsbegehren nicht auf eine entfallene Nacherbenbindung der Grundstücke, sondern auf die vorgelegten Löschungsbewilligungen der Generalbevollmächtigten.

8 b) Eintragungen in das Grundbuch und Löschungen können aufgrund von Erklärungen rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Personen – von der Möglichkeit des Nachweises der Vertretungsberechtigung nach § 21 Abs. 3 BNotO und § 34 GBO abgesehen – nur vorgenommen werden, wenn die Vertretungsmacht dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, nachgewiesen wurde (vgl. Senat, Beschluss vom 12.11.2020, V ZB 148/19, FGPrax 2021, 49 Rdnr. 6 m. w. N.). Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob der Vertreter zu den Erklärungen bevollmächtigt ist.

9 2. Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Beschwerdegerichts, ein transmortal Bevollmächtigter könne bis zum Eintritt des Vorerbfalls nur zur Vertretung des Vorerben, nicht aber des Nacherben berechtigt sein.

10 a) Ob eine transmortale Vollmacht des Erblassers den Bevollmächtigten schon vor dem Nacherbfall zur Vertretung der Nacherben ermächtigen kann, ist allerdings umstritten, wobei teilweise danach differenziert wird, ob es

sich bei dem Bevollmächtigten – wie hier – um einen Dritten oder um den Vorerben handelt.

11 aa) Nach einer Ansicht, der das Beschwerdegericht folgt, berechtigt eine von dem Erblasser über den Tod hinaus erteilte Vollmacht den Bevollmächtigten bis zum Nacherbfall nur zur Vertretung des Vorerben. Erst mit Eintritt des Nacherbfalls könne der Bevollmächtigte den Nacherben vertreten. Die Nacherben seien in der Zeit zwischen dem Erb- und Nacherbfall an dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nicht beteiligt (vgl. jurisPK-BGB/*Schlinder*, 10. Aufl., § 2112 Rdnr. 21; *Schulze/Hoeren*, BGB, 12. Aufl., § 2112 Rdnr. 12; *Erman/Schmidt*, BGB, 17. Aufl., § 2112 Rdnr. 5; *Burandt/Rojahn/Lang*, Erbrecht, 4. Aufl., § 2112 BGB Rdnr. 14; NK-BGB/*Grieler*, 6. Aufl., § 2112 Rdnr. 20; *Bothe* in *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Aufl., § 2112 BGB Rdnr. 8; *Bauer/Schaub/Schaub*, GBO, 5. Aufl., § 51 Rdnr. 64 f.; *Kollmeyer*, ZEV 2019, 535; krit. auch BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 01.03.2025, § 51 Rdnr. 23b). Eine Wahrnehmung der Rechte der Nacherben durch Dritte vor dem Nacherbfall werde erbrechtlich nur durch eine Nacherbentestamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB ermöglicht (vgl. NK-BGB/*Grieler*, § 2112 Rdnr. 20; *Staudinger/Avenarius*, Neub. 2019, § 2112 Rdnr. 33 f.).

12 bb) Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht, die auf eine ältere Rechtsprechung des KG zurückgeht (KGJ 36, A 166, 171; KGJ 43, 157, 159 f.), kann ein Dritter mit einer über den Tod des Erblassers hinauswirkenden Vollmacht ermächtigt werden, vor dem Nacherbfall nicht nur den Vorerben, sondern auch den Nacherben zu vertreten. Ob dies der Fall sei, müsse durch Auslegung der Vollmachtsklärung nach §§ 133, 157 BGB ermittelt werden. Der Bevollmächtigte unterliege in seiner von dem Erblasser abgeleiteten Verfügungsmacht nur den Beschränkungen, die ihm der Erblasser selbst auferlegt habe (vgl. OLG Stuttgart, MittBayNot 2020, 248 Rdnr. 11 ff.; OLG Bremen, NJW-RR 2025, 394 Rdnr. 27 ff.; *Grüneberg/Weidlich*, BGB, 84. Aufl., § 2112 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Lieder*, 9. Aufl., § 2112 Rdnr. 19 ff.; *Staudinger/Schilken*, Neub. 2024, § 168 Rdnr. 32a; *Staudinger/Dutta*, Neub. 2021, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 101; *Lemke/Krause/Stavorinus*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 14; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 51 GBO Rdnr. 12; *Meikel/Böhringer*, GBO, 12. Aufl., § 51 Rdnr. 64; *Suttmann*, MittBayNot 2020, 250, 252; *Spernath*, MittBayNot 2021, 425, 434 f.; *von Schwander*, RNotZ 2019, 57, 66 ff.; *Strobel*, NJW 2020, 502, 504 ff.; *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 6; *Werner*, ZErB 2020, 353, 355). Teilweise wird das allerdings dann anders gesehen, wenn es sich bei dem durch eine transmortale Vollmacht Bevollmächtigten – wie hier nicht – um den Vorerben handelt (vgl. OLG München, ZEV 2019, 533 Rdnr. 23; *Keim*, DNotZ 2008, 175, 181; näher zum Meinungsstreit BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 01.02.2025, § 2136 Rdnr. 6 f.).

13 b) Der Senat entscheidet diese Rechtsfrage bezogen auf die einem Dritten erteilte transmortale Vollmacht im Sinne der zweiten Ansicht. Der die Nacherbfolge anordnende Erblasser kann einen Dritten, der nicht Vorerbe wird, durch eine transmortale Vollmacht dazu ermächtigen, nach seinem Tod sowohl die Vor- als auch die Nacherben zu vertreten.

Wie es sich verhält, wenn es sich bei dem durch eine transmortale Vollmacht Bevollmächtigten um den Vorerben handelt, bedarf keiner Entscheidung.

14 aa) Eine Vollmacht kann im Rahmen des § 168 Satz 1 BGB über den Tod des Vollmachtgebers hinauswirken (sog. transmortale Vollmacht; vgl. Senat, Urteil vom 18.04.1969, V ZR 179/65, NJW 1969, 1245, 1246; BGH, Beschluss vom 14.06.2023, XII ZB 43/23, NJW-RR 2023, 1105 Rdnr. 5; zur transmortalen Vorsorgevollmacht Senat, Beschluss vom 12.11.2020, V ZB 148/19, FGPrax 2021, 49 Rdnr. 21). Obwohl er seine Vertretungsmacht ausschließlich von dem Erblasser ableitet, vertritt der Bevollmächtigte nach dem Todesfall nicht (mehr) den Erblasser. Er vertritt auch nach dem Todesfall nicht den Nachlass, sondern die „Erben“, allerdings beschränkt auf den Nachlass (vgl. BGH, Urteil vom 23.02.1983, IVa ZR 186/81, BGHZ 87, 19, 25; Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, BGHZ 127, 239, 244; Beschluss vom 03.02.2021, XII ZB 67/20, NJW-RR 2021, 650 Rdnr. 25; zur transmortalen Vorsorgevollmacht Senat, Beschluss vom 12.11.2020, V ZB 148/19, FGPrax 2021, 49 Rdnr. 26). So ist es auch bei der postmortalen Vollmacht, die erst mit dem Tod des Vollmachtgebers wirkt (vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2014, BLw 6/13, NJW-RR 2014, 1112 Rdnr. 16; Beschluss vom 14.06.2023, XII ZB 43/23, NJW-RR 2023, 1105 Rdnr. 5).

15 Mit einer Vollmacht über den Tod hinaus oder auf den Todesfall des Erblassers erwirbt der Bevollmächtigte die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung des Erben zu verfügen (vgl. BGH, Beschluss vom 25.04.2014, BLw 6/13, NJW-RR 2014, 1112 Rdnr. 16). Der Bevollmächtigte bedarf grundsätzlich zu Rechtsgeschäften, die er nach dem Erbfall vornimmt, solange keiner Zustimmung des Erben, als dieser nicht Vollmacht oder Auftrag widerruft; er braucht sich auch nicht jeweils erst zu vergewissern, ob der Erbe mit dem beabsichtigten Geschäft einverstanden ist (vgl. Senat, Urteil vom 18.04.1969, V ZR 179/65, NJW 1969, 1245, 1246). Eine umfassende transmortale Vollmacht erstreckt sich auch auf Grundstücksveräußerungen; der Bevollmächtigte kann daher sowohl vor als nach dem Tod des Erblassers über dessen Grundstücke verfügen, was allerdings voraussetzt, dass die Vollmacht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann (vgl. oben Rdnr. 8).

16 bb) Die in diesem Sinne vertretenen „Erben“ sind, sofern – wie hier – eine Nacherbfolge angeordnet ist, in der Zeit zwischen Erb- und Nacherbfall die Vor- und Nacherben. Mit dem Erbfall wird zwar zunächst der Vorerbe Erbe, auf den gemäß § 1922 BGB im Wege der Universalsukzession der gesamte Nachlass übergeht. Erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139 BGB). Der Nacherbe erlangt jedoch bereits mit dem Erbfall eine unentziehbare und unbeschränkbare Rechtsstellung, die ihm in Bezug auf die Erbschaft zahlreiche einzelne Rechte gewährt und sein zukünftiges Erbrecht sichert (sog. Anwartschaftsrecht; vgl. Senat, Beschluss vom 26.05.1982, V ZB 8/81, BGHZ 84, 196, 201; BGH, Urteil vom 09.06.1983, IX ZR 41/82, BGHZ 87, 367, 369; Urteil vom 09.11.1994, IV ZR 319/93, BGHZ 127, 360,

364). Diese Stellung des Nacherben leitet sich unmittelbar von dem Erblasser ab. Der Nacherbe kann zwar nicht selbst über Nachlassgegenstände verfügen. Aufgrund seines Anwartschaftsrechts kann er aber einer Verfügung des Vorerben über einen Nachlassgegenstand zustimmen (§§ 2112 ff. BGB). Insoweit kann der Nacherbe auch durch einen durch eine transmortale Vollmacht des Erblassers bevollmächtigten Dritten vertreten werden (vgl. *Keim*, DNotZ 2008, 175, 178 f.; *Muscheler*, FamRZ 2019, 532; *Suttmann*, MittBayNot 2020, 250, 252). Nur so bleibt die dem Bevollmächtigten erteilte Rechtsmacht nach dem Tod des Erblassers in vollem Umfang erhalten. Die von dem Beschwerdegericht angenommene Auseinandersetzung von Vor- und Nacherbe gibt es hingegen nicht, weil es sich um eine sukzessive Gesamtrechtsnachfolge handelt. An der Erbauseinandersetzung der Vorerben kann der Nacherbe allerdings freiwillig mitwirken, um eine endgültige Auseinandersetzung herbeizuführen (in diesem Sinne Senat, Urteil vom 13.10.2000, V ZR 451/98, NJW-RR 2001, 217, 218).

17 cc) Dass eine transmortale Vollmacht den bevollmächtigten Dritten, der nicht Vorerbe wird, dazu ermächtigen kann, nach Eintritt des Vorerbfalls auch den Nacherben zu vertreten, entspricht dem Zweck der transmortalen Vollmacht.

18 (1) Mit der Erteilung einer transmortalen Vollmacht will der Erblasser die Fürsorge für den Nachlass und dessen Handlungsfähigkeit sicherstellen (vgl. *Werner*, ErbR 2023, 13, 14; *Keim*, MittBayNot 2021, 207; *Lieder*, ZfPW 2025, 345). Dem Bevollmächtigten soll es möglich sein, in der (teils langen) Übergangszeit bis zur Klärung der Erbenstellung oder Erteilung eines Erbscheins über Nachlassgegenstände zu verfügen. Insbesondere entspricht es einhelliger Ansicht, dass eine trans- oder postmortale Vollmacht ein Handeln für nicht bzw. beschränkt geschäftsfähige – auch minderjährige – Erben erlaubt, ohne dass eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist (vgl. RGZ 88, 345, 350; RGZ 106, 185, 186 f.; *Keim*, DNotZ 2008, 175, 178 f.; *Suttmann*, MittBayNot 2020, 250, 252). Aus diesem Grund bedarf es grundsätzlich auch keiner Namhaftmachung der Erben durch den Bevollmächtigten (vgl. OLG Frankfurt a. M., ZEV 2015, 648 Rdnr. 15; *Grüneberg/Weidlich*, Vor § 2197 Rdnr. 10).

19 (2) Dem Zweck der transmortalen Vollmacht liefe es zuwider, wenn im Falle einer Nacherbschaft der Bevollmächtigte lediglich die Vorerben und nicht auch die Nacherben vertreten könnte. Insbesondere Verfügungen über Grundstücke oder Grundstücksrechte wären aufgrund der nach §§ 2112 ff. BGB bestehenden Verfügungsbeschränkungen kaum noch möglich. Ist der Vorerbe nicht befreit, kann er etwa gemäß § 2113 Abs. 1 BGB regelmäßig nicht ohne die Zustimmung des Nacherben über ein Grundstück oder Recht an einem Grundstück dauerhaft wirksam verfügen. Von dieser Beschränkung kann der Erblasser den Vorerben zwar nach § 2136 BGB befreien. Eine Befreiung vom Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB ist ihm jedoch nicht möglich, obwohl hierfür praktische Bedürfnisse bestehen können (vgl. *Werner*, ZErB 2020, 353). Um dauerhaft wirksam über ein Grundstück zu verfügen, bedürfte es in diesen Fällen der Zustimmung sämtlicher Nacherben, die aber

häufig unbekannt, minderjährig oder noch nicht geboren sind (§ 2101 Abs. 1 BGB), sodass für sie die gesetzlichen Vertreter oder zu bestellende Pfleger (§§ 1810, 1882 BGB) mit gerichtlicher Genehmigung handeln müssten. Durch den damit verbundenen Aufwand und die entstehenden Kosten würde die mit der transmortalen Vollmacht bezweckte Handlungsfähigkeit hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände zunichtegemacht.

20 dd) Die transmortale Vollmacht würde zudem im Rechtsverkehr erheblich entwertet, wenn nach dem Tod des Vollmachtgebers Unklarheit über die Reichweite der Bevollmächtigung entstünde. Während der transmortal Bevollmächtigte vor dem Tod des Erblassers wirksam über ein Grundstück des Erblassers verfügen kann und ihm insoweit auch bei Vorlage der Vollmachtsurkunde der Rechtsschein des § 172 BGB zugutekommt, könnte sich der Rechtsverkehr nach dem Tod des Erblassers bei einer Unzulässigkeit der Vertretung des Nacherben nicht mehr auf die erteilte Vollmacht und den durch die Vollmachtsurkunde erzeugten Rechtsschein verlassen (vgl. *Keim*, DNotZ 2008, 175, 180). Hiervon wäre der Grundbuchverkehr in besonderer Weise betroffen. Die transmortale Vollmacht soll gerade Nachweisschwierigkeiten und Verzögerungen im Grundbuchverkehr vermeiden; es verhält sich nicht anders als im Bankverkehr (eingehend dazu BGH, Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, BGHZ 127, 239, 244 f.). Ob sich der Bevollmächtigte an den Interessen des Nacherben orientiert, hat das Grundbuchamt – abgesehen von den Fällen eines offensichtlichen Vollmachtsmissbrauchs oder eines offensichtlichen kollusiven Zusammenwirkens des Vorerben mit dem Bevollmächtigten – nicht zu prüfen (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 81a).

21 ee) Dass die transmortale Vollmacht den Nacherbenschutz schwächen kann, ist zwar richtig, führt aber nicht zu einem anderen Ergebnis.

22 (1) Der Bevollmächtigte kann ohne Zutun des Nacherben dessen auf die Nachlassgegenstände bezogenen Nacherbenrechte wahrnehmen, ohne dass dieser sich davor effektiv schützen kann. Dabei kann offenbleiben, ob der Nacherbe bereits mit dem Erbfall (so etwa MünchKomm-BGB/*Lieder*, 9. Aufl., § 2112 Rdnr. 21; *Muscheler*, ZEV 2019, 532, 533) oder erst mit dem Nacherbfall (so etwa OLG Stuttgart, MittBayNot 2020, 248 Rdnr. 13; *Keim*, ZEV 2020, 1, 3) in ein etwaiges der Vollmacht zugrunde liegendes Rechtsverhältnis eintritt. Jedenfalls im Außenverhältnis ist die Vollmacht nach dem Abstraktionsprinzip auch ohne Grundverhältnis wirksam, solange sie nicht widerrufen worden ist. Ein solcher Widerruf der Vollmacht nach den allgemeinen Regeln (§ 168 Satz 2 BGB) dürfte dem Nacherben aus den bereits geschilderten praktischen Gründen (vgl. oben Rdnr. 19) häufig unmöglich sein. Zweifelhaft ist auch, ob und unter welchen Voraussetzungen der Nacherbe im Innenverhältnis Schadensersatzansprüche gegen den Bevollmächtigten haben kann.

23 (2) Die Schwächung des Nacherbenschutzes durch eine transmortale Vollmacht ist jedoch hinzunehmen. Wie weit die Rechte des Nacherben reichen, bestimmt der Erblasser. Von diesem leitet der Nacherbe seine Rechtsposition



ab. Der Erblasser kann den Nacherben Beschränkungen unterwerfen. So kann er einen Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB zu dem Zweck ernennen, dass dieser bis zum Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und infolgedessen die nach §§ 2113 ff. BGB erforderlichen Zustimmungen zu Verfügungen über Nachlassgegenstände erteilen kann. Der Erblasser kann sich – wie hier – auch dazu entscheiden, einem Dritten eine transmortale Vollmacht zu erteilen und ihn damit zu ermächtigen, die Nacherbenrechte wahrzunehmen. Die Vertretung des Nacherben vor dem Eintritt des Nacherbfalls ist dann von ihm gewollt (vgl. auch BGH, Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, BGHZ 127, 239, 244 f.).

24 3. In der Folge hält auch die weitere Annahme des Beschwerdegerichts, die im Jahr 2008 erteilte transmortale Vollmacht des Erblassers berechtige die Generalbevollmächtigten nicht zur Bewilligung der Löschung der Nacherbenvermerke im Grundbuch, der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

25 a) Die einem Dritten erteilte transmortale Vollmacht kann nach Eintritt des Vorerbfalls auch die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch umfassen. Zwar kann der Erblasser nicht einerseits Vor- und Nacherbfolge anordnen und andererseits bestimmen, dass kein Nacherbenvermerk eingetragen werden soll. Nach dem Tod des Erblassers handelt der Bevollmächtigte aber nicht mehr für diesen, sondern für dessen Erben, und zwar auch für die Nacherben (vgl. oben Rdnr. 16). Da die Nacherben die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligen könnten, kann dies auch ein von dem Erblasser transmortal bevollmächtigter Dritter, wenn die Vollmacht dies umfasst. Ob es sich so verhält, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

26 b) Die Auslegung der Vollmachtsurkunde des Erblassers durch das Beschwerdegericht unterliegt, weil es sich bei der Vollmacht des Erblassers um eine für die Löschung der Nacherbenvermerke erforderliche Grundbucheklärung handelt, der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (vgl. Senat, Beschluss vom 29.06.2017, V ZB 18/15, WM 2017, 2115 Rdnr. 30 m. w. N.). Im Grundbuchverfahren ist der Vollmachtsumfang nach den für die Auslegung von Grundbucheklärungen geltenden Grundsätzen zu bestimmen (vgl. Senat, Beschluss vom 13.06.2013, V ZB 94/12, ZWE 2013, 402 Rdnr. 12; BayObLG, DNotZ 1997, 321, 324). Hiernach ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt; außerhalb der Erklärung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (zum Beispiel Senat, Urteil vom 26.10.1984, V ZR 67/83, BGHZ 92, 351, 355; Beschluss vom 21.02.1991, V ZB 13/90, BGHZ 113, 374, 378). Verbleiben Zweifel über den Umfang der Vollmacht, ist nur von dem geringeren, eindeutig festzustellenden Umfang auszugehen (vgl. OLG München, NJW-RR 2011, 524 Rdnr. 14 m. w. N.; NJW 2014, 3166 Rdnr. 9).

27 c) Nach diesem Maßstab erweist sich die Annahme des Beschwerdegerichts, die Generalbevollmächtigten seien deshalb nicht zur Vertretung der Nacherben und in diesem

Rahmen zur Löschung der Nacherbenvermerke berechtigt, weil die Nacherben in der Vollmachtsurkunde nicht erwähnt seien, als rechtsfehlerhaft.

28 aa) Insoweit lässt sich das Beschwerdegericht von seiner – rechtsfehlerhaften – Auffassung leiten, eine uneingeschränkte Vertretung der Nacherben nach Eintritt des Erbfalls sei schon nicht möglich und jedenfalls im Regelfall von dem Erblasser nicht gewollt, weil dies den Nacherbenschutz aushöhlen würde. Die einem Dritten, der nicht Vorerbe wird, erteilte transmortale Generalvollmacht des Erblassers umfasst im Zweifel auch die Vertretung des Nacherben nach Eintritt des Vorerbfalls und erstreckt sich auf die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch. Das entspricht dem Wesen einer Generalvollmacht; enthält sie keine ausdrücklichen Einschränkungen, kann sich der Rechtsverkehr auf die umfassende Vertretungsmacht des Bevollmächtigten verlassen.

29 bb) Die Überlegung des Beschwerdegerichts, dem Erblasser sei es möglicherweise nicht bewusst gewesen, dass die transmortale Vollmacht die Rechte der Nacherben beeinträchtigen kann, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Im Einzelfall mag das zwar zutreffen. Wie die innere Willensbildung des Erblassers verlaufen ist, kann der Rechtsverkehr aber nicht ergründen, zumal es für die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft unter gleichzeitiger Erteilung einer transmortalen Vollmacht gute Gründe geben kann (näher etwa *Spernath*, MittBayNot 2021, 425, 434). Enthält die Vollmacht keine dahingehenden Einschränkungen, muss der Rechtsverkehr annehmen, dass der Erblasser mit der bewusst transmortal erteilten Vollmacht die Verfügungsmacht des Bevollmächtigten für die Zeit nach seinem Tod außer Frage stellen will (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.1994, XI ZR 239/93, BGHZ 127, 239, 245); das gilt erst recht bei einer umfassenden Generalvollmacht. Im Übrigen muss die transmortale Vollmacht jedenfalls im Grundbuchverkehr in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen werden. Dem Erblasser wird die Bedeutung der Vollmacht dadurch vor Augen geführt, dass er entweder seine Unterschrift unter der Vollmacht beglaubigen oder die Vollmacht notariell beurkunden lassen muss.

30 cc) Nach alledem umfasst die hier von dem Erblasser erteilte notarielle „Generalvollmacht zur Besorgung all seiner Angelegenheiten“ auch die Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls. Eine Einschränkung hinsichtlich der Vertretung der Nacherben geht aus der Vollmacht nicht hervor.

31 IV. Da das Beschwerdegericht hiernach die Beschwerde gegen die Zurückweisung der Löschung der Nacherbenvermerke zu Unrecht zurückgewiesen hat, ist seine Entscheidung und die des Grundbuchamts aufzuheben. Das Grundbuchamt ist anzuweisen, die von der Beteiligten beantragte Löschung des Nacherbenvermerks nicht aus den in dem Beschluss vom 31.05.2024 genannten Gründen abzulehnen (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 5 und Abs. 6 Satz 2 Hs. 2 FamFG).

13. Zurechnung eines aus der Veräußerung eines Nachlassgegenstands erlangten Erlöses zum Nachlass und der Nachlassinsolvenzmasse bei strikter Trennung des Erlöses vom Eigenvermögen des Alleinerben

BGH, Urteil vom 19.12.2024, IX ZR 119/23 (Vorinstanz: OLG Bamberg, Endurteil vom 17.05.2023, 3 U 261/22)

BGB §§ 1978, 1980, 2041

InsO §§ 315 ff.

LEITSÄTZE:

1. Ein Ersatzgegenstand, den der Alleinerbe bei einer zwischen Annahme der Erbschaft und Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommenen Veräußerung eines zum Nachlass gehörenden Gegenstands erwirbt, tritt nicht im Wege der dinglichen Surrogation an die Stelle des Nachlassgegenstands.
2. Ein aus der Veräußerung eines Nachlassgegenstands erlangter Erlös ist dem Nachlass und damit der Nachlassinsolvenzmasse jedenfalls dann zuzurechnen, wenn der Alleinerbe den Erlös dergestalt strikt von seinem Eigenvermögen trennt, dass dieser damit einem Sondervermögen gleichsteht, und das Rechtsgeschäft nach den objektiven Umständen erkennbar der Verwaltung des Nachlasses dient.

SACHVERHALT:

1 Der Beklagte ist Verwalter in dem auf Antrag der Klägerin am 23.04.2021 eröffneten Insolvenzverfahren über den Nachlass des am 28.07.2016 verstorbenen K (im Folgenden: Erblasser). Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass der Erlös aus dem Verkauf einer zum Nachlass gehörenden Immobilie nicht Bestandteil der Insolvenzmasse geworden ist und Verfügungen der Klägerin über den Erlös nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen.

2 Der Erblasser war verheiratet; aus der Ehe ging neben der Klägerin ein Sohn hervor. Die Klägerin ist aufgrund eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments ihrer Eltern Alleinerbin des Erblassers. Die Mutter der Klägerin verzichtete in einer privatschriftlichen Erklärung auf ihre Pflichtteilsansprüche. In einem gerichtlichen Vergleich vom 18.03.2019 verpflichtete sich die Klägerin, an ihren Bruder einen Betrag von 90.000 € zur Abgeltung von etwaigen erbrechtlichen Ansprüchen am dereinstigen Nachlass der Mutter zu bezahlen.

3 Mit notariellem Kaufvertrag vom 21.02.2019 veräußerte die Klägerin die zum Nachlass gehörende Immobilie zum Kaufpreis von 480.000 € an einen Dritten. Vom Kaufpreis wurde ein Teilbetrag i. H. v. 90.000 € unmittelbar an den Bruder der Klägerin ausgezahlt. Ein weiterer Teilbetrag i. H. v. 132.320,99 € wurde zur Ablösung einer im Grundbuch der veräußerten Immobilie eingetragenen Grundschuld verwendet. Der verbleibende Restbetrag i. H. v. 257.679,01 € wurde auf ein Anderkonto der Rechtsanwälte O ausgezahlt, die zuvor sowohl für den Erblasser als auch für die Klägerin in diversen Rechtsstreitigkeiten tätig waren. Ein eigenes Konto besaß die in Vermögensverfall geratene Klägerin zum damaligen Zeitpunkt nicht. Der Veräußerungserlös wurde in der Folgezeit bis zum 14.01.2021 unter anderem zur Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten und von eigenen Verbindlichkeiten von der Klägerin vollständig verbraucht.

4 Mit einer im Dezember 2019 erhobenen Stufenklage nahm die Mutter der Klägerin, vertreten durch ihren gesetzlichen Betreuer,

die Klägerin auf Zahlung des Pflichtteils nach dem Erbfall des Erblassers in Anspruch. Außerdem verlangte die Mutter der Klägerin mit einer im Jahr 2020 erhobenen Stufenklage die Zahlung von Zugewinnausgleich. Daraufhin beantragte die Klägerin am 16.11.2020 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass.

5 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass forderte der Beklagte die Klägerin auf, den auf dem Anderkonto der Rechtsanwälte O eingegangenen Veräußerungserlös i. H. v. 257.679,01 € auf das von ihm eingerichtete Insolvenzanderkonto zu überweisen. Außerdem forderte er verschiedene Gläubiger der Klägerin auf, von dem Anderkonto auf Veranlassung der Klägerin erhaltene Beträge zum Nachlass zurückzuzahlen. Im Januar 2023 wurden Forderungen zur Tabelle i. H. v. 219.284,08 € festgestellt, darunter Zugewinnausgleichsansprüche der Mutter der Klägerin über 123.853,11 € und 86.922,50 €.

6 Die Klägerin ist der Auffassung, der Erlös aus dem noch vor Insolvenzeröffnung vorgenommenen Verkauf der Immobilie sei Teil ihres Eigenvermögens geworden, über das sie frei habe verfügen können. Mit ihrer Klage begehrt sie – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – die Feststellung, dass der Veräußerungserlös nicht Bestandteil des Nachlasses geworden ist und Verfügungen der Klägerin über den Erlös damit auch nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen.

7 Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

8 Die Revision hat keinen Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Zurückweisung des Feststellungsantrags ausgeführt, der vom Beklagten außergerichtlich gegen die Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Auskehr des Veräußerungserlöses an die Masse bestehe, weil der durch die Veräußerung der zum Nachlass gehörenden Immobilie erzielte Erlös der Insolvenzmasse zugeflossen sei. Zum Schutz der Nachlassgläubiger sei die Vorschrift des § 2041 BGB bei Veräußerung von Nachlassgegenständen durch einen Alleinerben analog anwendbar. Die analoge Anwendung des § 2041 BGB habe zur Folge, dass der Veräußerungserlös unmittelbar in die Insolvenzmasse falle. Verfügungen des Erben über das Surrogat unterlägen deshalb der insolvenzrechtlichen Anfechtung. Andernfalls blieben Verfügungen des Erben über das Surrogat in Kenntnis der Insolvenzreife des Nachlasses sanktionslos; jede Anfechtungsmöglichkeit gegen Dritte wäre abgeschnitten. Den Nachlassgläubigern stünde allein das Vermögen des Erben als Haftungsmasse zur Verfügung. Habe der Erbe (wie hier) das geerbte Vermögen verbraucht und verfüge auch sonst über kein Vermögen, liefen die Ansprüche der Nachlassgläubiger ins Leere.

10 Selbst wenn eine dingliche Surrogation abzulehnen wäre, sei unter Berücksichtigung der Interessen der Nachlassgläubiger der Begriff des Nachlasses nicht statisch auf das Vermögen des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls zu verstehen. Unter den Begriff des Nachlasses falle alles, was der Alleinerbe kraft Erbfolge vom Erblasser erlangt habe und was daraus geworden sei. Jedenfalls fielen all diejenigen Vermögenswerte in den Nachlass (und in der Konsequenz: in die Insolvenzmasse), die der Alleinerbe durch ein Rechtsgeschäft erlangt habe, welches er wirtschaftlich betrachtet und nach seinem Willen zur Verwaltung des Nach-



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

lasses abgeschlossen habe. Ein solches Rechtsgeschäft gelte als für den Nachlass abgeschlossen, selbst wenn dies für den Vertragspartner nicht erkennbar sei. Die Klägerin habe – entgegen ihrer Behauptung – bei der Veräußerung der Immobilie für den Nachlass gehandelt, wie sich anhand äußerer Umstände feststellen lasse.

11 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung im Ergebnis stand. Der Feststellungsantrag der Klägerin hat keinen Erfolg, weil der Erlös aus der Veräußerung des Grundstücks zur Insolvenzmasse gehört. Bezüglich des Antrags auf Feststellung, dass Verfügungen der Klägerin über den Erlös aus dem Verkauf der Immobilie nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen, fehlt es an einem Feststellungsinteresse der Klägerin.

12 1. Die Insolvenzmasse im Nachlassinsolvenzverfahren bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 35 ff. InsO, die mangels einer entsprechenden Sondervorschrift in den §§ 315 ff. InsO ergänzend heranzuziehen sind (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 229; Schmidt/Schmidt, InsO, 20. Aufl., Vor § 315 Rdnr. 14). Die §§ 35 ff. InsO bauen im Nachlassinsolvenzverfahren auf den vorrangig zu berücksichtigenden Regeln des allgemeinen Vermögensrechts sowie des Erbrechts in einem engeren Sinne auf (vgl. Jaeger/Windel, InsO, § 315 Rdnr. 87; FK-InsO/Schallenberg/Rafiqpoor, 10. Aufl., Vor § 315 ff. Rdnr. 18, 21).

13 a) Das Insolvenzverfahren erfasst das gesamte Vermögen, das zur Zeit der Verfahrenseröffnung zum Nachlass gehört. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung der Nachlassinsolvenzmasse ist der Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Schmidt/Schmidt, InsO, Vor § 315 Rdnr. 15; Jaeger/Windel, InsO, § 315 Rdnr. 90; Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, InsO, 15. Aufl., § 315 Rdnr. 7; Frege/Keller/Riedel, Handbuch Insolvenzrecht, 9. Aufl., Teil 7 Rdnr. 80) und nicht der Zeitpunkt des Erbfalls. Mit der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens werden das Eigenvermögen des Erben und der Nachlass getrennt. Der Insolvenzbeschlag tritt ex nunc ein.

14 Der Nachlass ist keine statische, abgeschlossene Vermögensmasse. Allein schon durch Wertsteigerungen oder -verluste von zum Nachlass gehörenden Gegenständen kann sich der Nachlass nach dem Erbfall vergrößern oder verringern (BT-Drucks. 12/2443, S. 231). Zur Insolvenzmasse gehören daher alle Gegenstände, Rechte und Rechtspositionen, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass noch unterscheidbar vom Eigenvermögen des oder der Erben vorhanden sind (Gottwald/Haas/Döbereiner, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 112 Rdnr. 1). Da rechtsgeschäftliche Verfügungen des Erben über Gegenstände der Insolvenzmasse wirksam bleiben (BGH, Urteil vom 10.10.2013, IX ZR 30/12, ZIP 2014, 134 Rdnr. 11), gehört nicht zur Insolvenzmasse, was der Erbe der Insolvenzmasse zwischenzeitlich durch Verfügung entzogen hat (Schmidt/Schmidt, InsO, Vor § 315 Rdnr. 15; Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, InsO, § 315 Rdnr. 9; Frege/Keller/Riedel, Handbuch Insolvenzrecht, Teil 7 Rdnr. 80; Gottwald/Haas/Döbereiner, a. a. O. Rdnr. 1).

15 Das steht nicht im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers, wonach die Wirkungen der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens so weit wie möglich auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen werden sollen (RegE § 367 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 231) und so weit wie möglich die Rechtslage wiederherzustellen ist, die zur Zeit des Erbfalls bestand (RegE §§ 364, 365 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 231). Damit ist nicht gemeint, dass im Sinne einer Fiktion das Insolvenzverfahren so abzuwickeln ist, als sei bereits im Zeitpunkt des Erbfalls das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Denn dann wären Verfügungen des Erben zwischen Erbfall und Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens über zum Nachlass gehörende Gegenstände rückwirkend als Verfügungen eines Nichtberechtigten zu behandeln mit entsprechenden Unsicherheiten für den Rechtsverkehr. Außerdem tragen bereits die §§ 1976 ff. BGB und §§ 321 ff. InsO Veränderungen des Nachlasses Rechnung (Jaeger/Windel, InsO, § 315 Rdnr. 90).

16 b) Im Streitfall ist die Immobilie, welche die Klägerin im Zeitraum zwischen dem Erbfall und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einen Dritten veräußert hat, nicht mehr Gegenstand der Insolvenzmasse. Der bei der Veräußerung erzielte Kaufpreis gehörte ursprünglich nicht zum Nachlass; er ist erst nach dem Erbfall durch die von der Klägerin vorgenommene Veräußerung geflossen.

17 2. Der auf das Anderkonto der Rechtsanwälte O eingezahlte Veräußerungserlös ist gleichwohl Teil des Nachlasses und damit der Insolvenzmasse geworden.

18 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der bei der Veräußerung der ursprünglich zum Nachlass gehörenden Immobilie erzielte Erlös allerdings nicht im Wege dinglicher Surrogation nach § 2041 BGB analog an die Stelle des Grundstücks getreten.

19 aa) Gemäß § 2041 Satz 1 BGB gehört zum Nachlass, was aufgrund eines zum Nachlass gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlassgegenstands oder durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlass bezieht, erworben wird. Bei der unter § 2041 Satz 1 BGB fallenden Veräußerung eines Nachlassgegenstands tritt der durch die Veräußerung erlangte Ersatzgegenstand ohne Weiteres an die Stelle des veräußerten Nachlassgegenstands und in dessen rechtliche Bestimmtheit ein, ohne dass es auf den subjektiven Willen des Erben ankommt, für den Nachlass zu handeln. Die erbrechtlichen Fälle der dinglichen Surrogation haben den Zweck, die realen Werte eines bestimmten Sondervermögens zu binden und im Interesse bestimmter begünstigter Personen (bei §§ 2019, 2041 BGB der Erben; bei § 2111 BGB der Nacherben) und der Nachlassgläubiger über alle Wechsel der zu ihm gehörenden konkreten Bestandteile hinweg zusammen zu halten und für den Zweck des Sondervermögens zu reservieren (vgl. BGH, Urteile vom 30.10.1986, IX ZR 126/85, NJW 1987, 434, 435; vom 21.11.1989, IVa ZR 220/88, BGHZ 109, 214, 217; vom 30.06.2017, V ZR 232/16, FamRZ 2017, 1966 Rdnr. 12; MünchKomm-BGB/Gergen, 9. Aufl., § 2041 Rdnr. 22).

20 bb) Ausweislich seiner Stellung im Buch 5, Abschnitt 2, Titel 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt § 2041 BGB allerdings nur für die Erbengemeinschaft. Eine dingliche Surrogation, wie sie etwa in §§ 2019, 2041, 2111 BGB normiert ist, ist im Fall des Alleinerben gesetzlich nicht vorgesehen. Während § 2041 Satz 1 BGB im Bereich der Testamentsvollstreckung auch dann entsprechend anzuwenden ist, wenn es sich um einen Alleinerben handelt (RGZ 138, 132, 134; BGH, Urteil vom 24.10.1990, IV ZR 296/89, FamRZ 1991, 188), ist eine analoge Anwendung im Fall der rechtsgeschäftlichen Verfügung des Alleinerben über einen Nachlassgegenstand nach zutreffender herrschender Meinung ausgeschlossen (Schmidt/Schmidt, InsO, Vor § 315 Rdnr. 15; Frege/Keller/Riedel, Handbuch Insolvenzrecht, Teil 7 Rdnr. 80; Gottwald/Haas/Döbereiner, Insolvenzrechts-Handbuch, § 112 Rdnr. 5 f; BeckOK-BGB/Lohmann, Stand: 2024, § 1978 Rdnr. 4; Erman/Horn, BGB, 17. Aufl., § 1978 Rdnr. 3a; Damrau/Tanck/Gottwald, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., § 1978 BGB Rdnr. 6; a. A. Staudinger/Dobler, Neub. 2020, § 1978 Rdnr. 17).

21 (1) Eine Analogie setzt zunächst voraus, dass die Interessenlage des gesetzlich geregelten Falles mit der des zu entscheidenden Falles übereinstimmt. Zusätzlich müssen auch die Wertungsgrundlage und die gesetzgeberische Interessenbewertung der Gesetzesnorm auf den zu entscheidenden Fall zutreffen.

Schließlich darf die Übertragung der gesetzlichen Regelung auf den ungeregelten Fall nicht durch gesetzgeberische Entscheidung ausgeschlossen sein. Diese Voraussetzungen sind – auch wenn ein Interesse der Nachlassgläubiger an der Erhaltung des Werts des Nachlasses im Fall des Alleinerben in vergleichbarer Weise besteht und schützenswert ist wie im Fall der Erbengemeinschaft – nicht erfüllt.

22 (2) Bei § 2041 BGB handelt es sich – wie bei anderen Vorschriften zur dinglichen Surrogation im Bürgerlichen Gesetzbuch – um eine Sondervorschrift. Die dingliche Surrogation ist kein allgemeines Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs (RGZ 105, 84, 87; BGH, Urteil vom 13.07.1989, IX ZR 227/87, FamRZ 1989, 1070, 1072; Schmidt/Schmidt, InsO, Vor § 315 Rdnr. 15). Sie stellt den Schutz des von ihr begünstigten Vermögens über den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz und ist schon deswegen nur für bestimmte Einzelfälle vorgesehen (jurisPK-BGB/Schneider, Stand: 2024, § 2111 Rdnr. 5; Wolf, JuS 1975, 643, 644).

23 (3) Der Grundsatz der dinglichen Surrogation ist für die verschiedenen familienrechtlichen Sondervermögen (etwa §§ 1418, 1473, 1638 BGB) und für den Nachlass anerkannt, soweit es seiner Sonderung vom Eigenvermögen des Erben oder des Erbschaftsbesitzers bedarf (§§ 2019, 2041, 2111 BGB). Dieser Grundsatz besagt, dass Sondervermögen alles das wird, was aufgrund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Sondervermögen gehörenden Gegenstands oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird (RGZ 138, 132, 134; BGH, Urteil vom 21.11.1989, IVa ZR 220/88, BGHZ 109, 214, 217). Die auch in der Rechtsprechung des BGH anerkannte analoge Anwendung des § 2041 BGB für den Fall, dass nur ein Erbe

vorhanden ist und eine Testamentsvollstreckung besteht, beruht darauf, dass der Nachlass aufgrund der Anordnung der Testamentsvollstreckung ein vom Eigenvermögen des Erben getrenntes Sondervermögen bildet (RGZ 138, 132, 134; BGH, Urteil vom 24.10.1990, IV ZR 296/89, FamRZ 1991, 188).

24 Am Vorhandensein eines Sondervermögens fehlt es im Regelfall beim Alleinerben. Im Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft vermischen sich bei ihm das Eigenvermögen und das Vermögen aus dem Nachlass. Nutzungen aus Nachlassgegenständen oder Erlöse aus Veräußerungen von zum Nachlass gehörenden Gegenständen fließen in das ungeteilte Vermögen des Erben. Vom Erben gezahlte Kosten, laufende Lasten oder Nachlassverbindlichkeiten können aus dem Eigenvermögen des Erben stammen oder aus Nachlassmitteln gezahlt worden sein. Getrennte Vermögensmassen wie im Fall der Erbengemeinschaft oder der Testamentsvollstreckung gibt es beim Alleinerben nicht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Nachlassinsolvenz dem Prinzip der Vermögenstrennung folgt und nur den Nachlass als ein Sondervermögen, nicht aber das Eigenvermögen des Erben betrifft (BGH, Urteil vom 28.11.2019, IX ZR 239/18, BGHZ 224, 177 Rdnr. 22). Denn eine Trennung der Vermögensmassen tritt erst ex nunc mit der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens ein, soweit dies noch dinglich möglich ist.

25 (4) Schließlich fehlt es in Anbetracht der vom Gesetzgeber vorgesehenen Möglichkeit zur schuldrechtlichen Inanspruchnahme des Erben nach § 1978 BGB auch an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke. Nach § 1978 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Erbe im Fall der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens den Nachlassgläubigern für die bisherige Verwaltung so verantwortlich, wie wenn er von der Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte. Zweck dieser Vorschrift ist es, den Nachlass den Nachlassgläubigern möglichst ungeschmälert zur Verfügung stehen zu lassen (BGH, Urteil vom 10.10.2013, IX ZR 30/12, ZIP 2014, 134 Rdnr. 11). Dies hat zur Folge, dass der Erbe nach § 1978 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 667 BGB verpflichtet ist, dem Insolvenzverwalter alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben.

26 Der Senat hat bereits entschieden, dass sich eine entsprechende Anwendung des Surrogationsgedankens im Wege der Rechtsanalogie jedenfalls im Anwendungsbeereich des § 1990 BGB verbietet. Denn für diesen Fall trifft das Gesetz durch die Verweisung auf die Regeln des Auftragsrechts in den §§ 1991, 1978 BGB eine abweichende, dem Schuldrecht angehörende Regelung (BGH, Urteil vom 13.07.1989, IX ZR 227/87, FamRZ 1989, 1070, 1072 m. w. N.). Gleiches gilt im Streitfall, in dem § 1978 BGB unmittelbar zur Anwendung kommt.

27 b) Die Zugehörigkeit des Veräußerungserlöses zum Nachlass ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht aus einer möglichst weiten Definition des Begriffs des Nachlasses. Eine vereinzelt in der Literatur vertretene Auffassung, der sich auch das Berufungsgericht anschließt, will unter dem Begriff des Nachlasses

alles das verstehen, was der Alleinerbe kraft Erbfolge vom Erblasser erlangt hat und was daraus geworden ist (*Schmidt-Kessel*, WM 2003, 2086, 2089; dagegen *Roth/Pfeuffer/Roth*, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, 2. Aufl., S. 38 f.). Auch die rechtsgeschäftlichen Äquivalente, die der Alleinerbe für die Veräußerung von Nachlassgegenständen erlangt hat, sollen ohne einen Eingriff in die dingliche Zuordnung derselben als Nachlass qualifiziert werden. Erwirbt der Erbe mit dem Erlös aus dem Verkauf eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks unter zusätzlicher Verwendung von Eigenmitteln ein wertvolleres Grundstück, soll diese zu dem entsprechenden Bruchteil zum Nachlass gehören, und zwar ohne dass es dabei auf den Willen des Erben ankomme (*Schmidt-Kessel*, a. a. O.).

28 Diese weite Definition des Begriffs des Nachlasses enthält jedoch keine dogmatische Begründung für die dingliche Zuordnung des aus der Veräußerung eines Nachlassgegenstands erzielten Erlöses zum Nachlass. Eine solche wäre nur über eine dingliche Surrogation möglich, die aber von *Schmidt-Kessel* zu Recht ausdrücklich abgelehnt wird (WM 2003, 2086, 2088). Im Übrigen begegnet die von *Schmidt-Kessel* vorgeschlagene Definition des Begriffs Nachlass praktischen Problemen, sobald Vermögensumschichtungen mit Wertdifferenzen stattfinden und hinsichtlich neu hinzugekommener Gegenstände Bruchteilseigentum von Nachlass und Eigenvermögen des Erben entstehen soll. Insbesondere im Fall mehrerer aufeinanderfolgender Rechtsgeschäfte kann sich ein aus mehreren Bruchteilen bestehender Nachlass kaum mehr ermitteln oder berechnen lassen (vgl. im Einzelnen *Roth/Pfeuffer/Roth*, Praxishandbuch Nachlassinsolvenzverfahren, S. 39).

29 c) Die vom Berufungsgericht im Weiteren bejahte Frage, ob der Erbe kraft seines – ggf. für den Vertragspartner nicht erkennbaren – Willens rechtsgeschäftlich Gegenstände mit dinglicher Wirkung für den Nachlass erwerben kann, hat der Senat zuletzt offen gelassen (BGH, Urteil vom 13.07.1989, IX ZR 227/87, FamRZ 1989, 1070, 1072), weil im dort entschiedenen Fall ein entsprechender Wille der Erbin schon nicht festzustellen war. Der Senat entscheidet diese Frage dahingehend, dass ein aus der Veräußerung eines Nachlassgegenstands erlangter Erlös dem Nachlass und damit der Insolvenzmasse jedenfalls dann zuzurechnen ist, wenn der Erbe den Erlös dergestalt strikt von seinem Eigenvermögen trennt, dass dieser damit einem Sondervermögen gleichsteht, und das Rechtsgeschäft nach den objektiven Umständen erkennbar der Verwaltung des Nachlasses dient.

30 aa) Nach verbreiteter Auffassung gehört ein vom Erben erworbener Gegenstand zum Nachlass, wenn der Erbe beim Erwerbsakt in dem Willen handelt, dass der fragliche Gegenstand dem Nachlass zufallen soll. Hierbei wird teilweise vertreten, dass der Erbe einen entsprechenden Willen gegenüber seinem Vertragspartner nicht erkennbar machen muss; schon der in objektiven Umständen zum Ausdruck kommende Wille des Erben soll eine dingliche Zuordnung des Gegenstands zum Nachlass ermöglichen (*Römermann/Weiß*, InsO, 2023, § 315 Rdnr. 31; *MünchKomm-BGB/Küpper*, 9. Aufl., § 1978 Rdnr. 6;

BeckOK-BGB/Lohmann, § 1978 Rdnr. 4; *Erman/Horn*, BGB, § 1978 Rdnr. 3a). Teilweise wird davon ausgegangen, dass eine dingliche Zuordnung zum Nachlass nur dann erfolge, wenn der Erbe nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen gegenüber seinem schuldrechtlichen Vertragspartner beim Erwerbsakt erkennbar macht, dass der fragliche Gegenstand dem Nachlass zufallen soll (*Jaeger/Windel*, InsO, § 315 Rdnr. 98; *Burandt/Rojahn/Joachim*, Erbrecht, § 1978 BGB Rdnr. 8).

31 Hiergegen wird geltend gemacht, dass die sachenrechtliche Rechtsgüterzuordnung nicht allein dem Willen des Erben unterstellt werden könne. Außerdem ergäben sich praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Umstands, ob der Erbe ein Rechtsgeschäft für Rechnung des Nachlasses oder für eigene Rechnung vorgenommen hat, wenn er später einen Willen zum Tätigwerden für den Nachlass bestreitet (*Damrau/Tanck/Gottwald*, Praxiskommentar Erbrecht, § 1978 BGB Rdnr. 6; *FK-InsO/Schallenberg/Rafiq-poor*, Vor §§ 315 ff. Rdnr. 24). Verbreitet wird deshalb angenommen, dass der Insolvenzverwalter den Alleinerben im Fall der Veräußerung eines Nachlassgegenstands im Zeitraum zwischen Annahme der Erbschaft und Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens allein nach § 1978 Abs. 1 Satz 1, § 667 BGB auf Herausgabe des Erlangten in Anspruch nehmen kann (*Schmidt/Schmidt*, InsO, Vor § 315 Rdnr. 15; *BeckOGK-BGB/Herzog*, Stand: 2024, § 1978 Rdnr. 36.1; *Kreplin/Fanselow* in MAH Insolvenz und Sanierung, 4. Aufl., § 36 Rdnr. 72; *Roth/Pfeuffer/Roth*, Praxishandbuch Nachlassinsolvenz, S. 39 f.; *Roth*, ZInsO 2010, 118, 120 f; *ders.*, NZI 2023, 922, 923).

32 bb) Der Senat kann dahinstehen lassen, ob die Zugehörigkeit eines durch den Verkauf von Nachlassgegenständen erzielten Veräußerungserlöses zum Nachlass allein vom Willen des Alleinerben abhängen kann, und ob dies nur dann in Betracht kommt, wenn der Erbe seinen entsprechenden Willen dem Vertragspartner gegenüber offenlegt. Jedenfalls wenn der Erbe den Erlös aus der Veräußerung eines Nachlassgegenstands dergestalt strikt von seinem Eigenvermögen trennt, dass dieser damit einem Sondervermögen gleichsteht, und das Rechtsgeschäft nach den objektiven Umständen erkennbar der Verwaltung des Nachlasses dient, folgt daraus eine fortbestehende Zuordnung des Veräußerungserlöses zum Nachlass.

33 Diese Voraussetzungen sind nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall erfüllt. Die Klägerin war nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts vermögenslos. Die Veräußerung der Immobilie erfolgte zudem – zumindest auch – zur Verwaltung des Nachlasses. Von dem vereinbarten Kaufpreis von 480.000 € wurde ein Teilbetrag i. H. v. 132.320,99 € zur Ablösung einer im Grundbuch der veräußerten Immobilie eingetragenen Grundschuld verwendet. Ein weiterer Teilbetrag von 90.000 € wurde zur Abgeltung von erbrechtlichen Ansprüchen des Bruders der Klägerin verwendet. Ein Restbetrag von 257.679,01 € wurde auf ein Anderkonto der Rechtsanwälte O und nicht auf ein eigenes Konto der Klägerin eingezahlt. Von dem auf dem Anderkonto eingegangenen Restbetrag

beglich die Klägerin sodann auch noch offene Honorarforderungen der Rechtsanwälte O, die aus Mandatsverhältnissen mit dem Erblasser herrührten. Einzahlungen auf das Anderkonto (von der Klägerin selbst oder von Dritten zugunsten der Klägerin) erfolgten nicht. Diese Umstände tragen den Schluss, dass der Erlös damit einem Sondervermögen gleichstand.

34 3. Der Antrag auf Feststellung, dass Verfügungen der Klägerin über den Erlös aus dem Verkauf der Immobilie nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen, ist mangels Feststellungsinteresse unzulässig. Anfechtungsansprüche des Insolvenzverwalters richten sich gegen den Empfänger einer anfechtbaren Leistung. Entscheidungen über die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung wirken allein im Verhältnis zwischen dem Insolvenzverwalter und dem jeweiligen Anfechtungsgegner. Der Erbe eines Nachlasses, über den das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet ist, ist hieran nicht beteiligt.

14. Keine familiengerichtliche Genehmigungspflicht einer lenkenden Erbausschlagung der Eltern für ihr minderjähriges Kind bei gewillkürter Ersatzerbeinsetzung des Kindes und werthaltigem Nachlass

BGH, Beschluss vom 04.09.2024, IV ZB 37/23 (Vorinstanz: OLG Zweibrücken, Beschluss vom 09.10.2023, 8 W 24/23)

BGB § 1643 Abs. 2 Satz 2 (i. d. F. bis zum 31.12.2022)
BGB § 1643 Abs. 3 Satz 1, §§ 1941, 1944 Abs. 1, § 1945 Abs. 1, § 1948 Abs. 2, § 1953 Abs. 1 und 2

LEITSATZ:

Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F., § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. kommt für den Fall, dass ein als gewillkürter Erbe berufener Elternteil für sich im eigenen Namen und als vertretungsberechtigter Elternteil für das als Ersatzerbe eingesetzte Kind die gewillkürte Erbschaft bei werthaltigem Nachlass ausschlägt, um die gesetzliche Erbfolge zu ermöglichen und das gesetzliche Erbe für sich anzunehmen (sog. lenkende Ausschlagung), nicht in Betracht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 erstrebt eine Klärung der Erbfolge im Verfahren über die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

2 Der Beteiligte zu 1 ist der Witwer der am 19.04.2022 verstorbenen Erblasserin, die Beteiligten zu 2 und 3 sind die gemeinsamen Kinder. Zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin erwartete der Beteiligte zu 3 mit seiner Ehefrau ein Kind (im Folgenden: Beteiligter zu 4), das am 03.10.2022 geboren worden ist. Die Erblasserin und der Beteiligte zu 1 hatten unter dem 12.12.2014 einen notariell beurkundeten Erbvertrag geschlossen, der unter anderem folgende Regelungen enthält:

„§ 3

Gegenseitige Erbeinsetzung Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen und unbeschränkten Erben ein, unabhängig davon, ob und welche Pflichtteilsberechtigte beim Tode des Erstversterbenden von uns vorhanden sind.

§ 4

Erbfolge nach dem Längstlebenden

1. Jeder von uns beruft sowohl für den Fall, dass er der Längstlebende von uns ist, als auch für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben, zu seinen Erben unsere gemeinschaftlichen Kinder, welche zur Zeit sind:

- a) F L O C(...) F, geboren am 01.08.1997,
 - b) J(...) C(...) C(...) F, geboren am 25.04.2000,
- zu gleichen Teilen -.

2. Sollte eines unserer gemeinschaftlichen Kinder vor dem Längstlebenden sterben oder aus einem sonstigen Grunde nicht Erbe werden und Abkömmlinge hinterlassen, sollen diese an seine Stelle treten. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, tritt Anwachsung im Verhältnis der Erbeinsetzung ein.“

3 Die Beteiligten zu 1 bis 3 schlugen für sich sowie der Beteiligte zu 3 und seine Ehefrau für den damals gezeugten, aber noch ungeborenen Beteiligten zu 4 durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbenstellung aus. Ferner erklärten die Beteiligten zu 1 bis 3, die Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbenstellung anzunehmen. Hintergrund der Ausschlagungen sei, dass der Anfall der Erbschaft mit einem Nachlasswert von 1.255.873,40 € allein bei dem Beteiligten zu 1 zu einer enormen Erbschaftsteuerbelastung geführt hätte, weshalb es im Interesse aller Beteiligten liege, das Vermögen im Wege der gesetzlichen Erbfolge möglichst für die Familie zu erhalten. Andererseits wolle der Beteiligte zu 1 die gemeinsamen Kinder bereits am Nachlass ihrer Mutter teilhaben lassen.

4 Am 25.10.2022 beantragte der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, das auf der Grundlage der gesetzlichen Erbfolge ihn als Erben zu ½ und die Beteiligten zu 2 und 3 als Erben zu je ¼ nach der Erblasserin ausweisen sollte. Nachdem das Nachlassgericht darauf hingewiesen hatte, dass es die für den Beteiligten zu 4 erklärte Ausschlagung als nicht wirksam erachte, hat es den Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses zurückgewiesen.

Eine daraufhin beantragte familiengerichtliche Genehmigung der Ausschlagungserklärung hat das AG nicht erteilt, da der Nachlasswert für den Beteiligten zu 4 einen wirtschaftlichen Vorteil bedeute. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Nachlassgerichts hat das OLG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1, mit der er seinen Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses weiterverfolgt.

5 II. Das Beschwerdegericht ist der Ansicht, dass die gesetzliche Erbfolge nicht eingreife, weil die Eheleute in dem Erbvertrag eine wirksame Ersatzerbenbestimmung zugunsten des Beteiligten zu 4 getroffen und dessen Eltern das diesem angefallene Erbe nicht wirksam ausgeschlagen hätten, weil die Ausschlagungserklärung nicht familiengerichtlich genehmigt worden sei. Die Eheleute hätten zwar nicht den Fall, dass nach dem Tod des Erstversterbenden der Längerlebende von ihnen das Erbe (als gewillkürter Erbe) ausschlagen würde, ausdrücklich geregelt. Jedoch könne aus der vorgenommenen Einsetzung der gemeinschaftlichen Kinder als Schlusserben des Längstlebenden sowie auch als jeweilige Erben der Ehepartner im Falle eines gleichzeitigen Versterbens eindeutig der Schluss gezogen werden, dass die Eheleute dann, wenn sie den Fall bedacht hätten, dass der Längerlebende von ihnen das ihm zugewandte Erbe nach dem Tod des Erstversterbenden ausschlage, ihre gemeinschaftlichen Kinder auch schon zu Ersatzerben des Erstversterbenden bestimmt hätten und dass die weiterhin (unter § 4 Ziffer 2. des Erbvertrags) verfügte Ersatzerbenregelung für den Erbfall nach dem Längstlebenden auch für den Erbfall nach dem Erstversterbenden gelten sollte. Diese Auslegung erfasse auch den Fall einer „lenkenden“ Ausschlagung. Die Bestimmung der möglichen Abkömmlinge der Kinder der Eheleute zu Ersatzerben sei umfassend erfolgt.

6 Die durch den Beteiligten zu 3 und dessen Ehefrau für den Beteiligten zu 4 erklärte Ausschlagung des Erbes sei nicht wirksam erfolgt, weil sie nicht familiengerichtlich genehmigt worden sei. Die Ausnahme von der Grundregel der Erforderlichkeit der familiengerichtlichen Genehmigung in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB in der bis zum 31.12.2022 geltenden Fassung bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung sei zwar seinem Wortlaut nach gegeben, jedoch entspreche es der herrschenden Meinung, diese Ausnahmevorschrift im Wege der teleologischen Reduktion nicht anzuwenden, wenn die von den Eltern für das minderjährige Kind erklärte Ausschlagung dazu führe, dass die Erbschaft dann wieder dem Elternteil, der vorher die Erbschaft nur unter dem Gesichtspunkt einer gewillkürten Erbenstellung ausgeschlagen hat, als gesetzlicher (Mit-)Erbe anfalle. Jedenfalls in diesem Fall bestehe bei dem Elternteil ein Interessenkonflikt, weil der für das Kind erklärte Erbverzicht dazu führe, dass sein – des Elternteils – Vermögen gemehrt werde.

7 III. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

8 Die statthafte (§ 44 IntErbRVG) und auch im Übrigen zulässige (§ 44 Satz 3, § 43 Abs. 3 IntErbRVG) Rechtsbeschwerde ist begründet. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 nicht gesetzliche Erben nach der Erblasserin geworden sind. Dementsprechend ist dem Antrag des Beteiligten zu 1 auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses stattzugeben.

9 1. Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben – wie das Beschwerdegericht zu Recht unterstellt hat – ihr Erbe aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung wirksam ausgeschlagen, ohne dass es darauf ankommt, ob die – von der

Rechtsbeschwerde insoweit nicht angegriffene – Auslegung des Erbvertrags vom 12.12.2014 durch das Beschwerdegericht der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht standhält. Denn die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine wirksame Ausschlagung der – zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 unterstellt – gewillkürten Erbenstellung durch die Beteiligten zu 1 bis 3 liegen vor.

10 a) Ursprünglich ist der Beteiligte zu 1 Alleinerbe aufgrund des notariellen Erbvertrags vom 12.12.2014 (§ 1941 BGB) geworden. Seine Stellung als gewillkürter Erbe hat der Beteiligte zu 1 jedoch rückwirkend verloren (§ 1953 Abs. 1 BGB), indem er gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 1944 Abs. 1, § 1945 Abs. 1 BGB aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung erklärt hat. Damit sind – die von dem Beschwerdegericht angenommene Auslegung des Erbvertrags zugrunde gelegt – zunächst die Beteiligten zu 2 und 3 als Nächstberufene (§ 1953 Abs. 2 BGB) gewillkürte Ersatzerben geworden, die ihrerseits gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft nach § 1944 Abs. 1, § 1945 Abs. 1 BGB aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung erklärt haben.

11 b) Indem die Beteiligten zu 1 bis 3 zugleich mit der Ausschlagung des gewillkürten Erbes das gesetzliche Erbe angenommen haben, stehen die Ausschlagungen – anders als die Rechtsbeschwerde zu bedenken gibt – weder unter einer Bedingung im Rechtssinne (§ 1947 BGB), noch folgt ihre Unwirksamkeit aus den Grundsätzen der Perplexität.

12 aa) Die insoweit gleichlautenden Erklärungen, dass die Ausschlagung auf den Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung beschränkt sei (vgl. nur *Najdecki* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl., § 1947 BGB Rdnr. 5 m. w. N.) und die zugleich erfolgte – überobligatorische (vgl. *Heinemann* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.05.2024, § 1948 Rdnr. 13) – Erklärung, die Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbenstellung annehmen zu wollen, sowie die darin enthaltene Erwartung, dass der Nachlass nach den Bestimmungen der gesetzlichen Erbfolge an die Beteiligten zu 1 bis 3 fallen würde (vgl. Senatsbeschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22, BGHZ 236, 358 Rdnr. 11; OLG Düsseldorf, ZEV 2019, 469 Rdnr. 14; ZEV 2018, 85, 86, juris Rdnr. 20; Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 5 m. w. N.; *Eickelberg*, ZEV 2018, 489, 490 f.), ist unbedenklich (§ 1948 Abs. 1 BGB). Die Beteiligten haben die Ausschlagung jeweils aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung vorbehaltlos erklärt und sind lediglich – zu Recht – davon ausgegangen, aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge als Erbe berufen zu sein. Dadurch haben sie keinen von ihrem Belieben abhängenden Schwebezustand geschaffen (vgl. *Heinemann* in BeckOGK-BGB, § 1947 Rdnr. 14, 24; *Masloff* in Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., § 1947 Rdnr. 3; *Schmidt* in Erman, BGB, 17. Aufl., § 1947 Rdnr. 3; *Siegmann/Höger* in BeckOK-BGB, Stand: 01.02.2024, § 1947 Rdnr. 4; *Leipold* in MünchKommBGB, 9. Aufl. § 1947 Rdnr. 5; *Gothe*, MittRhNotK 1998, 194, 196). Der Eintritt der gesetzlichen Erbschaft stellt kein in der Zukunft liegendes ungewisses Ereignis dar.

13 Der Rechtsbeschwerde ist zwar darin zuzustimmen, dass die Auslegung einer Erklärung ergeben kann, sie solle nur wirksam sein, wenn bestimmte – auch im Rechtlichen liegende (vgl. *Frohn*, Rpfleger 1982, 56, 57) – Erwartungen des Erklärenden zutreffen (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 150, 151, juris Rdnr. 42; *Staudinger/Bork*, Neub. 2020, Vor §§ 158 ff. Rdnr. 29; *Ivo* in NK-BGB, 6. Aufl., § 1947 Rdnr. 5). Der Wortlaut der hier zu beurteilenden notariell beglaubigten Ausschlagungserklärungen trägt eine solche Auslegung aber nicht, weil darin mit der Erklärung der Annahme der Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge deren Eintritt lediglich als sicher eintretende Folge der Ausschlagung festgestellt wird. Aus Sicht der Beteiligten zu 1 bis 3 bestand kein Anlass, ihre Erklärung konditional mit dieser Feststellung zu verknüpfen.

14 bb) Die Erklärung der Ausschlagung aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbfolge und die Annahme der Erbschaft als gesetzlicher Erbe sind auch nicht als einheitliches Ganzes im Sinne einer Erklärung anzusehen, die wegen offensichtlichen inneren Widerspruchs keine Wirkung entfalten kann, und daher nicht nach den Grundsätzen der Perplexität unwirksam. Es handelt sich um die Zusammenfassung zweier Erklärungen in einer Urkunde allein aus praktischen Gründen, die entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1948 Abs. 2 BGB zulässig ist (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 1955, 466).

15 2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts steht dem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge nicht entgegen, dass das Erbe aufgrund der wirksamen Ausschlagungen aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung durch die Beteiligten zu 1 bis 3 dem Beteiligten zu 4 angesichts eines ihm erbvertraglich zugewendeten Ersatzerbrechts (§ 2096 BGB) angefallen ist.

16 Es kann offenbleiben, ob – wovon sowohl das Beschwerdegericht als auch die Beteiligten zu 1 bis 3 ausgehen – dem Erbvertrag zu entnehmen ist, dass auch die weiterhin verfügte Ersatzerbenregelung in § 4 Abs. 2 des Erbvertrags zugunsten etwaiger Abkömmlinge der Kinder für den Erbfall nach dem Erstversterbenden und auch für den Fall einer „lenkenden“ Ausschlagung gelten sollte. Eine solche Auslegung unterstellt, haben die Eltern des Beteiligten zu 4 für diesen wirksam die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurfte es dafür nicht.

17 a) Gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 1, § 1822 Nr. 2 BGB in der bis zum 31.12.2022 geltenden und hier noch maßgeblichen Fassung (im Folgenden a. F.) bzw. § 1643 Abs. 1, § 1851 Nr. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung bedürfen die Eltern für die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind einer Genehmigung des Familiengerichts, wobei Maßstab für deren Erteilung das Kindeswohl ist (§ 1697a BGB). § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB trifft eine hiervon abweichende Regelung für den Fall, dass die Erbschaft dem Minderjährigen erst infolge der Ausschlagung seines sorgeberechtigten Elternteils anfällt und dieser Elternteil nicht neben dem Kind berufen war. Das gilt auch für ein zum Ausschlagungszeitpunkt noch ungeborenes Kind (§ 1912 Abs. 2 BGB in der bis zum 31.12.2022 geltenden und hier

noch maßgeblichen Fassung bzw. § 1810 BGB in der derzeit geltenden Fassung), wie hier für den Beteiligten zu 4. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung von der Genehmigungspflicht sind ihrem Wortlaut nach erfüllt. Denn – eine im Erbvertrag geregelte Ersatzerbenstellung zugunsten des Beteiligten zu 4 unterstellt – ist die Erbschaft diesem erst durch die Ausschlagung des Beteiligten zu 3 und sorgeberechtigten Elternteils angefallen, welcher nicht neben diesem berufen war (vgl. § 1643 Abs. 2 Satz 2 a. E. BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 a. E. BGB).

18 b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kommt eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB für den Fall, dass – wie hier – ein als gewillkürter Erbe berufener Elternteil für sich im eigenen Namen – beschränkt auf diesen Berufungsgrund gemäß § 1948 Abs. 1 BGB – und als vertretungsberechtigter Elternteil für das – hier unterstellt – als Ersatzerbe (§ 2096 BGB) eingesetzte Kind die gewillkürte Erbschaft bei werthaltigem Nachlass ausschlägt, um die gesetzliche Erbfolge zu ermöglichen, bei welchem er selbst, nicht jedoch sein Kind – hier der Beteiligte zu 4 – als Erbe zum Zuge kommt, und um sodann das gesetzliche Erbe für sich anzunehmen (sog. lenkende Ausschlagung), nicht in Betracht (ebenso OLG Hamm, ZEV 2018, 645 Rdnr. 24 ff. mit zustimmenden Anmerkungen *Podewils*, jurisPR-FamR 6/2019, Anm. 8; *Sagmeister*, MittBayNot 2019, 36; *Eitzinger* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.07.2024, § 1643 Rdnr. 47; *Hähn* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 1643 BGB Rdnr. 6; *Ivo* in Keim/Lehmann, Erbrecht, 5. Aufl., J. IV.4. Rdnr. 2; *Kössinger/Najdecki* in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl., § 25 Rdnr. 1a; *Münch* in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl., § 16a Rdnr. 106; *Grüneberg/Weidlich*, 83. Aufl., § 1945 Rdnr. 6; *Baumann*, DNotZ 2012, 803, 807; *Keim*, ZEV 2020, 393, 397; *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124 f.; a. A. OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 597, juris Rdnr. 25; NJW 1955, 466; *Döll* in Erman, BGB, § 1643 Rdnr. 14; *Fröhler* in Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., 8. Kapitel Rdnr. 39; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, 7. Aufl., § 64 Rdnr. 48; *Grziwotz/Fröhler* in Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 6. Aufl., § 14 Rdnr. 14.124; *Staudinger/Heilmann*, Neub. 2020, § 1643 Rdnr. 39; *Huber* in MünchKomm-BGB, § 1643 Rdnr. 14; *Pawlytta* in Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Aufl., § 42 Rdnr. 32; *Rakete-Dombek/Berning* in NK-BGB, Familienrecht, 4. Aufl., § 1643 Rdnr. 5; *Stahl* in Klinger, Münchener Prozessformularbuch: Erbrecht, 5. Aufl., E. I. 3. Anm. 2; *Thormeyer* in jurisPK-BGB, Stand: 14.04.2023, § 1643 Rdnr. 12; *Tschichoflos* in Fachanwaltskommentar Erbrecht, 4. Aufl., § 1643 Rdnr. 5; *Veit* in BeckOK-BGB, Stand: 01.01.2023, § 1643 Rdnr. 13, 14.2; *Demirci/Rose*, ZAP 2024, 649, 654; *Engler*, FamRZ 1972, 7, 8; *Fröhler*, BWNotZ 2013, 88, 89; *Ivo*, ZEV 2002, 309, 313; wohl auch LG Osnabrück, NotBZ 2007, 419; auf den Erblasserwillen abstellend *Mensch*, BWNotZ 2013, 144, 145; eine Genehmigungspflicht allein wegen der Werthaltigkeit des Nachlasses ablehnend OLG Hamm, Beschluss vom 20.08.2021, 10 W 49/21, juris Rdnr. 24 ff.; OLG Köln, FamRZ 2012, 1832, juris Rdnr. 13 f.; *Döll* in Erman, BGB, § 1643 Rdnr. 13; a. A. *Eue*, ZEV 2018, 624, 626).

19 Eine ausnahmsweise zulässige richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (vgl. Senatsurteil vom 25.01.2023, IV ZR 133/21, VersR 2023, 373 Rdnr. 27; Senatsbeschluss vom 11.10.2023, IV ZB 26/22, ZEV 2023, 828 Rdnr. 17). Ob eine derartige Lücke besteht, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht zu beurteilen (BGH, Urteil vom 21.02.2022, VIa ZR 8/21, BGHZ 233, 16 Rdnr. 57 m. w. N.). Das Gesetz muss, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein (BGH, Urteil vom 01.07.2020, VIII ZR 323/18, WuM 2020, 499 Rdnr. 31 m. w. N.). Nach diesem Maßstab gebieten weder der Gesetzgeberwille und 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 Anwendungsbereichs, wie sie das Beschwerdegericht vorgenommen hat.

20 aa) Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber übersehen hätte, eine Regelung für den Fall der „lenkenden“ Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses zu treffen, liegen nicht vor (vgl. *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124 f.).

21 (1) Die Entstehungsgeschichte belegt, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen ein Genehmigungserfordernis in Fällen der hier in Rede stehenden Art entschieden hat.

22 Bereits in den Motiven zum BGB (Band 5, S. 515 zu § 2044 des Entwurfs) wurde es grundsätzlich für angemessen erachtet, „die Verbindung der beiden eigentlich sukzessiven Ausschlagungen in einer und derselben Erklärung zuzulassen“, wobei der Umstand, dass die eine Erklärung von dem Inhaber der elterlichen Gewalt für sich selbst, die andere Erklärung von demselben in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Kindes abzugeben sei, daran nichts ändere. Anders wurde die Interessenlage beurteilt, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt Miterbe des Kindes war. Die Prüfung der Ausschlagung seitens des Inhabers der Gewalt für sich gehe nicht voraus, sondern die Prüfung im Interesse beider stehe in gleicher Linie. Von vornherein sei zu entscheiden, ob die Ausschlagung für das Kind angemessen sei, und es sei in Betracht zu ziehen, dass sich die Wirkung der Annahme bei dem Wegfall von Miterben erweitere. Ein Widerstreit des Interesses beider sei naheliegend (vgl. Motive, a. a. O.). Demnach hielt der historische Gesetzgeber einen Interessenkonflikt nur dann für möglich, wenn der vertretungsberechtigte Elternteil und das minderjährige Kind als Miterben auf einer Ebene stehen, nicht aber für den – auch hier in Rede stehenden – Fall, in dem zunächst der Elternteil die ihm zugefallene Erbschaft auf den Berufungsgrund der gewillkürten Erbfolge beschränkt ausschlägt und anschließend als gesetzlicher Vertreter seines als Ersatzerbe berufenen minderjährigen Kindes für dieses die Erbschaft ausschlägt.

23 Bei der Anpassung der später in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. enthaltenen Ausnahmeregelung an das neue Gesamtvertretungsrecht im Jahr 1979 hat der Gesetzgeber ein

Genehmigungserfordernis ausdrücklich mit folgender Begründung abgelehnt:

„Schlagen beide Elternteile für das Kind aus, so kann davon ausgegangen werden, dass eine Benachteiligung des Kindes auch dann nicht zu besorgen ist, wenn die Erbschaft dem Kind lediglich durch die Ausschlagung eines der Elternteile anfällt“ (BT-Drucks. 8/2788, S. 57 re. Spalte).

24 Im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungswesens mit Wirkung zum 01.01.2023 hat der Gesetzgeber die bis dahin geltende Vorschrift des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. inhaltlich unverändert in § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB übernommen. Er hat sich mit der Problematik der „vereinzelte diskutierte Frage selektiver oder lenkender Erbausschlagungen“ im Anwendungsbereich des § 1643 BGB befasst (BT-Drucks. 19/24445, S. 481). Zuvor hatte der Bundesrat in den Empfehlungen der Ausschüsse vom 27.10.2020 (BR-Drucks. 564/1/20, S. 13 f.) sowie der Stellungnahme zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 19/24445, S. 424) darum gebeten, „im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob und auf welche Weise klargestellt werden kann, dass Ausschlagungen eines Elternteils für das von ihm vertretene Kind in den Fällen des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB auch dann keiner Genehmigung bedürfen, wenn der Nachlass werthaltig ist und die Ausschlagung nur selektiv zum Beispiel nur für eines von mehreren Kindern erfolgt oder eine Umleitung des Nachlasses auf die gesetzlichen Erben bezweckt (selektive oder lenkende Ausschlagung)“. Seine Bitte hat er damit begründet, dass diese Fragen in der Rechtsprechung umstritten seien. Angesichts dessen wäre eine explizite Aussage des Gesetzgebers hilfreich, wobei es einer Genehmigungspflicht in diesen Fällen nicht bedürfe, weil ein der selektiven Ausschlagung vergleichbares Ergebnis auch über den Weg der genehmigungsfreien Erbteilübertragung oder der Schenkung von Gegenständen aus der Erbschaft erreicht werden könne. Die Erbschaftsausschlagung stelle hier nur eine einfachere und kostengünstigere Alternative dar, die durch ein Genehmigungserfordernis nicht erschwert werden solle. Da die Fallgruppe der selektiven oder lenkenden Ausschlagung vom Wortlaut der Regelung des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB an sich erfasst sei, könne eine Klarstellung im Rahmen der Begründung genügen (BR-Drucks. 564/1/20, S. 14). Für eine gesetzliche Entscheidung des Meinungsstreits hat die Bundesregierung keine Veranlassung gesehen. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass diese Frage in der Praxis sehr selten auftreten dürfte und sich mit dem vorhandenen Regelwerk sachgerecht lösen lasse (BT-Drucks. 19/24445, S. 481; dazu *Everts*, MittBayNot 2023, 9, 17 f.). Diese Ausführungen beziehen sich zwar auf § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB, bestätigen aber die bereits für die gleichlautende Vorgängerregelung geäußerte Auffassung des Gesetzgebers, der bewusst von einer Klärung des hiesigen Streitstands – und erst recht von einer vom Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB abweichenden Regelung – abgesehen hat, sodass sich das Gesetz nicht als planwidrig unvollständig erweist.

25 (2) Die Genehmigungsfreiheit im Fall der „lenkenden“ Ausschlagung entspricht zudem den gesetzgeberischen Motiven zur Einführung der Genehmigungsfreiheit in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 20.08.2021, 10 W 49/21, juris Rdnr. 25; ZEV 2018, 645 Rdnr. 30 ff.; vgl. *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124; *Engler*, FamRZ 1972, 7, 9). Die Norm sollte der Entlastung der Gerichte dienen und verhindern, dass diese, um sich der Prüfung des Nachlassbestandes und der damit verbundenen Verantwortung zu entziehen, im Zweifel die Genehmigung versagen (vgl. Motive zum BGB, Band 5, S. 515; OLG Hamm, ZEV 2018, 645 Rdnr. 17; OLG Köln, FamRZ 2012, 1832, juris Rdnr. 13; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 597, juris Rdnr. 21; *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124 f.). Dass die Ausschlagung für einen Minderjährigen nicht in seinem Interesse liegen könnte, fand insofern keine Berücksichtigung.

26 bb) Auch Sinn und Zweck des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB erfordern eine Beschränkung ihres Anwendungsbereichs im Fall der „lenkenden“ Ausschlagung nicht. Anders, als das Beschwerdegericht meint, rechtfertigt ein möglicher Interessenkonflikt zwischen dem ausschlagenden Elternteil und dem Kind die Annahme eines Genehmigungserfordernisses nicht.

27 (1) Dem Beschwerdegericht ist zwar darin zuzustimmen, dass hinter der Befreiung von der Genehmigungspflicht die Grundannahme steht, dass der sorgeberechtigte Elternteil die zunächst ihm angefallene Erbschaft im eigenen Interesse nur nach sorgfältiger wirtschaftlicher Prüfung ausgeschlagen hat und somit auch die Ausschlagung für das minderjährige Kind nur erklärt, wenn die Annahme wirtschaftlich nachteilig ist oder sonst ein Grund vorliegt, der die Nichtannahme der Erbschaft rechtfertigt (vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 57; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 597, juris Rdnr. 21; *Grüneberg/Götz*, § 1643 Rdnr. 4; *Staudinger/Heilmann*, § 1643 Rdnr. 36; *Tschichoflos* in Fachanwaltskommentar Erbrecht, § 1643 Rdnr. 4; *Eue*, ZEV 2018, 624) und daher ein Interessenkonflikt nicht bestehe. Weiter geht das Beschwerdegericht zutreffend davon aus, dass sich die gesetzgeberische Vermutung eines Interessengleichklangs zwischen Eltern und Kind nicht bestätigen mag, soweit die Ausschlagung für das Kind erfolgt, um den gesetzlichen Erbgang (auch) zugunsten des sorgeberechtigten Elternteils zu ermöglichen, weil diese dann allein dazu dient, die Erbschaft in eine bestimmte Richtung zu lenken, und letztlich dazu führt, dass das Vermögen des ausschlagenden Elternteils gemehrt wird (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2014, 779, juris Rdnr. 9; KG, ZEV 2012, 332, juris Rdnr. 18; *Hähn* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 1643 Rdnr. 4; *Huber* in Münch-Komm-BGB, § 1643 Rdnr. 14; *Ivo*, ZEV 2002, 309, 313). Der Senat verkennt auch nicht, dass es in Fällen wie dem vorliegenden möglich erscheint, dass Eltern aus eigennützigen Gründen im Rahmen einer wirtschaftlich bedeutenden Angelegenheit gegenüber ihren Kindern pflicht- und treuwidrig handeln könnten.

28 (2) Ein solcher Interessenkonflikt rechtfertigt es aber nicht, die Wirksamkeit der „lenkenden“ Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses von einer familiengerichtlichen

Genehmigung abhängig zu machen. Dafür sprechen Gründe der Rechtssicherheit und -klarheit, die Regelung in § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB, ein fehlendes über die bestehenden Regelungen hinausgehendes Schutzbedürfnis des Minderjährigen und der Wille der Erbvertragsparteien.

29 (a) Eine von dem Normtext des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB abweichende rechtliche Beurteilung verbietet sich bereits deshalb, weil der Kreis der nach §§ 1848 ff. BGB bzw. §§ 1821, 1822 BGB a. F. genehmigungsbedürftigen Geschäfte aus Gründen der Rechtssicherheit formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen ist und eine – vom Beschwerdegericht angenommene – einzelfallbezogene Erweiterung von genehmigungsbedürftigen Geschäften allein wegen des Inhalts des Rechtsgeschäfts oder der ihm zugrunde liegenden Interessenbewertung ausgeschlossen ist (vgl. nur Senatsbeschluss vom 18.12.2013, IV ZR 207/13, ZEV 2014, 311 Rdnr. 7 m. w. N.; vgl. auch *Ivo*, ErbR 2018, 674, 679). Ein Interessenkonflikt im Einzelfall kann ggf. nach den Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) zu lösen sein, wofür hier indessen keine Anhaltspunkte bestehen (dazu *Eitzinger* in BeckOGK-BGB, § 1643 Rdnr. 49; *Baummann*, DNotZ 2012, 803, 808 f.).

30 (b) Der Ausweitung des Kreises der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte steht auch das berechnete Interesse des Rechtsverkehrs an einer raschen und rechtssicheren Feststellung der Erben entgegen (vgl. OLG Hamm, ZEV 2018, 645 Rdnr. 44 ff.). Dafür spricht, dass zwar der Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 1 BGB, dazu Senatsbeschluss vom 24.04.2024, IV ZB 23/23, ErbR 2024, 612 Rdnr. 28) während der Dauer des Genehmigungsverfahrens gehemmt ist (§ 1858 Abs. 3 Satz 3 BGB i. V. m. § 1644 Abs. 3 Satz 1 BGB), nicht aber während der Vorprüfung, ob eine solche Genehmigung erforderlich ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 20.08.2021, 10 W 49/21, juris Rdnr. 27).

31 (c) Dieses Verständnis wird durch die im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts eingeführte Vorschrift des § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB gestützt, wonach eine Vereinbarung, mit der das Kind aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, genehmigungsfrei ist, unabhängig von der Vereinbarung einer Gegenleistung (vgl. *Everts*, MittBayNot 2023, 9, 18). Diese Regelung, die sich nicht nur auf Nachlässe bezieht, an denen ein Minderjähriger neben seinen Eltern oder einem Elternteil beteiligt ist (vgl. *Everts*, a. a. O.), verdeutlicht, dass der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgeht, dass die Entscheidung, ob ein Kind etwas von einer Erbschaft erhält bzw. erhalten darf, ohne Kontrolle durch das Familiengericht den Eltern im Rahmen ihres Rechts der elterlichen Sorge (Art. 6 Abs. 2 GG; dazu *Litzenburger*, ZEV 2012, 333) zu überlassen ist.

32 (d) Der zum Erbe berufene Minderjährige wird überdies auch ohne Genehmigungserfordernis hinreichend geschützt. Das Beschwerdegericht übersieht, dass aufgrund der in § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Gesamtvertretung der Kinder durch beide Eltern (hier auch durch die Mutter des Beteiligten zu 4, die weder gewillkürte Erbin geworden ist, noch gesetzliche Erbin wird), die der Wahrung der Kindesinteressen dient, ein weiteres Schutzbedürfnis



des Kindes nicht besteht (vgl. OLG Hamm, ZEV 2018, 645 Rdnr. 17, 42; OLG Köln, FamRZ 2012, 1832, juris Rdnr. 18; *Baumann*, DNotZ 2012, 803, 806; *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124 f.).

33 (e) Durch den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge erfährt der minderjährige Ersatzerbe – wie hier – im Übrigen keine rechtliche oder wirtschaftliche Benachteiligung gegenüber der erbvertraglichen Regelung (vgl. OLG Hamm, ZEV 2018, 645 Rdnr. 48 ff.). Eine Ersatzerbenstellung des Beteiligten zu 4 nach dem vorliegenden Erbvertrag unterstellt, hatte dieser nach den Kindern der Ehegatten zunächst keine gesicherte Rechtsposition inne. Als Ersatzerbe stand ihm auch kein Erbanwartschaftsrecht zu. Er ist nur Erbe geworden, weil sein Vater, der Beteiligte zu 3, – sowie gleichzeitig seine Tante und vorher der Großvater, die Beteiligten zu 2 und 1 – zuvor für sich einen allein ihnen zustehenden Erbteil ausgeschlagen haben, um eine hohe Erbschaftsteuerbelastung zu verhindern und das Nachlassvermögen möglichst in der Familie zu erhalten. Der Beteiligte zu 3 hätte den Erbteil ebenso gut annehmen und über diesen anderweitig frei verfügen können (vgl. § 2033 Abs. 1 BGB), ohne sein Kind zu bedenken (vgl. OLG Hamm, ZEV 2018, 645 Rdnr. 49; *Hähn* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 1643 Rdnr. 6; *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 125).

34 (f) Die Annahme, dass die Eltern des Beteiligten zu 4 frei über die Ausschlagung eines diesem – unterstellt – zustehenden gewillkürten Erbes entscheiden konnten, verhilft vorliegend im Übrigen dem Willen der Erbvertragsparteien nach Übertragung ihres Nachlasses zunächst an den überlebenden Ehegatten und ihre gemeinsamen Kinder zur Geltung (vgl. OLG Köln, FamRZ 2012, 1832, juris Rdnr. 19). Denn der wirtschaftliche Gehalt der Erbschaft kommt – wegen der nicht eintretenden Steuerbelastung möglicherweise sogar in verbesserter Form – nicht einer anderen, nicht im Erbvertrag genannten Person, zugute, sondern aufgrund des Eintritts der gesetzlichen Erbfolge mit unterschiedlichen Anteilen den Beteiligten zu 1 bis 3 als im Erbvertrag bedachten Allein- und Schlusserben (vgl. *Baumann*, DNotZ 2012, 803, 807). Das entspricht dem Willen der Erbvertragsparteien, den gesamten Nachlasswert innerhalb der Familie weiterzugeben, wie sie zum Zeitpunkt des Erbvertragschlusses bestand. Wenn die Eltern des Beteiligten zu 4 sich mit den hier weiteren Beteiligten darum bemühen, einen Weg zu finden, der im Ergebnis dem Willen der Erblasserin Rechnung trägt, aber die (wirtschaftlichen) Nachteile der unmittelbaren Umsetzung des Erbvertrags vermeidet, vermag auch ein möglicher Gegensatz der Interessen des Beteiligten zu 4 und seines Vaters ein entgegen dem Normtext anzunehmendes Genehmigungserfordernis nicht zu begründen (vgl. OLG Köln, a. a. O.).

35 3. Die Rechtsbeschwerde hat daher insgesamt Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Beschlusses des Beschwerdegerichts sowie dazu, dass das AG – Nachlassgericht – das Europäische Nachlasszeugnis wie beantragt zu erteilen hat (§§ 39 ff. IntErbRVG).

ANMERKUNG:

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

Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sie ist für die Praxis sehr erfreulich. Es geht um folgende Konstellationen: Ein Elternteil erbt, möchte aber die werthaltige (!) Erbschaft ausschlagen, entweder weil man schon immer jeglichen Kontakt zum Erblasser vermieden hat und künftig auch vermeiden möchte (Fall der Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses) oder weil der Nachlass einer bestimmten Person zufallen soll (Fall der sog. lenkenden Ausschlagung). Der ausschlagungswillige Elternteil hat ein minderjähriges Kind. Das Kind soll nun auch ausschlagen. Entscheidende Frage im vorliegenden Fall war also, ob die Ausschlagung für das nachrückende minderjährige Kind der Genehmigung durch das Familiengericht bedarf.

Nach § 1851 Nr. 1 BGB bedarf die Ausschlagung für ein minderjähriges Kind grundsätzlich der Genehmigung durch das Familiengericht. Nach § 1643 Abs. 3 BGB ist eine Genehmigung aber nur dann erforderlich, wenn der Elternteil neben (!) dem minderjährigen Kind berufen ist. Ist das Kind lediglich Ersatzerbe nach dem Elternteil, ist eine Genehmigung für die Ausschlagung nicht erforderlich.

Man wird sich nun fragen, wieso es der vorliegende Fall überhaupt bis zum BGH schaffte. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig. Ist das minderjährige Kind nur Ersatzerbe nach dem vorrangigen Elternteil ist eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Bis vor wenigen Jahren entsprach es jedoch der allgemeinen Meinung, dass die Ausschlagung eines werthaltigen (!) Nachlasses entgegen § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. (der § 1643 Abs. 3 BGB n. F. entspricht) der Genehmigung durch das Familiengericht bedürfe; § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB sei insoweit teleologisch zu reduzieren. Sinn und Zweck der Verfahrenserleichterung sei nur bei wertlosen Nachlässen einschlägig. Der Verfasser hat in einem Aufsatz im Jahr 2012¹ diese Auffassung als contra legem kritisiert. Der historische Gesetzgeber habe nicht zwischen werthaltigem und nicht werthaltigem Nachlass unterschieden, sondern hielt bei nachgeschalteter Erbfolge generell eine Genehmigungspflicht für nicht erforderlich.² Es fehle daher an einer Planwidrigkeit für eine teleologische Reduktion.

¹ *Sagmeister*, ZEV 2012, 121.

² Vgl. Motive, Bd. 5, 2. Aufl. 1896, S. 515. So wie hier zum Beispiel OLG Hamm, Beschluss vom 28.06.2018, II-11-WF 112/18, MittBayNot 2019, 362. A. A. *Grziwotz*, ZEV 2024, 751 ff., der aber übersieht, dass der historische Gesetzgeber die Problematik der werthaltigen Nachlässe durchaus gesehen hat („fast mit Gewissheit“ ist eben etwas anderes als „mit Gewissheit“); der historische Gesetzgeber stellt im Übrigen auf das vorrangige Interesse des Elternteils als entscheidendes Kriterium ab (Genehmigungspflicht nur, wenn „Prüfung im Interesse beider [...] in gleicher Linie [steht]“).

Einige Autoren sowie manches Obergericht sind dieser kritischen Ansicht zunächst gefolgt.³ In neuerer Zeit haben andere Obergerichte jedoch wieder an der alten, bisher herrschenden Ansicht festgehalten.⁴

Der BGH hat sich in der vorliegenden Entscheidung nun dieser Mindermeinung angeschlossen. Neben den vielerorts vorgetragenen Argumenten stellte er klar, dass zumindest nach der Reform des Vormundschaftsrechts die §§ 1848 ff. BGB aus Gründen der Rechtssicherheit formal eng und nicht nach den Umständen des Einzelfalls auszulegen seien.

Dem ist eigentlich nichts hinzuzufügen. Die Gerichte haben sich grundsätzlich an den Wortlaut des Gesetzes zu halten. Das gebietet der Gewaltenteilungsgrundsatz. Es erleichtert überdies auch die Gesetzesanwendung. Wenn ein Gesetz nach Ansicht des Rechtsanwenders unbillig ist, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, das Gesetz anzupassen.⁵ Nur unter den strengen Voraussetzungen, dass ein Gesetz auf Sachverhaltskonstellationen anzuwenden wäre (zu weiter Wortlaut), die der Gesetzgeber (!) nach Sinn und Zweck des Gesetzes aber nicht erfasst sehen wollte (sog. Planwidrigkeit), ist es einem Gericht gestattet, das Gesetz in dieser Konstellation nicht anzuwenden.⁶

Die Entscheidung des BGH ist nicht nur richtig, sie schafft in der Praxis auch einige Erleichterungen. Eltern, die keinen Kontakt zum Erblasser oder dessen Familien wollen, können nun auch für ihre minderjährigen Kinder die möglicherweise werthaltige Erbschaft ausschlagen, ohne sich weiter rechtfertigen zu müssen. Hier wird auch das Sorgerecht der Eltern gestärkt.⁷ Zum anderen sind künftige auch lenkende Ausschlagungen möglich,⁸ sodass anders als bei Annahme einer Erbschaft und Übertragung des Nachlasses an die „richtige“ Person Pflichtteilsansprüche weichender Personen sowie Steuern vermieden werden können.⁹

3 Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28.06.2018, II-11-WF 112/18, MittBayNot 2019, 362. Vgl. statt vieler *Splinter*, ZEV 2024, 573.

4 Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13, MittBayNot 2014, 350. Vgl. *Eue*, ZEV 2018, 624.

5 Zwar hat der Bundestag in BT-Drucks. 19/24445, S. 481 eine Klarstellung dieser Problematik explizit abgelehnt. Aufgrund dessen liegt aber erst recht keine Planwidrigkeit vor; der Wortlaut des Gesetzes muss dann gelten.

6 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 210 ff.

7 Art. 6 Abs. 1 Satz 1 GG als entscheidendes Kriterium sieht *Heinemann* an, vgl. *ders.*, FGPrax 2024, 277.

8 *Heinemann*, FGPrax 2024, 277, unterscheidet nochmals zwischen lenkender und selektiver Ausschlagung, sieht aber beide Konstellationen von der BGH-Entscheidung umfasst.

9 Ob sich die Eltern durch die Ausschlagung für das minderjährige Kind gegenüber dem Kind schadensersatzpflichtig machen können, ist fraglich, weil bei Annahme der Erbschaft und Übertragung an ein anderes Kind das ausschlagende Kind auch keinen Anteil am Nachlass bekommen hätte (vgl. Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens). A. A. wohl *Grziwotz*, ZEV 2024, 751 ff.

15. Zum Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren, wenn die Erbeinsetzung im notariellen Testament auflösend bedingt wurde (Pflichtteilsstrafklausel)

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.08.2024, 2 Wx 46/24

GBO §§ 29, 35

LEITSÄTZE:

1. Enthält ein notarielles Testament eine (auflösend) bedingte Erbeinsetzung (etwa in Form einer Pflichtteilsstrafklausel), so genügt das Testament allein als Nachweis der Erbfolge nicht. Vielmehr ist das Grundbuchamt unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO, die zum Nachweis für den (Nicht-)Eintritt der (auflösenden) Bedingung ausreichen, zu verlangen.
2. Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung ist im Grundbuchverfahren in der vorliegenden Konstellation kein taugliches Mittel, weil das Gesetz die Abgabe einer (strafbewehrten) eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem Grundbuch nur in besonders geregelten Ausnahmefällen vorsieht, etwa § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO. Gleichwohl (etwa vor dem Notar) abgegebene „eidesstattlichen Versicherungen“ sind allerdings als Erklärungen in der Form des § 29 GBO anzusehen.
3. Zum Nachweis, dass eine auflösende Bedingung nicht eingetreten ist, können entsprechende Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO genügen, soweit das Grundbuchamt daraus (bzw. im Zusammenspiel mit weiteren Umständen) im konkreten Fall die Überzeugung gewinnen kann, dass die vorgetragenen Tatsachen zutreffen.
4. Die Vorlage von Erklärungen der Beteiligten in der Form § 29 GBO kann insbesondere dann genügen, wenn diese auf Grund eines allgemeinen Erfahrungssatzes die Annahme rechtfertigen, dass die auflösende Bedingung nicht eingetreten ist.
5. Für den Fall einer Pflichtteilsstrafklausel greift ein allgemeiner Erfahrungssatz, wenn Erklärungen sämtlicher (potenzieller) Erben mit dem Inhalt vorgelegt werden, dass (ihres Wissens) keiner der (potenziellen) Erben seinen Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen geltend gemacht hat. Alternativ würde es auch ausreichen, wenn alle (potenziellen) Erben gemeinsam beim Notar erscheinen und jeweils die Erklärung abgeben, dass sie nicht ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen gegenüber dem überlebenden Elternteil geltend gemacht haben. In beiden Fallgestaltungen kann von einem allgemeinen Erfahrungssatz ausgegangen werden dahingehend, dass die potenziell konkurrierenden Erben derartige Erklärungen nur abgeben, wenn tatsächlich keiner der Erben seinen Pflichtteil geltend gemacht hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch ist Frau K (Erblasserin) als Eigentümerin eingetragen.

2 Die Erblasserin und ihr vorverstorener Ehemann errichteten am (...)2001 ein gemeinschaftliches notarielles Testament (UR-Nr. [...]2001 des Notars G in Y), in dem sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzten und ihre vier Kinder, die Antragsteller und Beschwerdeführer, zu je $\frac{1}{4}$ als Erben des Längstlebenden. Das Testament enthält eine Klausel, wonach ein Kind, das seinen Pflichtteil gegenüber dem überlebenden Ehegatten nach Tod des Erstversterbenden geltend macht, vom Erbe des Längstlebenden ausgeschlossen wird (sog. Pflichtteilsstrafklausel).

3 Die Erblasserin verstarb am (...)2022. Das Testament wurde vor dem AG X am (...)2023 eröffnet.

4 Am 30.04.2024 haben die Antragsteller unter Beifügung eines Grundstückkaufvertrags vom (...)2024 (UVZ-Nr. [...]2024 des Notars R in Y), durch den das Grundstück veräußert werden soll, zunächst die Berichtigung des Grundbuchs und die Eintragung als Eigentümer (in Erbengemeinschaft) und sodann die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beantragt.

5 Mit Schreiben vom 17.05.2024 hat das Grundbuchamt unter Verweis auf die Pflichtteilsstrafklausel um Vorlage eines Erbscheins gebeten.

6 Im Zuge des weiteren Schriftwechsels hat der Notar unter anderem die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen der Erben angeboten, dahingehend, dass ihres Wissens keines der Kinder den Pflichtteil beansprucht habe. Das Grundbuchamt teilte hierauf mit, dass die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Grundbuchverfahren nicht vorgesehen sei.

7 Am 19.06.2024 hat das Grundbuchamt des AG X die angegriffene Zwischenverfügung erlassen und die Antragsteller zur Vorlage eines Erbscheins aufgefordert. Zur Begründung hat das AG ausgeführt, das notarielle Testament vom 13.02.2001 enthalte eine sog. Pflichtteilsstrafklausel. Der Nachweis, dass keines der Kinder nach dem Tod des Zuerstversterbenden einen Pflichtteil geltend gemacht hat, könne nur im Erbscheinsverfahren durch eine (strafbewehrte) eidesstattliche Versicherung gegenüber dem Nachlassgericht erbracht werden, da dem Grundbuchamt gegenüber keine wirksame (strafbewehrte) eidesstattliche Versicherung abgegeben werden könne. Dies folge aus dem Beschluss des BGH vom 10.02.2022, V ZB 87/20. Die Abgabe vor einem Notar ändere daran nichts, da das Grundbuchverfahren die Möglichkeit einer eidesstattlichen Versicherung nicht vorsehe.

8 Hiergegen haben die Antragsteller mit Schreiben vom 10.07.2024 Beschwerde eingelegt unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 09.07.2024. Der BGH habe in der vom Grundbuchamt zitierten Entscheidung ausgeführt, dass Erklärungen in der Form des § 29 GBO ausreichen würden und die Frage, ob eidesstattliche Versicherungen zum Nachweis der Erbfolge geeignet seien, ausdrücklich offengelassen.

9 Mit Beschluss vom 18.07.2024 hat das Grundbuchamt des AG X der Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren dem Schleswig-Holsteinischen OLG vorgelegt. Die Abgabe einer strafbewehrten eidesstattlichen Versicherung sei nach der zitierten Entscheidung des BGH im Grundbuchverfahren nicht vorgesehen.

10 Im Beschwerdeverfahren haben die Antragsteller und Beschwerdeführer notarielle eidesstattliche Versicherungen vorgelegt, in denen sie jeweils für sich versichern, keine Pflichtteilsansprüche nach dem Tod des Vaters geltend gemacht zu haben. Dabei haben drei der Beschwerdeführer die Erklärung gemeinsam bei einem Notar abgegeben, der vierte Beschwerdeführer getrennt davon bei einem anderen Notar.

11 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet, weil das Grundbuchamt des AG X im derzeitigen Stadium die Berichtigung (noch) nicht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen durfte, § 35 Abs. 1 GBO. Die Beschwerdeführer haben neben der Vorlage eines Erbscheins auch die Möglichkeit, den Nachweis durch Vorlage von Urkunden, etwa Erklärungen der Beteiligten, in der Form des § 29 GBO zu führen.

12 1. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden. Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genügt die Vorlage einer Verfügung von Todes wegen sowie der Niederschrift über die Eröffnung dieser Verfügung, wenn die Verfügung von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist und die Erbfolge auf dieser Verfügung von Todes wegen beruht. Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden hingegen nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO.

13 Hier liegt ein notarielles Testament vor, das die Antragsteller und Beschwerdeführer als Erben der Erblasserin einsetzt, dieses Testament wurde auch eröffnet und eine entsprechende Niederschrift vorgelegt.

14 2. Die Erbfolge ergibt sich jedoch nicht aus dem notariellen Testament alleine. Enthält das Testament eine (auflösend) bedingte Erbeinsetzung, so genügt es allein als Nachweis der Erbfolge nicht. Vielmehr ist das Grundbuchamt unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO, die zum Nachweis für den (Nicht-)Eintritt der (auflösenden) Bedingung ausreichen, zu verlangen.

15 Anerkannt ist das für den Fall eines notariell beurkundeten Testaments, das eine sog. Pflichtteilsstrafklausel enthält (BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, juris Rdnr. 8). Darunter sind Klauseln zu verstehen, nach denen der eingesetzte Erbe sein Erbrecht verlieren soll, wenn er nach dem ersten Erbfall den Pflichtteil verlangt.

16 Bei derartigen Klauseln muss das Grundbuchamt nach herrschender Meinung entweder die Vorlage eines Erbscheins verlangen (so: LG Kassel, Rpfleger 1993, 397; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 35 Rdnr. 39; für Möglichkeit:

OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2012, 1591) oder wenigstens Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO, dass der Pflichtteil nicht geltend gemacht wurde (BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, juris Rdnr. 8; Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21, juris Rdnr. 6). Dabei kann eine einfache notariell beglaubigte Erklärung genügen, soweit das Grundbuchamt daraus (bzw. im Zusammenspiel mit weiteren Umständen) im konkreten Fall die Überzeugung gewinnen kann, dass die vorgetragenen Tatsachen zutreffen.

17 Demnach kann der Nachweis – anders als das Grundbuchamt meint – auch durch Erklärungen der Beteiligten in Form des § 29 GBO geführt werden, soweit danach das Grundbuchamt im konkreten Fall die Überzeugung gewinnen kann, dass die vorgetragenen Tatsachen zutreffen.

18 3. An einem solchen – grundsätzlich möglichen – Nachweis fehlt es hier bislang.

19 a) Der Nachweis könnte hier durch Vorlage von Erklärungen der Beteiligten in der Form § 29 GBO geführt werden, die aufgrund eines allgemeinen Erfahrungssatzes die Annahme rechtfertigen, dass die (auflösende) Bedingung nicht eingetreten ist.

20 Ein solcher Erfahrungssatz würde greifen, wenn entsprechende Erklärungen sämtlicher Beteiligter (hier der vier als Erben eingesetzten Beschwerdeführer) vorgelegt würden, dass (ihres Wissens) keines der Kinder seinen Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen geltend gemacht hat.

21 Alternativ würde es auch ausreichen, wenn alle (potenziellen) Erben gemeinsam beim Notar erscheinen und jeweils die Erklärung abgeben, dass sie nicht ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen gegenüber dem überlebenden Elternteil geltend gemacht haben.

22 In beiden Fallgestaltungen kann von einem allgemeinen Erfahrungssatz ausgegangen werden dahingehend, dass die potenziell konkurrierenden Erben derartige Erklärungen nur abgeben, wenn tatsächlich keiner der Erben seinen Pflichtteil geltend gemacht hat.

23 b) An einer solchen Erklärung, auf die sich ein allgemeiner Erfahrungssatz stützen ließe, bzw. an einem anderen dahingehenden Nachweis in der Form des § 29 GBO fehlt es bislang.

24 aa) Die im notariell beglaubigten Kaufvertrag vom 24.04.2024 enthaltene Erklärung in der Vorbemerkung – „Die eingetragene Eigentümerin des nachstehenden Grundbesitzes ist verstorben. Nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 13.02.2001 wurde sie von den Erschienenen zu 1 bis 4 zu je ¼ beerbt.“ – reicht hierzu nicht aus. Zwar haben sämtliche nach dem Testament als Erben eingesetzte Erben diese Erklärung abgegeben, als sie den notariellen Kaufvertrag unterschrieben haben. Die Erklärung beinhaltet jedoch keine Bekundung über den hier zu prüfenden tatsächlichen Umstand, ob eines oder mehrere der als Erben eingesetzten Kinder ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen geltend gemacht haben. Die bloße Mitteilung der Erbenstellung (= Rechtsfolge) reicht nicht aus. Es besteht auch kein allgemeiner Erfahrungssatz, wonach im Falle der gemeinschaftlichen Beantragung der

Grundbuchberichtigung durch die in der letztwilligen Verfügung eingesetzten Erben von der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils auszugehen ist. Ebenso wie die Mitteilung der Beteiligten, dass sie sich in rechtlicher Hinsicht für Erben halten, nicht zwangsläufig die Erklärung beinhaltet, es sei der Pflichtteil nicht geltend gemacht worden (OLG Köln, Beschluss vom 14.12.2009, I-2 Wx 59/09, juris Rdnr. 10).

25 bb) Die Beschwerdeführer haben bislang auch im weiteren Verfahren den möglichen Nachweis, dass keiner der Beteiligten seinen Pflichtteil nach dem Tod des erstverstorbenen Elternteils geltend gemacht hat, durch Vorlage von Urkunden (insbesondere durch Erklärungen aller Beteiligten) in der Form des § 29 GBO (ggf. in Verbindung mit einem allgemeinen Erfahrungssatz) nicht geführt.

26 Die im Beschwerdeverfahren vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen reichen im vorliegenden Fall ebenfalls nicht aus. Eidesstattliche Versicherungen sind im Grundbuchverfahren nur in besonderen Konstellationen vorgesehen und daher als eidesstattliche Versicherungen in der vorliegenden Konstellation nicht als solche anzusehen (dazu (1)). Sie sind jedoch als Erklärung gemäß § 29 GBO einzuordnen und als solche durchaus tauglich (dazu (2)). Im vorliegenden Fall reichen die Erklärungen jedoch ihrem Inhalt nach nicht zum Nachweis aus (dazu (3)).

27 (1) Zunächst ist zu konstatieren, dass bislang überwiegend vertreten wurde, dass die Beteiligten ihre Erklärungen in Form eidesstattlicher Versicherungen abgeben können bzw. müssen (vgl. etwa Saarländisches OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21, juris Rdnr. 13; *Volmer* in Keller/Munzig, KEHE, Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 123; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.01.2013, 20 W 413/12, juris Rdnr. 14: eidesstattliche Versicherungen sämtlicher (bedingt eingesetzter) Schlusserben, ebenso: *Böhringer*, ZEV 2017, 68, 71).

28 Nach Auffassung des Senats ist die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Grundbuchverfahren in der vorliegenden Konstellation nicht möglich.

29 Dagegen spricht, dass das Gesetz die Abgabe einer (strafbewehrten) eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem Grundbuch nur in besonders geregelten Ausnahmefällen vorsieht, etwa § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO. Daraus folgt, dass eidesstattliche Versicherungen im Übrigen kein taugliches Mittel sind. Dies gilt auch für die hier vorliegende Konstellation, in der sie dazu dienen soll, die Erbfolge im Hinblick auf den Ausschluss negativer Tatsachen nachzuweisen (tendenziell ablehnend, im Ergebnis allerdings offenlassend: BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, juris Rdnr. 32).

30 Die Abgabe einer notariell beglaubigten eidesstattlichen Versicherung lässt sich auch nicht aus der Zuständigkeit des Notars nach § 38 BeurkG herleiten. § 38 BeurkG hat als reine Verfahrensvorschrift keine zuständigkeitsbegründende Funktion, die Zuständigkeit des Notars für die Abnahme von Eiden oder für die Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen muss sich vielmehr aus anderen Vorschriften ergeben (BeckOGK-BeurkG/*Meier*, Stand: 01.05.2024, § 38



Rdnr. 3). Nach § 22 Abs. 1 BNotO besteht eine generelle Zuständigkeit des Notars für die Abnahme von Eiden nur in Auslandsfällen, für Inlandsfälle besteht demgegenüber keine allgemeine Zuständigkeit des Notars für die Abnahme von Eiden (BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.02.2024, § 22 Rdnr. 12-13). Nach § 22 Abs. 2 BNotO ist der Notar nur zur „Aufnahme“ der eidesstattlichen Versicherung, also zu deren Beurkundung, zuständig, während die strafbarkeitsbe gründende „Abnahme“ im Sinne von § 156 StGB sodann durch die zuständige Behörde oder sonstige Dienststelle erfolgt (BeckOGK-BeurkG/Meier, § 38 Rdnr. 6; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 22 Rdnr. 4-6).

31 (2) Die eidesstattlichen Versicherungen sind allerdings als Erklärungen in der Form des § 29 GBO anzusehen. Erklärungen in der Form des § 29 GBO sind von der Form her grundsätzlich geeignet, den erforderlichen Nachweis zu führen (vgl. die obigen Ausführungen unter Ziffer 2. und 3. sowie BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, juris Rdnr. 8: Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO, dass sie den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21, juris Rdnr. 6).

32 (3) Vorliegend reichen die vorgelegten Erklärungen sämtlicher Erben jedoch ihrem Inhalt bzw. ihrer Gestaltung nach nicht aus, auf Grundlage eines allgemeinen Erfahrungssatzes die Annahme zu begründen, dass tatsächlich keiner der Erben seinen Pflichtteil geltend gemacht hat (zu den Voraussetzungen siehe oben sub lit. a).

33 In diesen Erklärungen haben die Beteiligten jeweils nur für sich erklärt, dass sie ihren Pflichtteil nicht geltend gemacht haben. Dass (ihres Wissens) auch die jeweils anderen Erben ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen nicht geltend gemacht haben, haben sie (bislang) nicht erklärt.

34 Sie haben die auf sich bezogene Erklärung auch nicht alle gemeinsam vor einem Notar abgegeben. Vielmehr haben drei der vier Beteiligten die Erklärung gemeinsam bei einem Notar abgegeben, ein weiterer getrennt davon bei einem anderen Notar.

35 Vor diesem Hintergrund sind die bislang vorliegenden Erklärungen nicht ausreichend.

36 Die Beschwerdeführer können jedoch noch umfassendere Erklärungen in der Form des § 29 GBO abgeben, die geeignet sein können, den Nachweis zu führen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Jakob Baumgartner**, LL.M. (Cambridge), München

Die Aufnahme von Pflichtteilsstrafklauseln in notariellen Verfügungen von Todes wegen führt zu Schwierigkeiten bei der Vorlage als Erbnachweis gegenüber dem Grundbuchamt. Regelmäßig behilft man sich in der Praxis mit einer eidesstattlichen Versicherung, dass die auflösende Bedingung (Pflichtteilsstrafklausel) der Erbeinsetzung

nicht eingetreten ist. Damit setzen sich kürzlich neben dem OLG Schleswig noch weitere OLG auseinander,¹ worauf hier eingegangen werden soll.

1. Sachverhalt

In einem notariellen Ehegattentestament ist eine Pflichtteilsstrafklausel enthalten, sodass ein Kind, das nach dem Tod des Erstversterbenden seinen Pflichtteil geltend macht, automatisch vom Erbe des Längerlebenden ausgeschlossen wird. Die Eintragung der Eigentümer wurde nach dem Versterben des Längerlebenden beim Grundbuchamt beantragt. Das Grundbuchamt verlangte die Vorlage eines Erbscheins wegen der Pflichtteilsstrafklausel. Die Vorlage von mehreren eidesstattlichen Versicherungen, dass jedes der Kinder den Pflichtteilsanspruch nicht geltend gemacht hat, wurde nicht für ausreichend gehalten. Das Grundbuchamt bestand weiterhin auf Vorlage eines Erbscheins mit Blick darauf, dass im Grundbuchverfahren eine eidesstattliche Versicherung grundsätzlich nicht vorgesehen ist.

2. Entscheidung

Das Gericht erkennt an, dass die Beteiligten den Nachweis auch durch Vorlage von Urkunden, insbesondere Erklärungen in der Form des § 29 GBO, und nicht nur durch einen Erbschein führen können.

Nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genügt es grundsätzlich, dass die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. Dennoch kann das Grundbuchamt die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses verlangen, falls damit kein hinreichender Nachweis geführt werden kann. Die auflösende Bedingung der Erbenstellung wegen einer Pflichtteilsstrafklausel macht gerade solch einen weiteren Nachweis erforderlich; insoweit ist das Ermessen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO reduziert.

Nach Auffassung des Gerichts muss deshalb das Grundbuchamt bei Pflichtteilsstrafklauseln die Vorlage eines Erbscheins oder Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO verlangen, dass der Pflichtteil von keinem der Erben geltend gemacht wurde.

Eine bloße Erklärung im Kaufvertrag, dass der Erblasser von allen vier Erben beerbt wurde, reicht nicht aus, weil damit nichts konkret über den Umstand ausgesagt ist, ob ein Kind den Pflichtteil nach dem Erstversterbenden geltend gemacht hat. Es ist nicht generell davon auszugehen, dass der Pflichtteil nicht geltend gemacht wurde, wenn mehrere Erben die Grundbuchberichtigung beantragen.

Das OLG ist der Auffassung, dass die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Grundbuchverfahren in der vorliegenden Konstellation nicht möglich ist. Eine ei-

¹ KG, Beschluss vom 09.07.2024, 1 W 27/24, BeckRS 2024, 17008; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.09.2024, 20 W 212/33, BeckRS 2024, 30100.

desstattliche Versicherung ist im Grundbuchverfahren nur in besonderen Fällen gesetzlich vorgesehen (§ 35 Abs. 3 Satz 2 GBO). Im Umkehrschluss dazu ist sonst die eidesstattliche Versicherung kein taugliches Nachweismittel. Schließlich entfaltet § 38 BeurkG keine Zuständigkeitsbegründende Wirkung.

Jedoch ist eine eidesstattliche Versicherung als Erklärung in der Form von § 29 GBO zu sehen und damit grundsätzlich geeignet, einen Nachweis zu führen.

Wichtig ist dabei, dass die Beteiligten jeweils für sich erklären müssen, dass sie selbst ihren Pflichtteil nicht geltend gemacht haben und dass ihres Wissens auch die jeweils anderen Erben ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen nicht geltend gemacht haben. Im konkreten zu entscheidenden Sachverhalt fehlte die Erklärung, dass auch die übrigen Miterben keinen Pflichtteil geltend gemacht haben und sie gaben jeweils bei verschiedenen Notaren die Erklärung ab. In der Gesamtschau wurde dies vom Grundbuchamt und dem OLG nicht als ausreichend erachtet. Nach Auffassung des Gerichts wäre es auch ein geeigneter Nachweis, wenn alle (potenziellen) Erben vor demselben Notar erscheinen und jeweils die Erklärung abgeben, dass sie nicht ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstverstorbenen gegenüber dem Überlebenden geltend gemacht haben.

3. Bewertung und praktische Hinweise

Diese Entscheidung folgt dem BGH, der bereits als *obiter dictum* festgehalten hat, dass eidesstattliche Versicherungen als solche mangels Strafbarkeit im Grundbuchverfahren regelmäßig nicht als Nachweis taugen.² Leider wurde damit eine gängige Praxis der Grundbuchämter in Frage gestellt.

Zu begrüßen ist, dass das OLG Schleswig in praktischer Hinsicht ein geeignetes Nachweismittel anbietet, indem es die Möglichkeit eröffnet, eine wenigstens notariell beglaubigte Erklärung aller Verfahrensbeteiligten, dass kein Erbe den Pflichtteil gefordert hat, als Nachweis zu verwenden. Das Gericht stellt genaue Anforderungen an die zum Grundbuchvollzug erforderlichen Erklärungen auf: Alle Erben müssen jeweils erklären, dass weder sie selbst noch ein anderer den Pflichtteil verlangt hat, was notariell beurkundet oder beglaubigt sein muss.

Dieser Nachweis bietet für die Praxis eine erhebliche Erleichterung, weil so ein zeitintensives und kostenträchtiges Erbscheinsverfahren vermieden werden kann, was zur Entlastung der Nachlassgerichte beitragen kann.³ Dennoch bietet es Unsicherheiten bezüglich des Wahrheitsgehalts der Aussage, weil anders als bei der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren die Strafbarkeitsandrohung der §§ 156 ff. StGB fehlt. Gleichwohl ist in strafrechtlicher Hinsicht eine Betrugsstrafbarkeit abstrakt denkbar, worauf man als Notar hinweisen

kann. Auch entfaltet eine „fiktive scheinbare Strafbarkeit“ eine gewisse abschreckende Wirkung.

Damit ist das OLG Schleswig weniger streng als das KG in der ähnlich gelagerten Konstellation der unbenannten Erben.⁴ Dieses verlangt nämlich zwingend die Vorlage eines Erbscheins und lässt weder eine eidesstattliche Versicherung noch eine notariell beglaubigte Erklärung ausreichen. Insbesondere wird die Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung mit der Begründung abgelehnt, dass mangels gesetzlich geregelter Zulässigkeit im Grundbuchverfahren die Strafbewehrung und damit die höhere Richtigkeitsgewähr fehle.⁵ Der Beweiswert einer einfachen Erklärung ist damit natürlich ebenfalls geringer.⁶ Bei einer eidesstattlichen Versicherung im Rahmen eines Erbscheinsantrags ist jedoch die Richtigkeitsgewähr insoweit gegeben, als dass eine falsche eidesstattliche Versicherung gegenüber dem zur Entgegennahme ausdrücklich befugten Nachlassgericht gemäß §§ 156, 161 StGB i. V. m. § 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG strafbar ist und damit ein höherer Beweiswert gegeben ist.⁷

Im Gegensatz zum OLG Schleswig und KG hat das OLG Frankfurt a. M.⁸ wiederum einen Fall der Nichtgeltendmachung des Pflichtteils nach dem ersten Erbfall völlig anders entschieden: Ein Nachweis ist nur durch Vorlage eines Erbscheins oder einer von einem Notar aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung möglich. Anders als das OLG Schleswig hält das OLG Frankfurt a. M. auch insoweit diese für ein taugliches Beweismittel, weil trotz fehlender Regelung im Grundbuchverfahren eine Strafbewehrung angenommen wird. Zwar ist eine Strafbarkeit nach § 156 StGB nur möglich, wenn sie vor einer zur Abnahme zuständigen Behörde abgegeben wird, jedoch ist diese Zuständigkeit gegeben, wenn die Versicherung grundsätzlich abgegeben werden kann und nicht völlig wirkungslos ist.⁹ Das Gericht hebt insoweit besonders hervor, dass bei Aufnahme durch einen Notar eine angemessene Belehrung erfolgt, selbst wenn nach entsprechender Auffassung eine Strafbarkeit vereint würde.¹⁰ Dies ist bei einer bloßen Unterschriftsbeglaubigung (ohne Entwurf) nicht unbedingt gegeben.

2 BGH, Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21, BeckRS 2022, 7977; Litzener, FD-ErbR 2024, 816869.

3 Litzener, FD-ErbR 2024, 818954.

4 KG, Beschluss vom 09.07.2024, 1 W 27/24, BeckRS 2024, 17008 Rdnr. 10.

5 KG, Beschluss vom 09.07.2024, 1 W 27/24, BeckRS 2024, 17008 Rdnr. 10.

6 Litzener, FD-ErbR 2024, 816869.

7 Litzener, FD-ErbR 2024, 816869.

8 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.09.2024, 20 W 212/33, BeckRS 2024, 30100.

9 BGH, Beschluss vom 18.01.2011, 4 StR 611/10, juris; a. A.: Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, ZEV 2022, 358 Rdnr. 32 („Zweifel an einer solchen Befugnis bestehen im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Denn die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung durch das Grundbuchamt ist nur in gesetzlich besonders geregelten Ausnahmefällen vorgesehen.“); Schäfer, ZEV 2024, 764, 766.

10 Schäfer, ZEV 2024, 764, 766.

Mangels finaler Entscheidung durch den BGH bestehen also in jedem OLG-Bezirk unterschiedliche Vorgehensweisen bei notariellen Verfügungen von Todes wegen mit Pflichtteilsstrafklauseln; es gibt keine einheitliche Lösungsmöglichkeit für die Nachweisproblematik.

Für die Gestaltungspraxis folgt daraus die Empfehlung bezüglich noch zu errichtender Verfügungen von Todes wegen, die Aufnahme von echten Pflichtteilsstrafklauseln kritisch zu überdenken und nach Möglichkeit nicht zu verwenden. Vielmehr empfiehlt es sich, stattdessen einen (eingeschränkten) Abänderungsvorbehalt für den Längerlebenden aufzunehmen. Sinnvoll ist es, als Hinweis mit aufzunehmen, dass die Möglichkeit einer Abänderung besteht, falls der Pflichtteil nach dem Erstversterbenden gefordert wird. Ferner ist zu belehren, dass eine entsprechende neue Verfügung von Todes wegen erforderlich wird. Diese Vorgehensweise ist allerdings nicht mehr möglich, wenn zwischenzeitlich Testierunfähigkeit eingetreten ist.

Beispielsweise könnte man als einen solchen Hinweis formulieren:

Wir möchten, dass kein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden geltend macht. Uns ist bewusst, dass der Längerlebende auch in einem solchen Fall von dem Abänderungsvorbehalt Gebrauch machen kann und denjenigen für den zweiten Todesfall enterben kann, der nach dem Erstversterbenden den Pflichtteil fordert. Hierzu ist eine erneute Verfügung von Todes wegen durch den Längerlebenden notwendig und eine Enterbung tritt nicht automatisch ein; uns ist bekannt, dass eine solche im Falle einer etwaigen Testierunfähigkeit des Längerlebenden nicht mehr möglich ist. Wir wurden auf die Möglichkeit einer sog. Pflichtteilsstrafklausel, d. h. ein automatisches Entfallen der Erbenstellung nach dem Tod des Längerlebenden bei Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Tod des Erstversterbenden, hingewiesen; eine solche Vereinbarung wünschen wir mit Blick auf damit verbundene Nachweisschwierigkeiten über die Erbenstellung nicht.

Eine echte automatische Pflichtteilsstrafklausel hat überdies ohnehin den Nachteil, dass je nach Abänderungsvorbehalt kaum mehr Flexibilität für die Erbfolge nach dem Tod des Zweitversterbenden besteht. Denkbar ist, dass es aus Gründen der Erbschaftsteuer schon sinnvoll ist, nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil geltend zu machen. Insoweit erhielte man durch eine Pflichtteilsstrafklausel nur unnötige Einschränkungen.

Eine weitere alternative praktische Gestaltungsvariante könnte sein, zwischen Erblassern und Erben einen Erbvertrag mit Pflichtteilsverzicht gegenüber dem Erstversterbenden und Verfügungsunterlassungsvertrag zugunsten der Erben abzuschließen. Vorteil ist, dass so die Interessen aller Beteiligten größtmöglich vereint werden können. Nachteil ist jedoch die fehlende Flexibilität angesichts der eingeschränkten Änderungsmöglichkeiten der Schlusserbfolge.

4. Zusammenfassung

Im Ergebnis handelt es sich um eine durchaus hilfreiche Entscheidung, weil Rechtssicherheit bezüglich der Anforderungen an den Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt erreicht wird. Die einfache Erklärung in der Form des § 29 GBO über die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen stellt ein praxistaugliches Mittel dar. Offen bleibt, inwiefern Grundbuchämter in anderen OLG-Bezirken diese Erklärung als geeignet betrachten.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

16. Vertretung einer atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien bei Rechtsgeschäften mit ihrer Komplementärgesellschaft

BGH, Beschluss vom 07.05.2025, II ZB 2/24 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 04.01.2024, 20 W 128/23)

AktG § 112 Satz 1, § 278 Abs. 2 und 3
BGB § 181 Fall 1

LEITSÄTZE:

1. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, deren einzige persönlich haftende Gesellschafterin keine natürliche Person ist (atypische Kommanditgesellschaft auf Aktien), wird bei Rechtsgeschäften mit ihrer Komplementärgesellschaft von ihrem Aufsichtsrat vertreten (Fortführung von BGH, Urteil vom 29.11.2004, II ZR 364/02, ZIP 2005, 348).
2. § 112 Satz 1 AktG schließt in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht nur diejenigen Vorstandsmitglieder von der Vertretung der Gesellschaft aus, die an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind, sondern den Vorstand insgesamt. Insoweit geht § 112 Satz 1 AktG über § 181 Fall 1 BGB hinaus. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Eine Satzungsregelung, die die Vertretung der atypischen Kommanditgesellschaft auf Aktien durch ihre geschäftsführungsbefugte Komplementärgesellschaft bei Rechtsgeschäften mit ebendieser gestattet, ist nicht eintragungsfähig. Insoweit ist eine Satzungsdispositivität nach nahezu einhelliger Ansicht ausgeschlossen. (Leitsatz der Schriftleitung)

17. Unterscheidungskraft der Firmenbezeichnung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die eine konkrete Anschrift samt Hausnummer enthält

OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.04.2025, 7 W 20/25

FamFG § 69 Abs. 1, § 382 Abs. 4 Satz 2

HGB § 18 Abs. 1 und 2

LEITSÄTZE:

1. Die Firmenbezeichnung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die eine konkrete Anschrift samt Hausnummer enthält, erfüllt die Anforderungen an die gemäß § 18 Abs. 1 HGB erforderliche Unterscheidungskraft. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Irreführung gemäß § 18 Abs. 2 HGB steht nicht zu befürchten, wenn die Gesellschaft ihre Geschäftsräume an der angegebenen Anschrift hat und somit ein realer Bezug zur Anschrift besteht. (Leitsatz der Schriftleitung)

18. Zur Frage der analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG auf die Einberufungsbefugnis des noch im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers sowie zur Frage der Anwesenheit der Gesellschafter im Sinne von § 51 Abs. 3 GmbHG, wenn ein erschienener Gesellschafter der Ordnungsmäßigkeit der Ladung widerspricht

KG, Beschluss vom 25.11.2024, 23 U 97/21

AktG § 121 Abs. 2

GmbHG § 51

HGB § 15

LEITSÄTZE:

1. Wenn der Gesellschaftsvertrag für die Abberufung des Geschäftsführers keinen wichtigen Grund verlangt, ist die Abberufung jederzeit möglich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG ist auf die Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nicht entsprechend anwendbar. Aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen einer AG und einer GmbH gilt dies auch dann, wenn ein fakultativer Aufsichtsrat über die Abberufung des Geschäftsführers entschieden hat. In einer AG sind die Aktionäre in die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern in der Regel nicht eingebunden, sodass ein Interesse der Aktionäre daran besteht, aufgrund der Eintragung im Handelsregister die Berechtigung zu überprüfen und Rechtssicherheit über die Wirksamkeit der Einberufung zu erlangen. Trotz der Bildung des Aufsichtsrats stehen die Gesellschafter der GmbH den Vorgängen um die Bestellung bzw. die Abberufung des Geschäftsführers näher als die Aktionäre den Vorgängen um die

Bestellung und Abberufung eines Vorstands. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Gesellschafter und Organmitglieder können sich schon deshalb nicht auf § 15 Abs. 1 HGB berufen, weil sie als solche nicht Dritte im Sinne der Vorschrift sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Für die Frage der Anwesenheit der Gesellschafter im Sinne von § 51 Abs. 3 GmbHG aufgrund eines Verzichts auf die Rüge der nicht ordnungsgemäßen Ladung kommt es nicht darauf an, aus welchem Grund der Ordnungsmäßigkeit der Ladung widersprochen wird. Erfolgt ein Widerspruch eines erschienenen Gesellschafters – gleich aus welchem Grund –, so ist dieser nicht „anwesend“. Es genügt, dass ein Gesellschafter nicht mit der Abhaltung der Versammlung zum Zweck der Beschlussfassung einverstanden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

Hinweis der Schriftleitung: Mit nachfolgendem Beschluss des BGH vom 22.01.2025, II ZA 5/24, wurde der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss des KG zurückgewiesen.

INTERNATIONALES PRIVATERECHT

19. Zum Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ der Ehegatten im Sinne des Art. 8 der Rom III-VO bei Diplomatenstatus eines der Ehegatten

EuGH, Urteil vom 20.03.2025, C-61/24 (Vorinstanz: BGH, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 20.12.2023, XII ZB 117/23)

Rom III-VO Art. 8

LEITSATZ:

Art. 8 Rom III-VO ist dahin auszulegen, dass der Diplomatenstatus eines der Ehegatten und seine dienstliche Verwendung auf einer Stelle im Empfangsstaat grundsätzlich der Annahme entgegenstehen, dass der „gewöhnliche Aufenthalt“ der Ehegatten als in diesem Staat befindlich angesehen wird, es sei denn, nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, zu denen insbesondere die Dauer der physischen Präsenz der Ehegatten sowie ihre soziale und familiäre Integration in diesem Staat gehören, werden zum einen der Wille der Ehegatten, den gewöhnlichen Mittelpunkt ihrer Interessen in diesem Staat zu begründen, und zum anderen eine Präsenz in diesem Staat festgestellt, die einen hinreichenden Grad an Beständigkeit aufweist. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 8 lit. a und b der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten

Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (ABl. 2010, L 343, S. 10).

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen DL und PQ über die Bestimmung des auf ihre Ehescheidung anzuwendenden Rechts.

Rechtlicher Rahmen

Völkerrecht

3 Art. 31 Abs. 1 des am 18.04.1961 in Wien geschlossenen und am 24.04.1964 in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (United Nations Treaty Series, Bd. 500, S. 95, im Folgenden: Wiener Übereinkommen) bestimmt:

„Der Diplomat genießt Immunität von der Strafgerichtsbarkeit des Empfangsstaats. Ferner steht ihm Immunität von dessen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zu; ausgenommen hiervon sind folgende Fälle:

a) dingliche Klagen in Bezug auf privates, im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates gelegenes unbewegliches Vermögen, es sei denn, dass der Diplomat dieses im Auftrag des Entsendestaats für die Zwecke der Mission im Besitz hat;

b) Klagen in Nachlasssachen, in denen der Diplomat als Testamentsvollstrecker, Verwalter, Erbe oder Vermächtnisnehmer in privater Eigenschaft und nicht als Vertreter des Entsendestaats beteiligt ist;

c) Klagen im Zusammenhang mit einem freien Beruf oder einer gewerblichen Tätigkeit, die der Diplomat im Empfangsstaat neben seiner amtlichen Tätigkeit ausübt.“

4 Art. 37 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens sieht vor:

„Die zum Haushalt eines Diplomaten gehörenden Familienmitglieder genießen, wenn sie nicht Angehörige des Empfangsstaats sind, die in den Artikeln 29 bis 36 bezeichneten Vorrechte und Immunitäten.“

Unionsrecht

Verordnung Nr. 1259/2010

5 In den Erwägungsgründen 9, 10, 14, 21 und 29 der Verordnung Nr. 1259/2010 heißt es:

„(9) Diese Verordnung sollte einen klaren, umfassenden Rechtsrahmen im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts in den teilnehmenden Mitgliedstaaten vorgeben, den Bürgern in Bezug auf Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Flexibilität sachgerechte Lösungen garantieren und Fälle verhindern, in denen ein Ehegatte alles daran setzt, die Scheidung zuerst einzureichen, um sicherzugehen, dass sich das Verfahren nach einer Rechtsordnung richtet, die seine Interessen seiner Ansicht nach besser schützt.

(10) Der sachliche Anwendungsbereich und die Bestimmungen dieser Verordnung sollten mit der Verordnung

(EG) Nr. 2201/2003 [des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. 2003, L 338, S. 1)] im Einklang stehen. Er sollte sich jedoch nicht auf die Ungültigerklärung einer Ehe erstrecken.

Diese Verordnung sollte nur für die Auflösung oder die Lockerung des Ehebandes gelten. Das nach den Kollisionsnormen dieser Verordnung bestimmte Recht sollte für die Gründe der Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes gelten.

Vorfragen wie die Rechts- und Handlungsfähigkeit und die Gültigkeit der Ehe und Fragen wie die güterrechtlichen Folgen der Ehescheidung oder der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, den Namen, die elterliche Verantwortung, die Unterhaltspflicht oder sonstige mögliche Nebenaspekte sollten nach den Kollisionsnormen geregelt werden, die in dem betreffenden teilnehmenden Mitgliedstaat anzuwenden sind.

(...)

(14) Um den Ehegatten die Möglichkeit zu bieten, das Recht zu wählen, zu dem sie einen engen Bezug haben, oder um, in Ermangelung einer Rechtswahl, dafür zu sorgen, dass dieses Recht auf ihre Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes angewendet wird, sollte dieses Recht auch dann zum Tragen kommen, wenn es nicht das Recht eines teilnehmenden Mitgliedstaats ist. (...)

(21) Für den Fall, dass keine Rechtswahl getroffen wurde, sollte diese Verordnung im Interesse der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit und um zu vermeiden, dass ein Ehegatte alles daran setzt, die Scheidung zuerst einzureichen, um sicherzugehen, dass sich das Verfahren nach einer Rechtsordnung richtet, die seine Interessen seiner Ansicht nach besser schützt, harmonisierte Kollisionsnormen einführen, die sich auf Anknüpfungspunkte stützen, die einen engen Bezug der Ehegatten zum anzuwendenden Recht gewährleisten. Die Anknüpfungspunkte sollten so gewählt werden, dass sichergestellt ist, dass die Verfahren, die sich auf die Ehescheidung oder die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes beziehen, nach einer Rechtsordnung erfolgen, zu der die Ehegatten einen engen Bezug haben.

(...)

(29) Da die Ziele dieser Verordnung, nämlich die Sicherstellung von mehr Rechtssicherheit, einer besseren Berechenbarkeit und einer größeren Flexibilität in Ehesachen mit internationalem Bezug und damit auch die Erleichterung der Freizügigkeit in der Europäischen Union, auf Ebene der Mitgliedstaaten allein nicht ausreichend verwirklicht werden können und daher wegen ihres Umfangs und ihrer Wirkungen besser auf Unions-ebene zu erreichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische

Union niedergelegten Subsidiaritätsprinzip ggf. im Wege einer Verstärkten Zusammenarbeit tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip geht diese Verordnung nicht über das für die Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.“

6 Art. 5 („Rechtswahl der Parteien“) Abs. 1 der Verordnung Nr. 1259/2010 sieht vor:

„Die Ehegatten können das auf die Ehescheidung oder die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendende Recht durch Vereinbarung bestimmen, sofern es sich dabei um das Recht eines der folgenden Staaten handelt:

- a) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder
- b) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- c) das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt, oder
- d) das Recht des Staates des angerufenen Gerichts.“

7 Art. 8 („In Ermangelung einer Rechtswahl anzuwendendes Recht“) der Verordnung Nr. 1259/2010 lautet:

„Mangels einer Rechtswahl gemäß Artikel 5 unterliegen die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes:

- a) dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder anderenfalls
- b) dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder anderenfalls
- c) dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besitzen, oder anderenfalls
- d) dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts.“

Verordnung Nr. 2201/2003

8 Die Verordnung Nr. 2201/2003 wurde mit Wirkung zum 01.08.2022 durch die Verordnung (EU) 2019/1111 des Rates vom 25.06.2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (ABl. 2019, L 178, S. 1) aufgehoben, die nach ihrem Art. 100 Abs. 1 nur für am oder nach dem 01.08.2022 eingeleitete gerichtliche Verfahren, förmlich errichtete oder eingetragene öffentliche Urkunden und eingetragene Vereinbarungen gilt.

9 Art. 3 („Zuständigkeit“) Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 2201/2003 bestimmt:

„Für Entscheidungen über die Ehescheidung, die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder die Ungültigerklärung einer Ehe, sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig,

- a) in dessen Hoheitsgebiet
 - beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder
 - die Ehegatten zuletzt beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
 - der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
 - im Fall eines gemeinsamen Antrags einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
 - der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn er sich dort seit mindestens einem Jahr unmittelbar vor der Antragstellung aufgehalten hat, oder
 - der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn er sich dort seit mindestens sechs Monaten unmittelbar vor der Antragstellung aufgehalten hat und entweder Staatsangehöriger des betreffenden Mitgliedstaats ist oder, im Fall des Vereinigten Königreichs und Irlands, dort sein ‚domicile‘ hat“.

Deutsches Recht

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

10 Art. 17 Abs. 4 EGBGB vom 21.09.1994 (BGBl. 1994 I, S. 2494, berichtigt in BGBl. 1997 I, S. 1061) in seiner auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung bestimmt:

„Der Versorgungsausgleich unterliegt dem nach der Verordnung (...) Nr. 1259/2010 auf die Scheidung anzuwendenden Recht; er ist nur durchzuführen, wenn danach deutsches Recht anzuwenden ist und ihn das Recht eines der Staaten kennt, denen die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angehören. Im Übrigen ist der Versorgungsausgleich auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen, wenn einer der Ehegatten in der Ehezeit ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat, soweit die Durchführung des Versorgungsausgleichs insbesondere im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse während der gesamten Ehezeit der Billigkeit nicht widerspricht.“

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

11 Das FamFG vom 17.12.2008 (BGBl. 2008 I, S. 2586) sieht in seiner auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung in § 137 vor:

„(1) Über Scheidung und Folgesachen ist zusammen zu verhandeln und zu entscheiden (Verbund).

(2) Folgesachen sind

1. Versorgungsausgleichssachen,

(...)“

12 § 142 Abs. 1 Satz 1 FamFG in seiner auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung lautet:

„Im Fall der Scheidung ist über sämtliche im Verbund stehenden Familiensachen durch einheitlichen Beschluss zu entscheiden.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

13 Die deutschen Staatsangehörigen DL und PQ schlossen im Jahr 1989 die Ehe. Aus dieser sind zwei inzwischen volljährige Kinder hervorgegangen. Im Lauf des Jahres 2006 mieteten die Ehegatten eine Wohnung in Berlin (Deutschland) an, in der sie gemeinsam mehr als zehn Jahre lebten (im Folgenden: Familienwohnung).

14 Im Juni 2017 zog das Ehepaar nach Schweden, nachdem PQ an die Deutsche Botschaft in Stockholm (Schweden) versetzt worden war. Bei dieser Gelegenheit gaben die Eheleute entsprechend der Verpflichtung, die nach deutschem Recht für ins Ausland versetzte Beamte besteht, eine Erklärung über die Aufgabe ihres Wohnsitzes in Deutschland ab.

15 Im September 2019 zog das Ehepaar nach Moskau (Russland) in eine Wohnung auf dem Compound der Deutschen Botschaft, in der PQ, der anders als DL die russische Sprache beherrscht, als Botschaftsrat tätig ist. DL war als Angehörige eines Botschaftsmitarbeiters ebenfalls in dieser Wohnung gemeldet und besaß einen Diplomatenpass. Das Fahrzeug von DL war in Russland angemeldet.

16 Im Hinblick auf eine Rückkehr nach Deutschland behielten die Ehegatten ihre Familienwohnung bei, in der seit September 2019 eines ihrer Kinder lebt. Bestimmte Teile dieser Wohnung wurden im Rahmen von Verträgen, die im Mai bzw. Juni 2020 endeten, untervermietet.

17 Im Januar 2020 reiste DL nach Berlin, um sich dort einem chirurgischen Eingriff zu unterziehen, und blieb bis Februar 2021 in der Familienwohnung. Im August und September 2020 reiste auch PQ nach Berlin und wohnte in dieser Wohnung. In diesem Zeitraum traf sich das Ehepaar mit Freunden. Weihnachten und den Jahreswechsel verbrachte PQ zusammen mit einem seiner Kinder in Koblenz (Deutschland).

18 Am 26.02.2021 kehrte DL in die zur Deutschen Botschaft gehörende Wohnung in Moskau zurück. Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass die Ehegatten nach Angaben von PQ ihren Kindern am 17.03.2021 mitteilten, sich scheiden lassen zu wollen, und dass DL während ihres Aufenthalts in Moskau die Gegenstände, die sie mit nach Berlin nehmen wollte, in einem Zimmer dieser Wohnung lagerte.

19 Am 23.05.2021 reiste DL nach Berlin zurück und lebt seither in der Familienwohnung, während PQ weiterhin in der

zur Deutschen Botschaft gehörenden Wohnung in Moskau lebt.

20 Am 08.07.2021 stellte PQ beim AG (Deutschland) einen Scheidungsantrag, mit dem er geltend machte, dass er seit Januar 2020 getrennt von DL lebe und dass die endgültige Trennung im März 2021, dem Monat, in dem sich DL kurz in Moskau aufgehalten habe, erfolgt sei.

21 DL trat diesem Antrag mit der Begründung entgegen, dass die Trennung des Ehepaars frühestens im Mai 2021 erfolgt sei, als sie nach Berlin zurückgekehrt sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei sie an der Haushaltsführung in Moskau beteiligt gewesen. DL wies darauf hin, dass ihr Aufenthalt in Berlin vom 15.01.2020 bis zum 26.02.2021 durch ihren Gesundheitszustand und Freizügigkeitsbeschränkungen aufgrund der Covid-19-Pandemie begründet gewesen sei, sodass eine Rückkehr nach Moskau vor dem 26.02.2021 nicht möglich gewesen sei.

22 Mit Beschluss vom 26.01.2022 wies das AG den Antrag zurück, weil das nach deutschem Recht erforderliche Trennungsjahr noch nicht abgelaufen sei und keine hinreichend schwerwiegenden Gründe für die sofortige Scheidung vorlägen.

23 PQ legte gegen diesen Beschluss Beschwerde beim KG (Deutschland) ein. Dieses Gericht schied die Ehe nach russischem Recht, das es gemäß Art. 8 lit. b der Verordnung Nr. 1259/2010 für anwendbar hielt. Insoweit führte das Gericht aus, dass sich der „gewöhnliche Aufenthalt“ von PQ im Sinne dieses Artikels in Moskau befinde und dass der gewöhnliche Aufenthalt von DL in dieser Stadt erst mit ihrer Abreise nach Deutschland am 23.05.2021 geendet habe, also weniger als ein Jahr vor Anrufung des AG am 08.07.2021.

24 DL legte gegen diese Entscheidung des KG Rechtsbeschwerde beim BGH (Deutschland), dem vorlegenden Gericht, ein und beantragte, die Scheidung nach deutschem Recht auszusprechen und gleichzeitig von Amts wegen über den Versorgungsausgleich zu entscheiden.

25 Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass der Versorgungsausgleich nach deutschem Recht dem auf die Ehescheidung anzuwendenden Recht unterliege, das nach der Verordnung Nr. 1259/2010 bestimmt werde. Unterläge die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Ehescheidung dem russischen Recht, wäre sie als einverständliche Scheidung ohne Feststellung von Scheidungsgründen auszusprechen und der Versorgungsausgleich wäre nach Maßgabe von Art. 17 Abs. 4 Satz 2 EGBGB in seiner auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung auf Antrag eines Ehegatten durchzuführen. Wäre hingegen das deutsche Recht anzuwenden, wäre das Scheitern der Ehe festzustellen, weil die Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mehr als einem Jahr nicht mehr bestehe. In diesem Fall wäre der Versorgungsausgleich von Amts wegen im Rahmen des Scheidungsverbunds durchzuführen.

26 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts hängt die Begründetheit der bei ihm anhängigen Rechtsbeschwerde davon ab, ob das KG, das nach Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verord-

nung Nr. 2201/2003 für die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Ehescheidung zuständig sei, zu Recht entschieden habe, dass das auf diese Ehescheidung anzuwendende Recht gemäß Art. 8 lit. b der Verordnung Nr. 1259/2010 mangels einer Rechtswahl der Ehegatten bis zum Abschluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug russisches Recht sei.

27 Vor dem vorlegenden Gericht macht DL geltend, dass die berufliche Stellung von PQ der Feststellung eines „gewöhnlichen Aufenthalts“ der Ehegatten in Russland entgegenstehe. Ihr Aufenthalt in Moskau beruhe zum einen nicht auf einer bewussten Entscheidung, sondern sei ausschließlich auf berufliche Gründe im Zusammenhang mit der Verwendung von PQ in der deutschen Botschaft in Moskau zurückzuführen, und zum anderen sei dieser Aufenthalt zwar nicht für eine bestimmte Dauer geplant, seiner Natur nach aber doch vorübergehend angelegt gewesen, da die Ehegatten nach Beendigung der Tätigkeit von PQ an dieser Botschaft nach Deutschland hätten zurückkehren wollen, wo sie die Familienwohnung und intensive Bindungen zu diesem Land aufrecht erhalten hätten. DL führt weiter aus, dass sie und PQ aus dienstrechtlichen Gründen gezwungen gewesen seien, sich in einer Wohnung auf dem Compound dieser Botschaft niederzulassen, sodass sie faktisch in einer „deutschen Enklave“ gelebt hätten, was die Bedeutung ihrer physischen Anwesenheit in Russland relativiere.

28 PQ macht geltend, dass Diplomaten, die nach Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens insbesondere Immunität von der Zivilgerichtsbarkeit des Empfangsstaats genießen, nicht dem Scheidungsrecht des Ortes ihrer dienstlichen Verwendung unterliegen könnten.

29 In diesem Zusammenhang sieht sich das vorlegende Gericht vor die Frage gestellt, nach welchen Kriterien der „gewöhnliche Aufenthalt“ der Ehegatten im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 zu bestimmen ist und insbesondere, inwiefern die dienstliche Verwendung einer der Ehegatten als Diplomat im Empfangsstaat relevant ist. Das vorlegende Gericht führt aus, dass der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten möglicherweise nicht in Russland verortet werden könne, wenn die von den Parteien des Ausgangsverfahrens vorgebrachten Gesichtspunkte im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen wären. Auch sei es klärungsbedürftig, ob die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eine physische Präsenz der Ehegatten in einem Staat von gewisser Dauer und ein gewisses Maß an sozialer und familiärer Integration in dem betreffenden Staat voraussetze.

30 In Deutschland bestehe im Schrifttum Uneinigkeit über die Definition des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010. Teile der Rechtsliteratur, deren Standpunkt vom KG geteilt werde, sprächen sich unter Berufung auf den Wortlaut des zehnten Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 1259/2010 für eine Auslegung aus, die der des gleichen Begriffs in der Verordnung Nr. 2201/2003 entspreche.

31 Andere Teile der Rechtsliteratur verträten die Auffassung, dass eine völlige Deckungsgleichheit des Begriffs

des „gewöhnlichen Aufenthalts“ in den Verordnungen Nr. 1259/2010 und 2201/2003 nicht bestehe, weil bei Ersterer zur Charakterisierung dieses Begriffs eine intensivere Beziehung zum Aufenthaltsstaat erforderlich sei als bei Letzterer, wo regelmäßig intendiert sei, dass der Antragsteller die Wahl zwischen alternativen Gerichtsständen habe.

32 Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ in den Verordnungen Nr. 1259/2010 und 2201/2003 zu unterschiedlichen Auslegungen führen könne, da sich aus den Erwägungsgründen 14 und 21 der Verordnung Nr. 1259/2010 ergebe, dass die Charakterisierung eines solchen Begriffs einen engen Bezug des Ehegatten zum anwendbaren Recht voraussetze, was ein stärkeres Maß an sozialer und familiärer Integration in dem betreffenden Staat erfordere als nach der Verordnung Nr. 2201/2003 erforderlich.

33 Vor diesem Hintergrund hat der BGH das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Nach welchen Kriterien ist der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 zu bestimmen, insbesondere:

- Beeinflusst die Entsendung als Diplomat die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts im Empfangsstaat oder steht sie einer solchen sogar entgegen?
- Muss die physische Präsenz der Ehegatten in einem Staat von gewisser Dauer gewesen sein, bevor davon ausgegangen werden kann, dass dort ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet wurde?
- Setzt die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts ein gewisses Maß an sozialer und familiärer Integration in dem betreffenden Staat voraus?

Zur Vorlagefrage

34 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 dahin auszulegen ist, dass für die Bestimmung des „gewöhnlichen Aufenthalts“ der Ehegatten im Sinne dieser Bestimmung die dienstliche Verwendung eines der Ehegatten als Diplomat in einem Staat, die Dauer der physischen Präsenz der Ehegatten in diesem Staat sowie das Maß an sozialer und familiärer Integration in diesem Staat relevante oder sogar entscheidende Gesichtspunkte sind.

35 Was erstens die Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese Verordnung, wie es in ihrem 21. Erwägungsgrund heißt, für den Fall, dass durch die Ehegatten keine Rechtswahl gemäß Art. 5 dieser Verordnung für das auf die Ehescheidung anzuwendende Recht getroffen wurde, harmonisierte Kollisionsnormen vorsieht, die sich auf Anknüpfungspunkte stützen, die einen engen Bezug der Ehegatten zum anzuwendenden Recht gewährleisten.

36 Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 unterwirft somit die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren „gewöhnlichen Aufenthalt“ haben, oder anderenfalls dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren „gewöhnlichen Aufenthalt“ hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

37 Die Verordnung Nr. 1259/2010 enthält keine Definition des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ und verweist für die Ermittlung des Sinnes und der Bedeutung dieses Begriffs nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten.

38 Nach ständiger Rechtsprechung folgt aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Europäischen Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen, und zwar nach Maßgabe des Wortlauts der Vorschrift, ihres systematischen Zusammenhangs und der Ziele der Regelung, zu der sie gehört (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 22.12.2010, Mercredi, C-497/10 PPU, ECLI: EU: C:2010:829 Rdnr. 45 und vom 24.10.2024, Kwantum Nederland und Kwantum België, C-227/23, ECLI: EU: C:2024:914 Rdnr. 56 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

39 Was zunächst die wörtliche Auslegung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ in seiner üblichen Bedeutung den Ort bezeichnet, an dem eine natürliche Person dauerhaft wohnt.

40 Was sodann den Zusammenhang angeht, in dem Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 steht, ergibt sich aus dem zehnten Erwägungsgrund dieser Verordnung, dass ihr sachlicher Anwendungsbereich und ihre Bestimmungen mit den Bestimmungen der Verordnung Nr. 2201/2003 im Einklang stehen sollten, die u. a. die allgemeinen Zuständigkeitskriterien im Bereich der Ehescheidung, der Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und der Ungültigerklärung einer Ehe vorsehen.

41 Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 2201/2003, in dem der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ enthalten ist, weist die Zuständigkeit für Entscheidungen über die Ehescheidung den Gerichten des Mitgliedstaats zu, in dessen Hoheitsgebiet sich, je nach Fall, der gegenwärtige oder frühere gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten oder eines der Ehegatten befindet.

42 Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 2201/2003 grundsätzlich durch zwei Elemente gekennzeichnet ist, nämlich zum einen durch den Willen des Betroffenen, an einem bestimmten Ort den gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Interessen zu begründen, und zum anderen durch eine Anwesenheit im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaats, die einen hinrei-

chenden Grad an Beständigkeit aufweist (Urteil vom 01.08.2022, MPA [Gewöhnlicher Aufenthalt – Drittstaat], C-501/20, ECLI: EU: C:2022:619 Rdnr. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

43 In Anbetracht der in Rdnr. 40 des vorliegenden Urteils angeführten notwendigen Kohärenz zwischen den Bestimmungen der Verordnungen Nr. 1259/2010 und 2201/2003 sind dieselben Elemente erforderlich, um den Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 zu kennzeichnen. Ein solches einheitliches Verständnis spiegelt den engen Zusammenhang wider, der zwischen diesen beiden Verordnungen besteht, die u. a. die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes regeln. Die Verordnung Nr. 1259/2010 bestimmt das Recht, das ein Gericht, dessen Zuständigkeit auf den Bestimmungen der Verordnung Nr. 2201/2003 beruht, mangels einer Rechtswahl durch die Ehegatten gemäß Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1259/2010 anzuwenden hat.

44 Dieses einheitliche Verständnis des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu anderen Instrumenten des internationalen Privatrechts, die wie die Verordnungen Nr. 1259/2010 und 2201/2003 auf einem gemeinsamen Anknüpfungspunkt, nämlich dem „gewöhnlichen Aufenthalt“, beruhen und zueinander in engem Zusammenhang stehen. Insoweit hat der Gerichtshof entschieden, dass die Definition dieses Anknüpfungspunkts in der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (ABl. 2009, L 7, S. 1) und im Haager Protokoll vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, das durch den Beschluss 2009/941/EG des Rates vom 30.11.2009 (ABl. 2009, L 331, S. 17) im Namen der Europäischen Gemeinschaft genehmigt wurde, von denselben Grundsätzen geleitet und durch dieselben Merkmale geprägt sein muss, auch wenn die konkrete Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts von den besonderen Umständen jedes Einzelfalls abhängt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 01.08.2022, MPA [Gewöhnlicher Aufenthalt – Drittstaat], C-501/20, ECLI: EU: C:2022:619 Rdnr. 53).

45 Schließlich entspricht die in Rdnr. 43 des vorliegenden Urteils vorgenommene Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ den mit der Verordnung Nr. 1259/2010 verfolgten Zielen.

46 Aus den Erwägungsgründen 9, 21 und 29 dieser Verordnung geht nämlich hervor, dass diese einen klaren und umfassenden rechtlichen Rahmen im Bereich des auf die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebands anzuwendenden Rechts in den teilnehmenden Mitgliedstaaten vorgeben, die Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Flexibilität in Ehesachen mit internationalem Bezug garantieren und damit die Freizügigkeit innerhalb der Union erleichtern soll, damit Fälle verhindert werden, in denen ein Ehegatte alles daran setzt, die Scheidung zuerst einzureichen, um sicherzugehen, dass sich das Verfahren nach einer Rechtsordnung richtet, die seine Interessen seiner

Ansicht nach besser schützt (Urteil vom 16.07.2020, JE [Auf die Ehescheidung anzuwendendes Recht], C-249/19, ECLI: EU: C:2020:570 Rdnr. 30).

47 Eine Definition des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ der Ehegatten im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010, die grundsätzlich durch zwei Elemente gekennzeichnet ist, nämlich zum einen durch den Willen der betreffenden Personen, an einem bestimmten Ort den gewöhnlichen Mittelpunkt ihrer Interessen zu begründen, und zum anderen durch eine Anwesenheit im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaats, die einen hinreichenden Grad an Beständigkeit aufweist, ermöglicht es, sowohl dieses Ziel der Rechtssicherheit und der Berechenbarkeit als auch die erforderliche Flexibilität in Ehesachen zu garantieren und gleichzeitig etwaigem Missbrauch bei der Wahl des anzuwendenden Rechts vorzubeugen.

48 Zweitens handelt es sich bei der Frage, ob der Diplomatensstatus eines der Ehegatten im Empfangsstaat, die Dauer der physischen Präsenz der Ehegatten in diesem Staat sowie das Maß an sozialer und familiärer Integration in diesem Staat für die Bestimmung ihres „gewöhnlichen Aufenthalts“ im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 relevante oder sogar entscheidende Gesichtspunkte sind, im Wesentlichen um eine Tatsachenfrage (vgl. entsprechend Urteil vom 25.11.2021, IB [Gewöhnlicher Aufenthalt eines Ehegatten – Scheidung], C-289/20, ECLI: EU: C:2021:955 Rdnr. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung). Es ist daher Sache des vorlegenden Gerichts, anhand aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die beiden in der vorstehenden Randnummer genannten Elemente, die den Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ kennzeichnen, im Ausgangsverfahren erfüllt sind.

49 Um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, ist jedoch Folgendes festzustellen.

50 Was als erstes den Diplomatensstatus eines der Ehegatten betrifft, stellt das vorlegende Gericht die Frage nach der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten, soweit das von ihnen gebildete Ehepaar, wie die Parteien des Ausgangsverfahrens geltend gemacht haben, nach den geltenden gesetzlichen und dienstrechtlichen Bestimmungen gezwungen war, sich in einer zum Gebäudekomplex der deutschen Botschaft in Moskau gehörenden Wohnung niederzulassen. Nach Ansicht von PQ kann ein Diplomat aufgrund seiner Immunitäten und Vorrechte nach dem Wiener Übereinkommen nicht dem Recht des Empfangsstaats unterworfen werden.

51 Die deutsche, die griechische und die finnische Regierung machen im Wesentlichen geltend, dass der Aufenthalt eines Diplomaten im Ausland vorübergehender und zufälliger Natur sei, was jeden Willen ausschließe, sich dauerhaft im Empfangsstaat niederzulassen.

52 Hierzu ist festzustellen, dass der Aufenthalt eines Diplomaten im Hoheitsgebiet des Empfangsstaats grundsätzlich ausschließlich beruflichen Zwecken dient, da er in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung seiner Aufgaben steht. Wie die deutsche Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, bestimmt sich die dienstliche

Verwendung im Empfangsstaat grundsätzlich in erster Linie aufgrund dienstlicher Erfordernisse des Entsendestaats und nicht nach dem Willen oder den persönlichen Vorlieben des im Empfangsstaat eingesetzten Diplomaten.

53 Eine solche Situation unterscheidet sich von derjenigen, die dem Urteil vom 01.08.2022, MPA (Gewöhnlicher Aufenthalt – Drittstaat) (C-501/20, ECLI: EU: C:2022:619), zugrunde lag. Zwar hat der Gerichtshof in Rdnr. 58 dieses Urteils entschieden, dass der Umstand, dass der Aufenthalt der Ehegatten in einem Drittstaat einen unmittelbaren Bezug zur Ausübung ihrer Aufgaben aufweist, für sich genommen dem nicht entgegensteht, dass dieser Aufenthalt einen hinreichenden Grad an Beständigkeit aufweist, um einen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten in diesem Staat zu begründen, doch ist diese Feststellung in einem Kontext erfolgt, in dem es um Vertragsbedienstete der Union in einem Beschäftigungsverhältnis auf unbestimmte Dauer ging, die gemäß den Bestimmungen des Statuts der Beamten der Europäischen Union für Vertragsbedienstete, die am Sitz in Brüssel keiner Rotation unterliegen, der Delegation der Union in einem Drittstaat zugewiesen waren.

54 Wie PQ und alle am Verfahren beteiligten Regierungen im Wesentlichen vorgetragen haben, sprechen die Natur und die Eigenart der beruflichen Tätigkeit eines in einer Auslandsvertretung im Empfangsstaat eingesetzten Diplomaten aufgrund der in dieser Funktion begründeten Umstände grundsätzlich dafür, dass dieser Diplomat und sein Ehegatte in diesem Staat keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 haben.

55 Im Übrigen genießen Diplomaten, wie sich aus Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens ergibt, vorbehaltlich der in den lit. a bis c dieser Bestimmung genannten Ausnahmen, u. a. wenn es sich um eine dingliche Klage in Bezug auf privates, im Hoheitsgebiet dieses Staates gelegenes unbewegliches Vermögen handelt, es sei denn, dass der Diplomat dieses im Auftrag des Entsendestaats für die Zwecke der Mission im Besitz hat, Immunität von der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit des Empfangsstaats.

56 Somit ist nicht ausgeschlossen, dass der Empfangsstaat unter besonderen tatsächlichen Umständen als der Staat angesehen werden kann, in dem die betreffenden Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 8 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 begründen wollten. Dies könnte, wie die Kommission ausgeführt hat, insbesondere dann der Fall sein, wenn der Diplomat und sein Ehegatte im Empfangsstaat privat eine Wohnung erwerben, um sich dort nach Ende seiner Dienstzeit gemeinsam niederzulassen.

57 Folglich ist der Diplomatensstatus eines der Ehegatten zwar ein relevanter Gesichtspunkt im Rahmen der Prüfung der Frage, ob die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Empfangsstaats haben, doch ist dieser Gesichtspunkt, was die Beurteilung der Gründe für ihre Anwesenheit in diesem Staat und der Umstände ihres Aufenthalts angeht, nicht allein entscheidend, um die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts des Betroffenen und

seiner Familienangehörigen in diesem Staat auszuschließen. Die Bestimmung des „gewöhnlichen Aufenthalts“ der Ehegatten ist auch bei Vorliegen eines solchen Gesichtspunkts auf der Grundlage aller tatsächlichen Umstände jedes Einzelfalls vorzunehmen.

58 Was als Zweites die Dauer der physischen Präsenz der Ehegatten im Hoheitsgebiet eines Staates betrifft, so stellt dieser Gesichtspunkt ein Indiz für die „Stabilität“ des Aufenthalts dar, die den Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ kennzeichnet. Wie in Rdnr. 39 des vorliegenden Urteils ausgeführt, muss ein Aufenthalt nämlich, um als „gewöhnlich“ eingestuft werden zu können, einen gewissen Grad an Beständigkeit oder Regelmäßigkeit aufweisen, im Gegensatz zu einem vorübergehenden oder gelegentlichen Aufenthalt.

59 Bei der Beurteilung dieses Kriteriums des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ ist die besondere Situation der Diplomaten und ihrer Familienangehörigen aufgrund der Art ihrer Tätigkeit zu berücksichtigen. Zum einen nämlich behalten diese Personen häufig eine enge Beziehung zum Entsendestaat, in den sie sich regelmäßig begeben, und zum anderen kann die Dauer ihres Aufenthalts im Empfangsstaat, da Diplomaten im Allgemeinen einem Rotationsprinzip unterliegen, als von vornherein vorübergehend angesehen werden, auch wenn sie in der Praxis manchmal nicht unerheblich lang sein kann. Unter diesen besonderen Umständen ist die Dauer der physischen Präsenz der Ehegatten im Hoheitsgebiet des Empfangsstaats für sich genommen kein ausschlaggebender Gesichtspunkt für den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten in diesem Staat. Insoweit kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Ehegatten für einen nicht unerheblichen Zeitraum in diesem Hoheitsgebiet aufhalten und gleichzeitig den Mittelpunkt ihrer Interessen im Entsendestaat behalten, in den sie sich regelmäßig begeben.

60 Was als Drittes die Relevanz des Maßes an sozialer und familiärer Integration im betreffenden Staat für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten im Sinne von Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Rahmen der Auslegung der Bestimmungen der Verordnung Nr. 2201/2003 über die elterliche Verantwortung das soziale und familiäre Umfeld der Eltern des Kindes, insbesondere eines Kleinkinds, als wesentliches Kriterium für die Bestimmung des Ortes des gewöhnlichen Aufenthalts dieses Kindes herangezogen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25.11.2021, IB [Gewöhnlicher Aufenthalt eines Ehegatten – Scheidung], C-289/20, ECLI: EU: C:2021:955 Rdnr. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).

61 Zwar sind die besonderen Umstände, die den gewöhnlichen Aufenthalt eines Kindes kennzeichnen, nicht mit denen identisch, anhand deren sich der gewöhnliche Aufenthalt von Ehegatten bestimmen lässt, doch stellt die soziale Integration in einem Staat, sei es der Empfangsstaat oder der Entsendestaat, einen relevanten Gesichtspunkt für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts dar, da sie das subjektive Element, das mit dem Willen der Betroffenen zusammenhängt, den gewöhnlichen Mittelpunkt ihrer Inter-

essen an einem bestimmten Ort zu begründen, konkretisieren kann.

62 Die im Entsendestaat beibehaltenen oder im Gegensatz dazu im Empfangsstaat geschaffenen familiären Bindungen können ebenfalls im Rahmen der vom vorlegenden Gericht vorzunehmenden Prüfung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls relevant sein.

63 Wie der Gerichtshof in einer auf die Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne von Art. 8 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 übertragbaren Rechtsprechung in Bezug auf die Verordnung Nr. 2201/2003 entschieden hat, kann im Übrigen ein Ehegatte, der sein Leben in zwei Mitgliedstaaten verbringt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt nur in einem dieser Mitgliedstaaten haben (Urteil vom 25.11.2021, IB [Gewöhnlicher Aufenthalt eines Ehegatten – Scheidung], C-289/20, ECLI: EU: C:2021:955 Rdnr. 62).

64 Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens ab September 2019 am Sitz der deutschen Botschaft in Moskau in Russland wohnten. DL kehrte am 23.05.2021 nach Deutschland zurück. In seinen beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen hat PQ geltend gemacht, dass er am 01.11.2023 an einen anderen Dienort in Deutschland versetzt worden sei. Ihr Aufenthalt im Empfangsstaat scheint somit auf den von dieser Botschaft gebildeten Rahmen beschränkt gewesen zu sein.

65 Aus den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen geht auch hervor, dass die Ehegatten während ihres gesamten Aufenthalts im Empfangsstaat weiterhin eine enge Beziehung zum Entsendestaat unterhielten, da sie dort weiterhin Vermögensinteressen sowie soziale und familiäre Bindungen hatten. So behielten sie im Hinblick auf eine Rückkehr nach Deutschland nach Beendigung der Tätigkeit von PQ im Empfangsstaat ihre Wohnung in Berlin, in der ihre volljährige Tochter wohnte und wo sie sich offenbar aufhielten, wenn sie nach Deutschland reisten.

66 Vorbehaltlich weiterer Überprüfungen durch das vorlegende Gericht auf der Grundlage aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls deuten diese Gesichtspunkte darauf hin, dass die Ehegatten trotz der Dauer ihres Aufenthalts in Russland nicht den Willen hatten, dort den gewöhnlichen Mittelpunkt ihrer Interessen zu begründen, da dieser im Entsendestaat geblieben ist, von dem sie sich nur vorübergehend entfernt haben, sodass offenbar das deutsche Recht das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten ist.

67 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 8 lit. a und b der Verordnung Nr. 1259/2010 dahin ausulegen ist, dass der Diplomatenstatus eines der Ehegatten und seine dienstliche Verwendung auf einer Stelle im Empfangsstaat grundsätzlich der Annahme entgegenstehen, dass der „gewöhnliche Aufenthalt“ der Ehegatten als in diesem Staat befindlich angesehen wird, es sei denn, nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, zu denen insbesondere die Dauer der physischen Präsenz der Ehegatten sowie ihre soziale und familiäre Integration in

diesem Staat gehören, wird zum einen der Wille der Ehegatten, den gewöhnlichen Mittelpunkt ihrer Interessen in diesem Staat zu begründen, und zum anderen eine Präsenz in diesem Staat festgestellt, die einen hinreichenden Grad an Beständigkeit aufweist.

(...)

Hinweis der Schriftleitung: Mit nachfolgendem Beschluss des BGH vom 25.06.2025, XII ZB 117/23 wurde die Sache zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das KG zurückverwiesen.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

20. Ankündigung des beabsichtigten Vollzugs mittels Vorbescheids und weiterer Vollzug bei ausbleibendem vorläufigen Rechtsschutz

BGH, Beschluss vom 05.06.2025, V ZB 37/24 (Vorinstanz: LG Mainz, Beschluss vom 16.07.2024, 6 OH 12/23)

BeurkG § 53

BNotO § 15 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG muss der Notar regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeitrügten dem Vollzug widerspricht. Nach Zustellung des Vorbescheids hat der Notar zunächst zwei Wochen abzuwarten, ob der dem Vollzug widersprechende Urkundsbeitrügte um vorläufigen Rechtsschutz gegen die Vollziehung nachsucht.
2. Als Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes kommt in erster Linie ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei dem Prozessgericht mit dem Ziel in Betracht, dem anderen Urkundsbeitrügten aufzugeben, den Notar anzuweisen, die Urkunde (vorläufig) nicht zu vollziehen. Auch kann im Rahmen einer Notarbeschwerde beantragt werden, im Wege einer einstweiligen Anordnung die Vollziehung auszusetzen.
3. Lehnen die Gerichte den von dem widersprechenden Urkundsbeitrügten beantragten vorläufigen Rechtsschutz ab, ist der Notar berechtigt, die Urkunde zu vollziehen. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn er nicht abwartet, bis über mögliche Rechtsmittel gegen die Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden worden ist. (Fortführung von Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 45).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariellem Vertrag vom 14.11.2016 verkaufte die Beiteiligte zu 2 (nachfolgend Verkäuferin) der Beiteiligten zu 1 (nachfolgend Käuferin) mehrere Grundstücke. In § 5.3 des Vertrags ist u. a. Folgendes geregelt:

„Die gesetzlichen Rechte wegen Pflichtverletzung, insbesondere das Recht des Verkäufers zum Rücktritt von diesem Vertrag im Falle des Verzuges des Käufers mit der Kaufpreiszahlung bleiben vorbehalten. Das Rücktrittsrecht besteht ausdrücklich auch bereits bei Verzug mit der zweiten Kaufpreisrate von mehr als vier Wochen.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Rückforderung des Grundbesitzes wird die Eintragung einer Rückübertragungsvormerkung zulasten des verkauften Grundbesitzes und zugunsten des Verkäufers bewilligt und beantragt. (...)

Der Käufer bevollmächtigt den Verkäufer – mehrere als Gesamtbevollmächtigte – bereits jetzt unwiderruflich, alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die erforderlich und zweckmäßig sind, um das Kaufobjekt Zug-um-Zug gegen Begleichung etwaig bestehender Rückzahlungsansprüche zurück zu übertragen, insbesondere auch die erforderliche Auflassung zu erklären. Der Verkäufer ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und berechtigt, Untervollmacht zu erteilen. Die Vollmacht ist im Außenverhältnis unbeschränkt, im Innenverhältnis auf die Durchsetzung des nach Rücktritt bestehenden Rückübertragungsanspruchs [beschränkt].“

2 Die Käuferin zahlte die erste Kaufpreisrate von 1,9 Mio. € und wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Des Weiteren leistete sie Teilzahlungen, die sich zusammen mit der ersten Kaufpreisrate auf insgesamt 3.574.127,30 € beliefen. Nachdem die Beiteiligten über die seitens der Verkäuferin geschuldeten Erschließungsmaßnahmen in Streit gerieten, verweigerte die Käuferin weitere Zahlungen. Die Verkäuferin erklärte daraufhin am 11.09.2023 den Rücktritt von dem Grundstückskaufvertrag. Am 18.09.2023 beurkundete der Notar die Rückabwicklung des Kaufvertrags, wobei die Verkäuferin im eigenen Namen und in Vertretung der Käuferin auftrat. Unter „II. Rückabwicklungsschuldverhältnis“ heißt es in der Urkunde wie folgt:

„Für das durch Rücktritt entstandene Schuldverhältnis gelten die vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen. Nach den Bedingungen des Kaufvertrages hat die Rückübertragung des Eigentums Zug um Zug gegen Erstattung geleisteter Anzahlung zu erfolgen. Der Verkäufer (...) erklärt hinsichtlich der Regelung im Kaufvertrag, wonach die Rückgabe nur Zug um Zug gegen Erstattung geleisteter Anzahlung erfolgen darf, dass der Käufer auf den Kaufpreis lediglich die erste Rate gezahlt hat; ein etwaiger Anspruch auf Rückerstattung besteht nicht gemäß § 5 Ziffer 5 des Kaufvertrages.“

3 Ziffer III. enthält die Auflassung und den Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch nebst entsprechender Bewilligung. Die Verkäuferin beauftragte den Notar, die Änderung des Grundbuchs vornehmen zu lassen. Die Käuferin trat dem Antrag entgegen. Mit Vorbescheid vom 20.09.2023 kündigte der Notar an, nach Erhalt der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung die Eigentumsumschreibung zu beantragen. Hiergegen legte



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

die Käuferin mit Schreiben vom selben Tag Notarbeschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO ein. Daneben beantragte sie vor dem LG, der Verkäuferin im Wege der einstweiligen Verfügung die Verwendung der in dem Kaufvertrag vereinbarten Rückkauflassungsvormerkung zu untersagen. Mit Urteil vom 13.10.2023 wies das LG den Antrag unter Hinweis auf einen wirksamen Rücktritt der Verkäuferin ab. Hiergegen legte die Käuferin Berufung ein, über die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Notarbeschwerde noch nicht entschieden worden war.

4 Die Notarbeschwerde hat das LG durch Beschluss vom 16.07.2024 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Käuferin mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, die am 13.08.2024 bei dem BGH eingegangen ist und deren Zurückweisung die Verkäuferin beantragt. Mit Schreiben vom 19.08.2024 hat der Notar mitgeteilt, dass die Eigentumsumschreibung auf die Verkäuferin am 15.08.2024 erfolgt sei. Nunmehr erstrebt die Käuferin vorrangig die Feststellung, durch den Vorbescheid des Notars vom 20.09.2023 und den Beschluss des LG in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Hilfsweise möchte sie die Erledigung der Hauptsache festgestellt wissen sowie erreichen, dass die Kosten des Verfahrens einschließlich des Beschwerdeverfahrens der Verkäuferin auferlegt werden.

5 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts ist die Beschwerde nicht begründet. Der Notar sei nach § 53 BeurkG verpflichtet, eine vollzugsreife Urkunde bei dem Grundbuchamt einzureichen. Handele es sich – wie hier – um ein Vertretergeschäft, habe er die Vollziehung wegen des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich sei, dass eine wirksame Vollmacht nicht vorliege. Ebenso verhalte es sich, wenn eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht entgegen den im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen evident missbraucht werde. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor. Die Vollmacht sei formwirksam, unwiderruflich und im Außenverhältnis unbeschränkt erteilt worden. Ebenso wenig werde die Vollmacht evident überschritten. Vielmehr bestehe zwischen den Vertragsparteien gerade Streit, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht vorlägen. Für den Notar habe sich der Rücktritt nicht als offensichtlich unwirksam dargestellt. Diese Wertung führe auch nicht zu einer faktischen Vorwegnahme der gerichtlichen Entscheidung über die zwischen den Beteiligten streitige Wirksamkeit des Rücktritts, da der Notar den beabsichtigten Vollzug der Urkunde im Rahmen eines Vorbescheids angekündigt habe.

6 III. 1. Die zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 70 Abs. 1, 2 FamFG) und frist- und formgerecht eingelegt worden (§ 71 FamFG). Dass die Hauptsache erledigt ist, weil die Verkäuferin zwischenzeitlich – nach Einlegung der Rechtsbeschwerde – als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden und damit das ursprüngliche Rechtsschutzziel der Käuferin, diese Eintragung zu verhindern, nicht mehr erreichbar ist, führt nicht zur Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde.

7 a) Allerdings liegen die Voraussetzungen für die von der Käuferin nunmehr vorrangig begehrte Feststellung gemäß § 62 Abs. 1 FamFG, durch das Vorgehen des Notars und des Beschwerdegerichts in ihren Rechten verletzt worden zu sein, nicht vor. Nach dieser Vorschrift spricht das Beschwerdegericht nach Erledigung der Hauptsache auf Antrag aus, dass die Entscheidung des Gerichts des ersten Rechtszugs den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt hat, wenn dieser ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Die Norm gilt nach allgemeiner Ansicht auch im Grundbuchverfahren und ebenfalls im Verfahren der Rechtsbeschwerde (vgl. nur Senat, Beschluss vom 10.01.2019, V ZB 56/18, NJW-RR 2019, 403 Rdnr. 5). In gleicher Weise findet § 62 FamFG in einem Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO Anwendung (vgl. *Preuß*, DNotZ 2010, 265, 283).

8 aa) Eine Wiederholungsgefahr (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) scheidet von vornherein aus. Eine solche wird auch von der Käuferin nicht geltend gemacht.

9 bb) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde fehlt es auch an einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG. Ihr Hinweis auf einen Eingriff in ihr Eigentumsrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG trägt nicht. Maßgebende Grundlage für die Bejahung eines Feststellungsinteresses nach § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist die höchstpersönliche Eingriffsrichtung, wie dies insbesondere bei unmittelbaren Eingriffen in die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 2 GG, vgl. etwa BGH, Beschluss vom 23.03.2021, XIII ZB 137/19, juris Rdnr. 8), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG, vgl. etwa OLG Köln, FGPrax 2024, 146 Rdnr. 7) sowie auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, vgl. etwa BGH, Beschluss vom 08.07.2015, XII ZB 600/14, FGPrax 2015, 221 Rdnr. 6) der Fall ist. Hieran fehlt es bei der von der Käuferin geltend gemachten Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG.

10 cc) Mit dem weiteren Hinweis der Rechtsbeschwerde, der Notar und das Beschwerdegericht hätten die Käuferin in ihren Verfahrensgrundrechten aus Art. 103 Abs. 1 GG auf Gewährung rechtlichen Gehörs und aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG auf effektiven Rechtsschutz verletzt, lässt sich ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ebenfalls nicht begründen. Gegenstand der nach § 62 Abs. 1 FamFG zu treffenden Feststellung ist nämlich nicht die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung, sondern die aus dieser Entscheidung folgende Verletzung des (Rechts-)Beschwerdeführers in seinen Rechten (vgl. Senat, Beschluss vom 29.06.2017, V ZB 84/17, FGPrax 2017, 231 Rdnr. 7). Insoweit fehlt es aber – wie bereits erörtert (Rdnr. 9) – an einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff im Sinne des § 62 Abs. 1 FamFG.

11 b) Das macht die Rechtsbeschwerde aber nicht unzulässig. Liegen die Voraussetzungen des § 62 FamFG nicht vor und erledigt sich – wie hier – die Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels, hat der Beschwerdeführer nämlich die Möglichkeit, die Rechtsbeschwerde mit dem Ziel fortzuführen, eine für ihn günstige Kostenentscheidung zu erreichen, d. h., die Rechtsbeschwerde kann auf den Kostenpunkt beschränkt werden (st. Rspr., vgl. nur Senat, Beschluss vom 18.02.2021, V ZB 28/20, juris Rdnr. 7 m. w. N.).

Dieses zulässige Rechtsschutzziel verfolgt die Käuferin hilfsweise mit der Rechtsbeschwerde für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 62 FamFG durch den Senat abgelehnt werden.

12 2. Mit diesem Antrag hat die Rechtsbeschwerde in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung über die Kosten ist gemäß § 83 Abs. 2 i. V. m. § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG nach billigem Ermessen zu treffen. Eine Kostenentscheidung zugunsten des Rechtsbeschwerdeführers hat danach zu ergehen, wenn sein Rechtsmittel ohne die Erledigung der Hauptsache begründet gewesen wäre (vgl. Senat, Beschluss vom 18.02.2021, V ZB 28/20, juris Rdnr. 8 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Rechtsbeschwerde der Käuferin hätte zurückgewiesen werden müssen, da das Beschwerdegericht die in dem Vorbescheid des Notars angekündigte Beantragung der Eigentumsumschreibung zu Recht als pflichtgemäß ansieht.

13 a) Der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts entspricht der Rechtsprechung des Senats und wird auch von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellt. Hiernach hat der Notar die Vollziehung eines – wie hier – unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine wirksame Vollmacht nicht vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist (vgl. nur Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 16 ff.).

14 b) Diese Voraussetzungen verneint das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei.

15 aa) Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht der Verkäuferin mit dem Inhalt, die Auflassung auch im Namen der Käuferin zu erklären, musste der Notar nicht haben. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt. Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen Regelung in § 5.3 des notariellen Kaufvertrags. Soweit in der Vertragsklausel weiter geregelt ist, dass sich die Vollmacht auf Erklärungen bezieht, die erforderlich und zweckmäßig sind, um das Kaufobjekt Zug um Zug gegen Begleichung etwaig bestehender Rückzahlungsansprüche zurückzuübertragen, lässt sich dies ohne Weiteres als Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis verstehen.

16 bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, war es für den Notar auch nicht evident, dass die Verkäuferin durch den Gebrauch der Vollmacht ihre im Innenverhältnis zu der Käuferin bestehenden Pflichten verletzte und die Vollmacht missbrauchte. Dass die Voraussetzungen für den von der Verkäuferin erklärten Rücktritt nicht vorlagen und dies für den Notar offensichtlich war, macht selbst die Rechtsbeschwerde nicht geltend. Sie verweist auf die Regelung in dem Kaufvertrag, wonach die Rückgabe nur Zug um Zug gegen Erstattung geleisteter Anzahlungen erfolgen dürfe. Der Notar habe sich insoweit nicht auf die Erklärung der Verkäuferin verlassen dürfen, dass die Käuferin lediglich die

erste Rate gezahlt habe und ein etwaiger Anspruch auf Rückerstattung nach § 5 Ziffer 5 des Kaufvertrags nicht bestehe. Diese Erklärung sei wahrheitswidrig, weil die Käuferin nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht nur die erste Kaufpreisrate von 1,9 Mio. € gezahlt habe, sondern insgesamt 3.574.127,30 €. Ob das zutrifft, konnte der Notar mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aber nicht aufklären. Eine Nachforschungspflicht traf ihn insoweit nicht.

17 cc) Die Rechtsbeschwerde kann auch nichts daraus für sich herleiten, dass die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO auf neue Tatsachen gestützt werden kann und das Beschwerdegericht auch nach der Entscheidung des Notars bekannt gewordene Umstände zu berücksichtigen hat (vgl. Senat, Beschluss vom 09.12.2021, V ZB 25/21, NJW-RR 2022, 428 Rdnr. 9). Dass die Käuferin nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts entgegen den von der Verkäuferin gegenüber dem Notar gemachten Angaben nicht nur die erste Kaufpreisrate, sondern weitere Beträge gezahlt hat, besagt als solches nichts dazu, ob ihr entsprechende Rückzahlungsansprüche zustanden bzw. zustehen und sie insoweit ein Zurückbehaltungsrecht hatte. Soweit die Käuferin in der Rechtsbeschwerde insoweit auf weitere Regelungen des Kaufvertrags verweist und hieraus einen evidenten Missbrauch der Vollmacht herleiten möchte, handelt es sich um neuen Vortrag, der nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO, § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht berücksichtigt werden kann. Dass das Beschwerdegericht entsprechenden Vortrag der Käuferin hierzu in der Beschwerdeinstanz übergangen hat, wird nicht aufgezeigt.

18 c) Schließlich hätte der Beschwerde der Käuferin auch nicht deshalb stattgegeben werden müssen, weil das von der Käuferin angestrebte einstweilige Verfügungsverfahren im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts noch nicht rechtskräftig abgeschlossen war. Eine Pflicht des Notars, den Eintragungsantrag bis zum Abschluss dieses Verfahrens zurückzustellen, bestand entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht.

19 aa) Im Ausgangspunkt ist es allerdings richtig, dass der Notar wegen seiner Unparteilichkeit verpflichtet ist, durch die Ausgestaltung des Verfahrens dafür zu sorgen, dass seine Vorgehensweise nicht zu einer faktischen Vorwegnahme der gerichtlichen Entscheidung über die zwischen den Beteiligten streitige Wirksamkeit einer Erklärung führt. Deshalb muss der Notar den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeteiligten – wie hier – dem Vollzug widerspricht, sodass der Betroffene zur Wahrung seiner Rechte um Rechtsschutz nachsuchen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 45). Zu Recht verweist die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang darauf, dass der Erlass eines Vorbescheids nicht nur formale Bedeutung hat, sondern den effektiven Rechtsschutz der Urkundsbeteiligten sichern soll. Damit wäre es unvereinbar, wenn der Notar in einem Vorbescheid die Stellung eines Eintragungsantrages ankündigte und im unmittelbaren zeitlichen Anschluss den Antrag bei dem Grundbuchamt einreichte.

20 bb) Noch nicht entschieden hat der Senat, wie lange der Notar nach Erlass des Vorbescheids mit der Vollziehung warten muss und welche Bedeutung hierbei der Einlegung von Rechtsmitteln durch den widersprechenden Urkundsbeteiligten zukommt. Dessen Interesse an einem effektiven Rechtsschutz steht im Widerstreit zu dem Interesse des anderen Urkundsbeteiligten an der Vollziehung der Urkunde, zu der der Notar nach § 53 BeurkG grundsätzlich verpflichtet ist. Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Notar mit der Vollziehung zuwarten müsste, bis der Instanzenzug ausgeschöpft ist. Ein angemessener Ausgleich zwischen den gegensätzlichen Interessen der Urkundsbeteiligten lässt sich wie folgt erreichen:

21 (1) Wie ausgeführt (Rdnr. 19) muss der Notar den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde im Sinne des § 53 BeurkG regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeteiligten dem Vollzug widerspricht. Nach Zustellung des Vorbescheids hat der Notar zunächst eine als ausreichend anzusehende Frist von zwei Wochen abzuwarten, ob der dem Vollzug widersprechende Urkundsbeteiligte um vorläufigen Rechtsschutz gegen die Vollziehung nachsucht. Danach wird die Urkunde – Vollzugsreife vorausgesetzt – zu vollziehen sein. Auf die Vollziehung ist in dem Vorbescheid zweckmäßigerweise hinzuweisen, auch wenn ein fehlender Hinweis den Vorbescheid nicht rechtswidrig macht. Weist der widersprechende Urkundsbeteiligte dem Notar innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Vorbescheids nach, vorläufigen Rechtsschutz beantragt zu haben, muss der Notar abwarten, bis die gerichtliche Entscheidung vorliegt.

22 (2) Als Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes kommt in erster Linie ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei dem Prozessgericht mit dem Ziel in Betracht, dem anderen Urkundsbeteiligten aufzugeben, den Notar anzuweisen, die Urkunde (vorläufig) nicht zu vollziehen. Mit Erlass der einstweiligen Verfügung gilt die Erklärung als abgegeben (vgl. Stein/Jonas/Bruns, ZPO, 23. Aufl., Vor § 935 Rdnr. 46; KK-Vollstreckung/Kessen, ZPO, 8. Aufl., § 928 Rdnr. 15). Wird dem Notar von dem der Vollziehung widersprechenden Urkundsbeteiligten eine entsprechende einstweilige Verfügung vorgelegt, liegt ein gemeinsames Verlangen im Sinne des § 53 BeurkG vor, das der Notar beachten muss.

23 (3) Auch kann im Rahmen einer Notarbeschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO beantragt werden, im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 64 Abs. 3 FamFG die Vollziehung auszusetzen. Da die Beschwerde nach § 64 Abs. 1 Satz 1 FamFG bei dem Notar einzulegen ist, hat er in diesem Fall – nach Ablehnung der Abhilfe – die Sache unverzüglich dem Beschwerdegericht zur Entscheidung über die Beschwerde nebst Aussetzungsantrag vorzulegen (§ 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Dabei ist der Prüfungsmaßstab allerdings im Vergleich zu dem einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Prozessgericht eingeschränkt (vgl. Senat, Beschluss vom 05.02.2020, V ZB 6/20, juris Rdnr. 4 ff.). Denn materiellrechtliche Einwendungen gegen die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärungen können – von den Fällen der Evidenz abgesehen – mit

Aussicht auf Erfolg nicht mit der Notarbeschwerde, sondern nur bei dem Prozessgericht geltend gemacht werden (vgl. Senat, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rdnr. 16 f.; Beschluss vom 05.02.2020, V ZB 6/20, juris Rdnr. 6 f.).

24 Die Einlegung einer Notarbeschwerde ohne Antrag, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, steht der Vollziehung der Urkunde jedenfalls nicht entgegen. Der Notar muss die Entscheidung des Gerichts nicht abwarten, da der Notarbeschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 37 m. w. N.; vgl. allgemein auch Sternal/Sternal, FamFG, 21. Aufl., § 64 Rdnr. 57). Unerheblich ist, dass das Beschwerdegericht eine einstweilige Anordnung nach § 64 Abs. 3 FamFG auch von Amts wegen erlassen kann (vgl. Sternal/Sternal, FamFG, § 64 Rdnr. 76). Dazu verpflichtet ist das Gericht nämlich nicht.

25 (4) Lehnen die Gerichte den von dem widersprechenden Urkundsbeteiligten beantragten vorläufigen Rechtsschutz ab, ist der Notar berechtigt, die Urkunde zu vollziehen. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn er nicht abwartet, bis über mögliche Rechtsmittel gegen die Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden worden ist. Hierdurch wird gewährleistet, dass der Vollzug der Urkunde nicht über Gebühr verzögert wird (vgl. Heinemann, ZfIR 2020, 202, 204).

26 cc) Daran gemessen hat der Notar der dem Vollzug widersprechenden Käuferin hinreichend Gelegenheit gegeben, um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen. Der Vorbescheid datiert vom 20.09.2023 und die Grundbucheintragung, die die Käuferin verhindern wollte, war im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts am 16.07.2024 noch nicht erfolgt. Nachdem der Antrag der Käuferin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Urteil des LG vom 13.10.2023 abgelehnt worden war, stand der Vollziehung der Urkunde vom 18.09.2023 kein Hindernis mehr entgegen. Dass über die von der Käuferin gegen dieses Urteil eingelegte Berufung im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts noch nicht entschieden worden war, ist unerheblich. Dies begründete – wie ausgeführt (Rdnr. 25) – keine Pflicht des Notars zu einem weiteren Zuwarten.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Benjamin Lorenz**, München

1. Ausgangslage

Die Entscheidung befasst sich mit den bislang ungeklärten Auswirkungen eines notariellen Vorbescheids und der hiergegen eingelegten Beschwerde auf die Vollzugspflicht nach § 53 BeurkG. Anders als in der Entscheidung mehrfach angedeutet, existiert im Anwendungsbereich des § 53 BeurkG keine „Grauzone“ zwischen Vollzugspflicht und Vollzugsverbot, die durch ein Ermessen des Notars gefüllt werden könnte. Entweder liegt ein Vollzugsverbot vor – dann darf der Notar nicht vollziehen – oder es liegt keines vor – dann muss der Notar vollziehen. Problematisch wird dieses Spannungsverhältnis, wenn ein einzelner Beteiligter den Notar anweist, den Vollzug auf-

grund materiell-rechtlicher Einwendungen auszusetzen. Da die Vollzugspflicht des § 53 BeurkG nur durch alle Beteiligten gemeinsam modifiziert werden kann, ist eine solche Weisung für sich genommen irrelevant. Ergeben sich jedoch aus dem Vortrag des Beteiligten konkrete Anhaltspunkte für ein gesetzliches Vollzugsverbot, muss der Notar diesen nachgehen. Kommt er zu dem Ergebnis, dass § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO einem Vollzug entgegenstehen, wird er den weiteren Vollzug ablehnen, wogegen die Beschwerde statthaft ist (§ 15 Abs. 2 BNotO).¹ Andernfalls muss er vollziehen. § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO stehen dem Vollzug nur entgegen, wenn der Notar von der Rechtswidrigkeit oder Unredlichkeit positiv weiß. Bei materiell-rechtlichen Einwendungen darf der Notar daher nur eine Evidenzkontrolle vornehmen, weshalb die Vollzugspflicht der praktische Regelfall ist. Aufgrund dieses Prüfungsmaßstabs sind einseitige Vollzugsweisungen für den Notar im Ausgangspunkt nicht besonders haftungsträchtig: Selbst, wenn sich im Nachhinein herausstellen sollte, dass eine materiell-rechtliche Einwendung vorlag, ändert dies nichts daran, dass der Notar mangels Evidenz nach § 53 BeurkG vollziehen musste. Das ist systemgerecht, da es nicht Aufgabe des Notars, sondern die der ordentlichen Gerichte ist, Eilrechtsschutz aufgrund materiell-rechtlicher Einwendungen zu gewähren. Ein Haftungsrisiko kann jedoch rein tatsächlich aus der Gefahr von Rückschaufehlern im Haftungsprozess sowie rechtlich aus der vom BGH im Jahr 2019 rechtsfortbildend entwickelten und systemwidrigen „Pflicht zum Vorbescheid“ resultieren.² Danach muss der Notar den beabsichtigten Vollzug dem widersprechenden Beteiligten zunächst ankündigen, um ihm effektiven Rechtsschutz hiergegen zu ermöglichen. Dadurch gerät der Notar zwischen die Stühle: Einerseits soll er abwarten, ob der Beteiligte um Rechtsschutz gegen den Vorbescheid nachsucht, andererseits droht ihm eine Inanspruchnahme durch andere Beteiligte wegen etwaiger Verzögerungsschäden, wenn sich am Ende herausstellt, dass kein Vollzugsverbot bestand. Dieses „Tauziehen“ löst der BGH nun zum Teil auf, indem er deutlich macht, dass der Beteiligte um gerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchen muss. Leider führt er diesen zutreffenden Ansatz aber nicht konsequent zu Ende. Möglicherweise beruht dies auch darauf, dass die Entscheidung von der unzutreffenden Prämisse auszugehen scheint, dass dem Notar bei § 53 BeurkG ein Ermessensspielraum zustünde.

2. Suspendierung der Vollzugspflicht durch Bekanntgabe des Vorbescheids

Nach dem BGH steht die Beschwerde gegen einen Vorbescheid dem Vollzug „jedenfalls nicht entgegen“ (Rdnr. 24), was richtigerweise bedeutet, dass die Vollzugspflicht durch die Beschwerde nicht suspendiert wird. Der Notar hat, so der BGH, nach Bekanntgabe des Vorbescheids jedoch eine 14-tägige Frist abzuwarten

(Rdnr. 21). Die Bekanntgabe des Vorbescheids selbst (nicht die Beschwerde) führt also zu einem einstweiligen Vollzugsverbot und somit zu einer ersten Suspendierung der Vollzugspflicht zunächst bis zum Ablauf der 14-Tages-Frist. Es handelt sich um eine beurkundungsrechtliche und nicht um eine verfahrensrechtliche Frist i. S. v. § 16 Abs. 2 FamFG, § 222 ZPO. Für die Fristberechnung wird man § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 1 BGB dennoch heranziehen können.

Es ist im Ausgangspunkt nachvollziehbar, dass der BGH dem Beteiligten durch Suspendierung der Vollzugspflicht Gelegenheit geben will, Eilrechtsschutz zu beantragen. Die Frist von 14 Tagen erscheint zwar eher großzügig, ist als Rechtsfortbildung aber zu akzeptieren. Dass der BGH 14 Tage als „ausreichend“ bezeichnet, wirft allerdings die Frage auf, ob es sich nur um eine Minimalfrist handelt und der Notar auch eine längere Frist bestimmen kann. Ein Ermessen des Notars könnte aus einer Analogie zu § 60 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 BeurkG folgen. Richtigerweise scheidet eine solche aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage jedoch aus. § 60 Abs. 3 Satz 1 BeurkG verbietet dem Notar Verfügungen über das Verwahrtgut, wobei dieses Handlungsverbot von vornherein nur ein vorübergehendes sein soll, weil feststeht, dass die Verwahrung irgendwann abgewickelt werden muss. § 60 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 BeurkG ermöglicht es dem Notar somit, auf eine vom Gesetz gewollte zeitnahe Abwicklung hinzuwirken. Vorliegend geht es umgekehrt um die Frage der Suspendierung eines gesetzlichen Handlungsgebots (der Vollzugspflicht). Ein Ermessen hinsichtlich der Fristsetzung würde es dem Notar ermöglichen, den vom Gesetz gewollten zeitnahen Vollzug zu verzögern. Ein solches Ermessen räumt das Gesetz dem Notar im Rahmen des § 53 BeurkG allgemein jedoch gerade nicht ein (oben 1.). Die 14-Tages-Frist ist daher als zwingende Frist anzusehen, nach deren fruchtlosem Ablauf unverzüglich weiter zu vollziehen ist. Die Frist beginnt mit der Bekanntgabe des Vorbescheids, der daher in Anlehnung an die allgemein für § 53 BeurkG geltenden Grundsätze unverzüglich zu erlassen sein wird. Dem Notar muss ein angemessener Zeitraum zur Prüfung des Vorbringens zur Verfügung stehen, der auch von der Komplexität des Sachverhalts abhängt.

3. Weitere Suspendierung durch Nachweis einstweiliger Rechtsschutzmaßnahmen

Eine weitere Suspendierung kann nur (!) dadurch erreicht werden, dass der Beteiligte dem Notar innerhalb der 14-Tages-Frist nachweist, dass er einstweiligen Rechtsschutz beantragt hat. Das ist konsequent, weil dem Beteiligten die erste Suspendierung durch den Vorbescheid nur hilft, wenn das Ergebnis des Eilverfahrens nicht durch zwischenzeitlichen Vollzug vorweggenommen wird. Wichtig ist, dass der BGH ausdrücklich auf den Nachweis gegenüber dem Notar abstellt. Der Beteiligte ist also in der Bringschuld. Wird dem Notar der Nachweis nicht innerhalb der Frist erbracht, muss er selbst dann vollziehen, wenn einstweiliger Rechtsschutz innerhalb der Frist beantragt wurde. Eine Wiedereinsetzung in den

¹ Zum Ganzen etwa *Limmer* in Frenz/Miermeister, BNotO, 6. Aufl. 2024, § 53 Rdnr. 11 ff. m. w. N.

² Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, MittBayNot 2020, 609 Rdnr. 45 m. Anm. *Esbjörnsson*.

vorigen Stand kommt bei verspätetem Nachweis nicht in Betracht, weil es sich nicht um eine verfahrensrechtliche Befristung des Rechtsbehelfs, sondern um eine beurkundungsrechtliche Suspendierung der Vollzugspflicht handelt. Dem Beteiligten ist es auch nach Fristablauf möglich, vorläufigen Rechtsschutz zu beantragen, nur kann dies nicht mehr zu einem Vollzugsverbot führen. So dürfte auch die Empfehlung des BGH zu verstehen sein, auf die nach Fristablauf anstehende Vollziehung „zweckmäßigerweise hinzuweisen“, wobei ein fehlender Hinweis den Vorbescheid aber nicht rechtswidrig machen soll (Rdnr. 21). Wäre eine Wiedereinsetzung möglich, wäre ein solcher Hinweis nicht nur zweckmäßig, sondern zwingend und hätte sein Fehlen zudem zur Folge, dass im Rahmen eines Wiedereinsetzungsantrags das fehlende Verschulden vermutet würde (§ 17 Abs. 2 FamFG).

Bei sukzessiven Anträgen im einstweiligen Rechtsschutz gelten dieselben Grundsätze, d. h. die Vollzugspflicht wird nur durch solche Anträge suspendiert, deren Einlegung dem Notar innerhalb der 14-Tages-Frist nachgewiesen wurde. Der Nachweis erfolgt im Freibeweisverfahren. Sofern nicht ohnehin im Rahmen der Beschwerdeeinreichung beim Notar Eilrechtsschutz nach § 15 Abs. 2 BNotO, § 64 Abs. 3 FamFG beantragt wird, empfiehlt sich bei anwaltlicher Vertretung eine Vorlage der elektronischen Empfangsbestätigung des Gerichts. Bei physischer Einreichung vor Ort kann eine Quittierung erfolgen und bei postalischer Einreichung sollte zumindest der Schriftsatz vorgelegt und dessen Einreichung versichert werden. In Ermangelung anderer Nachweismöglichkeiten wird der Notar auf die Richtigkeit der Angaben grundsätzlich vertrauen dürfen und müssen.

4. Ende der Suspendierung

Die weitere Suspendierung endet, sobald über den letzten fristgemäß nachgewiesenen Antrag erstmals gerichtlich entschieden wurde oder das Eilverfahren auf andere Weise endet. Rechtsmittel gegen die Entscheidung führen nach dem BGH zu keiner weiteren Suspendierung. Allerdings folgt hieraus, dass es nicht nur „nicht ermessensfehlerhaft“ (Rdnr. 25) ist, wenn der Notar die Rechtskraft nicht abwartet, sondern dass der Notar die Rechtskraft nicht abwarten *darf* (oben 1.). Die zeitliche Begrenzung der Suspendierungsmöglichkeiten erscheint zwingend, weil die durch den BGH eröffnete Möglichkeit, den Vollzug durch einseitige Weisungen zu verzögern, § 53 BeurkG widerspricht, eigentlich systemwidrig ist und daher eng ausgelegt werden muss. Aus diesem Grund kann der Beteiligte auch keine neuen Vorbescheide mit neuer 14-Tages-Frist bewirken, indem er gegenüber dem Notar sukzessive weitere vermeintlich dem Vollzug entgegenstehende Tatsachen vorträgt und wiederholt einseitige Vollzugsanweisungen erteilt. Der Vollständigkeit halber sei abschließend darauf hingewiesen, dass die skizzierten Grundsätze zur Suspendierung der Vollzugspflicht auch in Fällen gelten, in denen keine einseitige Weisung eines Beteiligten vorliegt, sondern der Notar aus anderen Gründen an der Vollzugspflicht zweifelt und im

eigenen Interesse mittels Vorbescheid den Vollzug ankündigt.

5. Pflicht zum Vorbescheid?

An der Pflicht zum Erlass eines Vorbescheids hält der BGH ausdrücklich fest (Rdnr. 19). Das überzeugt nicht. Die Gründe hierfür liefert der BGH selbst: Der Vorbescheid als Beschwerdegegenstand ist nur für die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO und die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 64 Abs. 3 FamFG relevant, die aber äußerst ineffektiv ist, weil materiell-rechtliche Einwendungen dort nur bei Evidenz beachtlich sind (Rdnr. 23). Effektiven Rechtsschutz vermittelt nur ein gegen den weiteren Beteiligten gerichteter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beim Prozessgericht zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Vollzugsanweisung (Rdnr. 22). Dieser Antrag setzt keinen notariellen Vorbescheid als Beschwerdegegenstand voraus. In den meisten Fällen wird die Beschwerde zudem künftig zur „Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde“ nach § 62 FamFG verkommen, weil Erledigung eintritt, wenn der Notar nach Ablauf der 14-Tages-Frist oder entsprechender Entscheidung im Eilverfahren vollzieht oder wenn eine einstweilige Verfügung auf Abgabe einer übereinstimmenden Weisung ergeht. Wie der BGH zutreffend feststellt, fehlt es hierfür am erforderlichen Feststellungsinteresse (Rdnr. 7 ff.). Insbesondere hätte ein Feststellungsbeschluss keine präjudizielle Bedeutung für einen etwaigen Haftungsprozess gegen den Notar,³ zumal nunmehr selbst bei erfolgreicher Beschwerde regelmäßig auch das Mitverschulden des Beteiligten einer Haftung entgegenstehen wird, wenn er es versäumt hat, innerhalb der 14 Tage einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen. Für den Rechtsschutz ist der Vorbescheid also irrelevant. Seine Bedeutung beschränkt sich auf Grundlage der neuen Rechtsprechung darauf, den Beginn der 14-Tages-Frist festzulegen. Hierfür hätte genauso gut auf den Zugang der Weisung beim Notar oder auch den Zugang des Hinweises des Notars auf die weitere Vollzugspflicht bei den Beteiligten abgestellt werden können. Paradoxerweise macht die Entscheidung den Vorbescheid also praktisch obsolet, betont im gleichen Atemzug aber die Pflicht zum Erlass eines Vorbescheids.

In der Praxis wird man damit umgehen können, weil der Notar, den eine einseitige Vollzugsanweisung erreicht, dem Beteiligten ohnehin den weiteren Vollzug ankündigen wird. Wird ein solcher Hinweis nicht als Vorbescheid bezeichnet, ist er als solcher auszulegen, zumindest wenn er schriftlich bekanntgegeben wurde. In Fällen, in denen eine schriftliche Bekanntgabe nicht erfolgt ist, dürfte eine Verletzung der Vorbescheidspflicht ohne haftungsrechtliche Konsequenzen bleiben. Die Obliegenheit, einstweiligen Rechtsschutz vor dem Prozessgericht nachzusuchen, trifft den Beteiligten unabhängig davon, ob ein Vorbescheid erlassen wurde oder nicht. Eine notarielle Amtspflicht, einen Beteiligten auf den richtigen

3 Frenz in Frenz/Miermeister, BNotO, § 15 Rdnr. 54.

Rechtsbehelf hinzuweisen, besteht nicht und nimmt auch der BGH nicht an.

6. Formulierungsvorschlag

Inhaltliche Anforderungen an den Vorbescheid stellt der BGH nicht auf. Einen Hinweis auf die anstehende Vollziehung nach Ablauf der 14-Tages-Frist hält er nur für „zweckmäßig“ und demnach nicht zwingend. Erst recht wird aus der Entscheidung daher keine Pflicht zu folgern sein, auf die möglichen Eilrechtsschutzmaßnahmen hinzuweisen. Zur Vermeidung von Rückfragen sind solche Hinweise gleichwohl hilfreich, weshalb der nachfolgend unterbreitete Formulierungsvorschlag über die Anforderungen des BGH bewusst hinausgeht:

Hiermit kündige ich an, den Kaufvertrag vom (...), UVZ-Nr. (...), dem Grundbuchamt zum weiteren Vollzug vorzulegen, sofern mir nicht innerhalb von 14 Tagen nach schriftlicher Bekanntgabe dieser Entscheidung nachgewiesen wird, dass einstweiliger Rechtsschutz beantragt wurde. Der Antrag muss gerichtet sein auf

- a) Herbeiführung einer übereinstimmenden Weisung aller Beteiligten, zu beantragen bei dem zuständigen Prozessgericht, oder
- b) Aussetzung der Vollziehung dieses Beschlusses, zu beantragen im Rahmen des gegen diesen Beschluss statthaften Beschwerdeverfahrens.

Gründe:

(...)

Rechtsbehelfsbelehrung:⁴

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde statthaft. Über die Beschwerde entscheidet das Landgericht (...). Sie ist in deutscher Sprache bei mir, Notar (...) in (...) schriftlich, zur Niederschrift oder elektronisch in einer für den Schriftformersatz zugelassenen Form einzulegen. Der in § 14b FamFG genannte Personenkreis muss den Antrag grundsätzlich als elektronisches Dokument übermitteln. Wegen der Voraussetzungen für die elektronische Kommunikation wird auf die Internetseite www.justiz.de verwiesen.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Wird nicht innerhalb von 14 Tagen nach Bekanntgabe dieses Beschlusses die Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes nachgewiesen, erfolgt die oben angekündigte Amtshandlung auch bei eingelegter Beschwerde.

4 Angelehnt an *Regler* in BeckOGK-BeurkG, Stand: 01.07.2025, § 54 Rdnr. 37, jedoch ergänzt um die elektronische Form. Wenig überzeugend hat der BGH mit Beschluss vom 27.02.2025, III ZB 33/24, BeckRS 2025, 3871 Rdnr. 11 seine Rechtsprechung zur Nichtanwendung der Beschwerdefrist auf die Untätigkeitsbeschwerde (Beschluss vom 01.10.2015, V ZB 67/14, DNotZ 2016, 220) auf die Beschwerde gegen den Vorbescheid erstreckt. Ein Hinweis auf eine Beschwerdefrist ist daher nicht vorgesehen, wäre aber auch irrelevant, weil sich eine Beschwerde mit dem Ende der Suspendierung oder der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz ohnehin erledigt, vgl. oben 5.

21. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung durch den beurkundenden Notar bei „Firmenbestattungen“

LG Lübeck, Beschluss vom 27.03.2023, 6 Qs 33/22 720 Js 4897/20

StPO §§ 203, 207 Abs. 1, §§ 465, 473

LEITSÄTZE:

1. Handlungen von Notaren sind in der Regel objektiv „neutral“, können jedoch Straftaten im Sinne des § 27 StGB fördern. Daher sind auch sie anhand der für die Fallgruppe „neutraler“ bzw. „berufstypischer“ Handlungen zu beurteilen. Maßgeblich ist, ob der Notar weiß, dass das Handeln des Beteiligten ausschließlich auf die Begehung einer Straftat abzielt oder wenn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war, dass er sich „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ ließ. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Kenntnis des Notars von einer „Firmenbestattung“ kann durch Feststellung von Indizien belegt werden. Indizien sind insbesondere eine Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile an einen Dritten; eine Firmenänderung; wiederholte Geschäftsführerwechsel; Sitzverlegungen an entfernt gelegene Orte oder ins Ausland; wiederholte Vereinbarung von Beurkundungsterminen durch Dritte, wobei erkennbar unerfahrene oder ungeeignete Personen zum Geschäftsführer bestellt werden; Einstellung derwerbenden Tätigkeit; Unerreichbarkeit oder mangelnde Kooperation des neuen Geschäftsführers; Geschäftsführerstellung des neuen Geschäftsführers bei einer Vielzahl weiterer Gesellschaften; Fehlen von Geschäftsunterlagen und Aktiva. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung kann Beihilfehandlung zu einer noch bevorstehenden Insolvenzverschleppung sein. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Im Rahmen einer „Firmenbestattung“ ist die Begehung von Straftaten gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 InsO vorhersehbar. Der Notar muss bei der Beurkundung noch keine bestimmte Vorstellung von den Einzelheiten der zu begehenden Insolvenzverschleppung haben. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Unter dem 21.02.2022 (Az. 720 Js 4897/20) erhob die Staatsanwaltschaft L Anklage gegen den Rechtsanwalt und Notar (...). Darin legte sie dem Angeklagten zur Last, vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat – einer Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 InsO – Hilfe geleistet zu haben.

2 Nach den Ausführungen in der Anklage habe der Angeklagte in seiner Funktion als Notar am 20.09.2017 den Geschäftsanteilskaufvertrag mit der Urkundennummer (...) über den Verkauf und die Abtretung von Gesellschaftsan-

teilen, die Geschäftsführerabberufung und -neubestellung sowie die Sitzverlegung der (...) beurkundet. Dabei habe er gewusst, dass die bei diesen Beurkundungen beteiligten Personen (u. a. [...] und [...]) mit der Übernahme der Gesellschaftsanteile und der Geschäftsführung der (...) den Zweck verfolgten, diese einer ordnungsgemäßen insolvenzrechtlichen Abwicklung zu entziehen. Trotz Zahlungsunfähigkeit der (...) am 31.10.2017 hätten (...) und (...) innerhalb von drei Wochen keinen Insolvenzantrag gestellt, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen seien.

3 Das AG Lübeck hatte am 19.03.2021 einen Strafbefehl gegen (...) (766 Gs 720 Js 26089/19) erlassen u. a. wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in Bezug auf die (...). Darin ging das AG Lübeck davon aus, dass die (...) spätestens am 31.10.2017 zahlungsunfähig gewesen sei.

4 Mit – der Staatsanwaltschaft L am 25.11.2022 zugegangenem – Beschluss vom 22.11.2022 (Az. 75 Ds 720 Js 4897/20) lehnte das AG Lübeck die Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen Gründen ab, da keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts in Bezug auf die Begehung einer Straftat gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 InsO, § 27 StGB vorlägen. Die ermittelten Umstände begründeten keine Beihilfehandlung des Angeklagten. So liege weder eine berufsuntypische Handlung des Angeklagten vor noch sei er in die Planungen von (...) und (...) einbezogen gewesen. Bei den Beurkundungen am 20.09.2017 habe der Angeklagte nicht erkannt, dass das Handeln von (...) und (...) auf die Begehung einer Insolvenzverschleppung gerichtet gewesen sei.

5 Am 30.11.2022 legte die Staatsanwaltschaft L gegen diesen Beschluss des AG Lübeck sofortige Beschwerde ein. Zur Begründung führte sie aus, dass der Angeklagte aufgrund diverser Umstände den von (...) und (...) verfolgten Zweck der Beurkundungen erkannt habe. So habe er in der Zeit vor dem 20.09.2017 mit jeweils den gleichen beteiligten Personen (u. a. [...] und [...]) diverse Geschäftsanteilsübertragungen, Geschäftsführerwechsel und Sitzverlegungen – regelmäßig – an die gleichen zwei Anschriften in Ahrensburg in Bezug auf mehrere Unternehmen beurkundet. Dabei seien die beteiligten Personen – insbesondere die jeweiligen neuen Geschäftsführer – nach der jeweiligen Beurkundung postalisch nicht mehr erreichbar gewesen. Ansprechpartner im Rahmen der bis zum 20.09.2017 vorgenommenen Beurkundungen sei (...) gewesen, auch wenn dieser in keinem Zusammenhang zu der jeweiligen Gesellschaft gestanden habe. Schließlich habe die Verkäuferin der Geschäftsanteile der (...) im (...) GmbH, in deren Auftrag der Angeklagte im Jahr 2016 Beurkundungen vorgenommen habe, den Angeklagten am 30.12.2016 darüber informiert, dass die auf der Käuferseite beteiligten Personen, u. a. (...) und (...), noch vor dem Abschluss des Beurkundungsverfahrens im Namen der (...) GmbH Warenbestellungen in Höhe von ca. 83.000 € getätigt, jedoch nicht bezahlt hätten.

6 II. Die zulässige sofortige Beschwerde ist begründet.

7 Die Anklage der Staatsanwaltschaft L vom 21.02.2022 ist gemäß § 203 StPO zur Hauptverhandlung zuzulassen und

das Hauptverfahren vor dem AG Lübeck – Strafrichter – zu eröffnen (§ 207 Abs. 1 StPO).

8 1. Nach den §§ 203, 207 Abs. 1 StPO beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens und lässt die Anklage zur Hauptverhandlung vor einem im Beschluss näher zu bezeichnenden Gericht zu, wenn nach dem Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens der Angeklagte der Straftat hinreichend verdächtig erscheint. Hinreichender Tatverdacht besteht, wenn bei vorläufiger Tatbewertung auf Grundlage des Ermittlungsergebnisses die Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweismitteln wahrscheinlich ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2010, StB 27/09; OLG Stuttgart, Beschluss vom 06.08.2019, 4 Ws 151/19). Hierbei wird ein geringerer Grad der Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt, als dies beim dringenden Tatverdacht der Fall ist. Die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung in der Hauptverhandlung muss aber in der Regel höher sein als diejenige eines Freispruchs.

9 2. Nach diesen Grundsätzen ist der Angeklagte der Beihilfe zu einer von (...) und (...) begangenen Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 InsO, § 27 StGB hinreichend verdächtig.

10 a. Es besteht der hinreichende Verdacht, dass (...) und Milton (...) eingetragener bzw. faktischer Geschäftsführer der (...) waren. Dies ergibt sich aus dem die CNL I GmbH betreffenden Handelsregisterauszug bzw. aus der gemeinsam mit (...) bis zum 18.05.2018 bestehenden Verfügungsbefugnis des (...) über das einzige Geschäftskonto der (...). Auch ein faktischer Geschäftsführer ist nach § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 InsO strafrechtlich verantwortlich (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 18.12.2014, 4 StR 323/14, 4 StR 324/14).

11 Weiterhin besteht der hinreichende Verdacht, dass die (...) zahlungsunfähig war. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zahlungsunfähigkeit bereits am 31.10.2017 (als das Geschäftskonto ein Guthaben von nur 67,35 € aufwies), am 06.01.2018 mit Ankündigung der Löschung der (...) wegen Vermögenslosigkeit durch das AG Stuttgart oder spätestens am 18.05.2018 mit Löschung des einzigen Geschäftskontos der (...) (Zahlungseinstellung gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, so auch OLG Hamburg, Urteil vom 27.05.2016, 1 U 281/15) eintrat. Spätestens mit den im Namen der (...) ab Dezember 2017 geschlossenen und nicht erfüllten Kaufverträgen über Elektronikartikel bestanden auch fällige Verbindlichkeiten der CNL I GmbH (...).

12 In Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der (...) und ihrer jeweiligen Insolvenzantragspflicht stellten (...) und (...) innerhalb von drei Wochen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit keinen Insolvenzantrag.

13 b. Weiterhin besteht der hinreichende Verdacht einer vom Angeklagten begangenen strafbaren Beihilfehandlung.

14 aa. Beihilfehandlung ist das Fördern einer vorsätzlich und rechtswidrig begangenen Straftat. Die Beihilfe muss nicht zur unmittelbaren Tatausführung geleistet werden. Ausreichend ist das Hilfeleisten zu einer vorbereitenden Handlung. Der Haupttäter muss in diesem Zeitpunkt noch nicht

zur Tat entschlossen sein (BGH, Beschluss vom 08.11.2011, 3 StR 310/11).

15 Im Fall einer „neutralen“ bzw. „berufstypischen“ Handlung, also einer Handlung, die äußerlich betrachtet keinen oder zumindest nicht ausschließlich einen deliktischen Bezug hat, liegt im konkreten Einzelfall nur dann eine Beihilfehandlung vor, wenn der Handelnde weiß, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer Straftat abzielt oder wenn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war, dass er sich „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ ließ (BGH, Urteil vom 19.12.2017, 1 StR 56/17). Es handelt sich um ein Problem des subjektiven Tatbestands: Die Einordnung der die Haupttat fördernden Handlung als sog. „berufstypische Handlung“ steht ihrer Qualifizierung als objektive Beihilfehandlung nicht entgegen. Ob diese Handlung strafbar ist, hängt jedoch von der im jeweiligen Einzelfall zu prüfenden Kenntnis des handelnden Berufsträgers ab.

16 Diese Grundsätze gelten auch für Notare (so auch BGH, Urteil vom 14.07.2000, 3 StR 454/99). Denn Handlungen von Notaren sind in der Regel objektiv „neutral“, können jedoch Straftaten im Sinne des § 27 StGB fördern. Daher sind auch sie anhand der für diese Fallgruppe geltenden Grundsätze zu bewerten.

17 Die im jeweiligen Einzelfall bestehende Kenntnis des Notars kann durch Feststellung von Indizien belegt werden. Hierbei kommen insbesondere in Betracht (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 08.04.2019, NotSt (Brfg) 5/18; Beschluss vom 23.11.2015, NotSt (Brfg) 4/15):

- Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile an einen Dritten,
- Änderung der Firmierung,
- wiederholter Wechsel in der Person des Geschäftsführers,
- (mehrere) Sitzverlegung(en) der Gesellschaft an einen entfernt gelegenen Ort oder ins Ausland,
- wiederholte Vereinbarung von Beurkundungsterminen durch eine nicht unmittelbar an der jeweiligen Beurkundung beteiligte Person, bei der erkennbar unerfahrene oder ungeeignete Personen zum Geschäftsführer bestellt werden,
- Einstellung der werbenden Tätigkeit im Zusammenhang mit der Übertragung der Anteile und/oder Sitzverlegung,
- Unerreichbarkeit des neuen Geschäftsführers und/oder Verweis auf eine „Wirtschaftsberatungsgesellschaft“,
- mangelnde Kooperation des neuen Geschäftsführers,
- Geschäftsführerstellung der als Geschäftsführer zu bestellenden Person bei einer Vielzahl weiterer Gesellschaften,
- Fehlen von Geschäftsunterlagen und Aktiva.

18 bb. Der Angeklagte ist hinreichend verdächtig, mit der am 20.09.2017 vorgenommenen Beurkundung des Geschäftsanteilskaufvertrags mit der Urkundennummer (...) über u. a. die Abtretung von Gesellschaftsanteilen der (...) eine von (...) und (...) zu begehende Insolvenzverschleppung gefördert zu haben, obwohl er wusste, dass deren Handeln auf die Begehung einer solchen Straftat abzielte.

19 (1) Die vom Angeklagten am 20.09.2017 vorgenommene Beurkundung trug zum Gelingen der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von (...) und (...) begangenen Insolvenzverschleppung bei. Denn ohne die Beurkundung des Vertrags über die Abtretung der Gesellschaftsanteile der (...) an (...) wäre der diesem bekannte (...) nicht zum Geschäftsführer bestellt worden und der diesem bekannte (...) hätte nicht die Stellung eines faktischen Geschäftsführers erlangen können. Es ist unerheblich, dass der Angeklagte die Beurkundung am 20.09.2017 vor der Begehung der Insolvenzverschleppung vornahm. Denn das Hilfeleisten zu einer vorbereitenden Handlung ist ausreichend.

20 (2) Der Angeklagte ist hinreichend verdächtig, im Zeitpunkt der Beurkundung am 20.09.2017 Kenntnis davon gehabt zu haben, dass diese der Vorbereitung einer Insolvenzverschleppung diene.

21 Dieser hinreichende Verdacht ergibt sich insbesondere aus den folgenden auf die Vorbereitung einer „Firmenbestattung“ hindeutenden Indizien:

22 Der Angeklagte beurkundete in der Zeit von Februar 2013 bis September 2017 Gesellschaftsanteilsübertragungen, Geschäftsführerwechsel und Sitzverlegungen für sechs unterschiedliche Unternehmen (...). Hierbei war jeweils die gleiche Personengruppe wie bei der Beurkundung am 20.09.2017 beteiligt (u. a. [...], [...] und [...]). Im Rahmen dieser Beurkundungen war (...) Ansprechpartner für den Angeklagten und in der Regel auch bei der jeweiligen Beurkundung anwesend. Dies war auch dann der Fall, wenn (...) an der jeweiligen Beurkundung nicht unmittelbar beteiligt war – weder als Erwerber von Geschäftsanteilen, (einzutragender) Geschäftsführer oder als Vertreter solcher Personen. In den Notaraktten befinden sich auch keine Fotokopien der Personalausweise von (...), (...), (...) und (...), obwohl diese Personen an diversen Beurkundungen beteiligt waren.

23 Bei vier vor dem 20.09.2017 in Bezug auf unterschiedliche Unternehmen vorgenommenen Beurkundungen (...) traten die in Südamerika lebenden (...) und (...) als neue Gesellschafter in Erscheinung. (...) wurde dabei u. a. von (...) (...) und (...) bzw. Dr. (...) (...) vertreten. Die sich auf diesen Vollmachtschreiben befindlichen Unterschriften des (...) weichen in ihrem Schriftbild nicht unerheblich voneinander ab.

24 Der Angeklagte beurkundete in der Zeit von Februar 2013 bis zum 20.09.2017 sechs Sitzverlegungen unterschiedlicher Unternehmen an die Anschriften G Straße 17, 2(...) A und G-Straße 9b, 2(...) A. Hierbei handelte es sich um die Wohnanschriften von (...) bzw. (...). Aus dem Vorblatt der Notarakte in Bezug auf die (...) ergibt sich, dass dem Angeklagten die Anschrift (...), (...) als Wohnanschrift des (...) bekannt war. Weiterhin ergibt sich aus der beurkundeten Sitz-



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

verlegung der (...) an die Anschrift (...), (...) am 19.04.2017, dass dem Angeklagten diese Anschrift als Wohnanschrift des neubestellten Geschäftsführers der (...) bekannt war.

25 Dem Angeklagten war im Zeitpunkt der Beurkundung am 20.09.2017 bekannt, dass die bei den vorangegangenen Beurkundungen im Zusammenhang mit der Personengruppe um (...) beteiligten Personen nach den Beurkundungen nur schwer oder nicht mehr erreichbar gewesen waren. Dies ergibt sich u. a. aus den diversen Versuchen des Angeklagten, bei den beteiligten Personen seine Zahlungsforderungen einzutreiben (...), sowie aus der Mitteilung des AG Lübeck vom 25.08.2016, nach der das AG dem neu eingetragenen Geschäftsführer der (...), (...) die Vorschussrechnung nicht habe übermitteln können und Anzeichen für eine wirtschaftliche Neugründung der Gesellschaft bestünden (...).

26 Schließlich informierte die Verkäuferin der Geschäftsanteile der (...), in deren Auftrag der Angeklagte im Jahr 2016 Beurkundungen vorgenommen hatte, den Angeklagten am 30.12.2016 darüber, dass die auf der Käuferseite beteiligten Personen, u. a. (...) und (...), noch vor dem Abschluss des Beurkundungsverfahrens im Namen der (...) Warenbestellungen in Höhe von ca. 83.000 € getätigt, jedoch nicht bezahlt hätten (...).

27 Der Umstand einer am 20.09.2017 fehlenden oder für den Angeklagten nicht erkennbaren Insolvenzreife der (...) steht aufgrund der vorstehenden Indizien einem hinreichenden Tatverdacht nicht entgegen. Dasselbe gilt für die Vorgänge um die „Kaufpreiszahlung“ für den Erwerb der Geschäftsanteile der (...). Indes können Indizien, die sich aus nach dem 20.09.2017 vom Angeklagten vorgenommenen Beurkundungen ergäben (...), keine Kenntnis des Angeklagten am Tag des 20.09.2017 begründen. Denn gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB muss der Tatvorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung, hier der Beurkundung am 20.09.2017, vorliegen (BGH, Beschluss vom 07.09.2017, 2 StR 18/17).

28 Die aufgrund der vorstehenden Indizien mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bestehende Kenntnis des Angeklagten von einer bevorstehenden Straftat bezog sich auf eine von (...) und (...) zu begehende Insolvenzverschleppung in Bezug auf die (...). Denn diese Indizien begründen den hinreichenden Verdacht einer Kenntnis des Angeklagten von der Vorbereitung einer „Bestattung“ der CNL I GmbH. Im Rahmen einer „Firmenbestattung“ ist die Begehung von Straftaten gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 InsO vorhersehbar. Der Angeklagte musste am 20.09.2017 keine bestimmte Vorstellung von den Einzelheiten der zu begehenden Insolvenzverschleppung haben.

KOSTENRECHT

22. Kostentragungspflicht eines für den Notar nicht erkennbar geschäftsunfähigen Auftraggebers

BGH, Beschluss vom 26.02.2025, IV ZB 37/24 (Vorinstanz: KG, Berichtigungsbeschluss vom 24.04.2024, 9 W 59/22)

BGB § 104

GNotKG § 21 Abs. 1 Satz 1, § 29 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein – für den Notar nicht erkennbar – geschäftsunfähiger Auftraggeber ist unabhängig von der Art der notariellen Tätigkeit zur Zahlung der Notarkosten verpflichtet. Die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf Aufträge an einen Notar weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.
2. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG kann vorliegen, wenn der Notar bereits bei Auftragserteilung die Geschäftsunfähigkeit erkannte oder hätte erkennen müssen und dennoch das Verfahren weiterführte. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im August 2021 suchte die geschäftsunfähige Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Beteiligte) den Beteiligten zu 2 (im Folgenden: Notar) auf, weil sie beabsichtigte, ihren ehemaligen Bankberater zu adoptieren und zum Alleinerben einzusetzen sowie ihm eine umfassende Vollmacht zu erteilen. Der Notar beriet die Beteiligte in mehreren Terminen. Nachdem diese ihm im September 2021 mitgeteilt hatte, von dem Vorhaben Abstand genommen zu haben, erteilte der Notar die Kostenberechnung vom 06.12.2021 über 3.531,32 €, in der er eine 0,5 Beratungsgebühr gemäß Nr. 24201 in Verbindung mit Nr. 24200 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 3.600.000 € ansetzte.

2 Auf Antrag der Beteiligten hat das LG mit Beschluss vom 08.06.2022 die Kostenberechnung aufgehoben. Dagegen hat der Notar Beschwerde eingelegt. Im Beschwerdeverfahren hat er eine Kostenberechnung vom 06.09.2022 über 3.531,32 € vorgelegt, in der er eine 0,5 Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß Nr. 21301 KV GNotKG angesetzt hat. Er hat beantragt, unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen, hilfsweise auf eine 0,5 Gebühr nach Nr. 21300 in Verbindung mit Nr. 21301 KV GNotKG zu erkennen. Das KG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

3 Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Notars.

4 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

5 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FamRZ 2024, 1714 veröffentlicht ist, ist der An-

sicht, dass der Notar Zahlung der zunächst berechneten Beratungsgebühr gemäß Nr. 24201 KV GNotKG nicht verlangen kann, weil die Beteiligte geschäftsunfähig im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB und der erteilte Beratungsauftrag entsprechend dem Rechtsgedanken des § 105 Abs. 1 BGB nichtig waren. Nicht anders sei jedoch zu entscheiden, hätte sie sich von vornherein mit einem konkreten Beurkundungswunsch an den Notar gewandt. Denn auch der Erhebung einer danach in Betracht kommenden Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens gemäß Nr. 21301 KV GNotKG stehe ihre Geschäftsunfähigkeit entgegen. Eine Kostenhaftung des unerkannt Geschäftsunfähigen gegenüber einem Notar scheide in entsprechender Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 104 ff. BGB auch dann aus, wenn der Notar zu seinem Tätigwerden gemäß § 15 BNotO verpflichtet sei. Es sei allgemein anerkannt, dass – soweit keine spezielle öffentlichrechtliche Regelung eingreife – die §§ 104 ff. BGB im öffentlichen Recht analog anwendbar seien.

6 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dem Notar steht ein Gebührenanspruch gegen die Beteiligte zu.

7 a) Grundlage dieses Notarkostenprüfungsverfahrens ist die Kostenberechnung des Notars vom 06.12.2021. Der Notar hat diese Rechnung nicht durch eine neue Kostenberechnung ersetzt, was im Beschwerdeverfahren noch möglich gewesen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.2008, V ZB 89/08, RNotZ 2009, 107 Rdnr. 11), sondern mit der Vorlage der Kostenberechnung vom 06.09.2022 nur seinen Kostenanspruch für dieselbe Tätigkeit und in gleicher Höhe hilfsweise auf den Gebührentatbestand Nr. 21300 in Verbindung mit Nr. 21301 KV GNotKG stützen wollen.

8 b) Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht eine Kostenhaftung der Beteiligten aus § 29 Nr. 1 GNotKG abgelehnt. Ein – für den Notar nicht erkennbar – geschäftsunfähiger Auftraggeber ist zur Zahlung der Notarkosten verpflichtet.

9 aa) Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass eine unerkannt geschäftsunfähige Person jedenfalls dann die Kosten zu tragen hat, wenn sie den Notar mit einer Beurkundung beauftragt hat, da der Notar diese Tätigkeit nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.03.2017, 20 W 391/15, juris Rdnr. 20 – obiter dictum; jeweils zu § 2 Nr. 1 KostO: OLG München, ZEV 2012, 109, juris Rdnr. 10; OLG Köln, RNotZ 2001, 56, 57 f.; BayObLG, MittBayNot 1991, 177, juris Rdnr. 9 f.; OLG Stuttgart, Die Justiz 1990, 24; KG, MDR 1978, 1030; DNotZ 1977, 500, juris Rdnr. 13 f.; OLG Frankfurt a. M., KostRspr KostO § 2 Nr. 17; LG Köln, RNotZ 2005, 244, juris Rdnr. 24; Korintenberg/Gläser, GNotKG, 22. Aufl., § 29 Rdnr. 7; *Leiß* in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 3. Aufl., § 29 GNotKG Rdnr. 8; *Neie* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 8; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.08.2024, § 17 Rdnr. 32; BeckOK-Kostenrecht/Toussaint, Stand: 01.10.2024, § 29 GNotKG Rdnr. 6; Rohs/Wedewer/Wudy, GNotKG, Stand: Juni 2024, § 29 Rdnr. 36). Eine darüber hinausgehende Meinung nimmt eine Kostenhaftung für jede Tätigkeit des Notars an (vgl. *Genske* in Renner/Otto/Heinze, Leipziger

Gerichts- und Notarkosten-Kommentar, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 8 ff.; *Otto*, NotBZ 2024, 454, 457). Eine andere Ansicht wendet dagegen die §§ 104 ff. BGB entsprechend auf den Notarauftrag an und lehnt daher jede Kostenhaftung des Geschäftsunfähigen ab (*Lappe* in Korintenberg, KostO, 18. Aufl., § 2 Rdnr. 28).

10 bb) Die zweitgenannte Ansicht trifft zu. Die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf Aufträge an einen Notar weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.

11 (1) Nach § 29 Nr. 1 GNotKG ist Kostenschuldner, wer dem Notar den Auftrag erteilt oder den Antrag gestellt hat. Unter dem Begriff des Auftrags ist jedes an den Notar gerichtete Ansuchen zu verstehen, das auf die Vornahme einer notariellen Amtstätigkeit gerichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2017, V ZB 79/16, DNotZ 2017, 394 Rdnr. 6). Einen Auftrag, zu einem Testament, einer Adoption und einer Vorsorgevollmachtserteilung zumindest beraten zu werden, hat die Beteiligte dem Notar nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts jedenfalls erteilt; ob sich dieses Ansinnen bereits auf eine Beurkundung richtete, kann hier offenbleiben.

12 (2) Die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit in §§ 104 ff. BGB sind auf den Auftrag an einen Notar nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich dabei nicht um eine privatrechtliche Willenserklärung des Auftraggebers handelt. Der Notar nimmt seine Amtsgeschäfte aufgrund seiner Eigenschaft als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wahr (§ 1 BNotO); das Rechtsverhältnis, in dem er zu den Beteiligten steht, ist – obwohl das Gesetz in § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO vom „Auftraggeber“ des Notars spricht – kein privatrechtlicher Vertrag (vgl. BGH, Beschluss vom 11.01.2024, V ZB 63/22, ZEV 2024, 323 Rdnr. 16; Urteil vom 13.07.1989, III ZR 64/88, BGHZ 108, 268, 269, juris Rdnr. 11). Dies gilt nicht nur für die Urkundstätigkeit, sondern ebenso für die Amtstätigkeit im Sinne der §§ 23, 24 BNotO, d. h. auch für die „sonstigen Betreuungsgeschäfte“ (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.1989, a. a. O.). Der Auftrag im Sinne von § 29 Nr. 1 GNotKG ist daher eine Verfahrenshandlung (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2017, V ZB 79/16, DNotZ 2017, 394 Rdnr. 12) und der Kostenanspruch des Notars ist öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.1989, a. a. O.).

13 (3) Auch aus dem Verfahrensrecht ergibt sich nicht, dass der Notarauftrag als Verfahrenshandlung wegen einer Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers unwirksam wäre und keinen Gebührenanspruch begründen könnte. Auf die Verfahrensfähigkeit des Auftraggebers kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Der Anwendungsbereich der für gerichtliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Regelung zur Verfahrensfähigkeit in § 9 Abs. 1 FamFG, die unter anderem auf die Geschäftsfähigkeit nach bürgerlichem Recht verweist, umfasst nach § 1 FamFG nicht das notarielle Verfahren. Aber auch eine entsprechende Anwendung der Regelung führte nicht zur Unwirksamkeit des Auftrags. Der Auftrag an den Notar wirkt als verfahrenseinleitende Handlung wie ein Antrag an das Gericht; auch kostenrechtlich sind diese gleichgestellt, § 4 GNotKG. Ein

Prozessrechtsverhältnis wird allein durch die Erhebung der Klage begründet, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien prozessfähig sind (vgl. BGH, Beschluss vom 04.03.1993, V ZB 5/93, BGHZ 121, 397, 399, juris Rdnr. 10). Im gerichtlichen Verfahren wird daher die Klage einer Partei, deren Prozessunfähigkeit festgestellt wurde, nicht rückwirkend unwirksam, sondern als unzulässig abgewiesen (vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1999, III ZR 306/98, BGHZ 143, 122, 126 f., juris Rdnr. 19 f.).

Die Kostenregeln gelten dabei auch zulasten des Prozessunfähigen (vgl. BGH, Beschluss vom 04.03.1993, a. a. O.). Diesen Grundsätzen zur Entscheidungshaftung entspricht die Veranlasserhaftung des geschäftsunfähigen Auftraggebers.

14 (4) Eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB auf den Notarauftrag kommt nicht in Betracht. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsbeschluss vom 24.07.2024, IV ZB 8/23, ErbR 2024, 935 Rdnr. 9).

15 Hier fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. § 29 Nr. 1 GNotKG übernimmt den Grundsatz der Antragstellerhaftung bzw. Auftraggeberhaftung aus § 2 Nr. 1 KostO, der für Gerichtsverfahren und Notarauftrag (§ 141 KostO) gleichermaßen galt (vgl. BT-Drucks.17/11471, S. 162). Eine inhaltliche Änderung der früheren Regelung, nach der die Kosten schuldet, wer die Tätigkeit „veranlasst“ hat, war daher nicht beabsichtigt. Obwohl vor Erlass des GNotKG am 23.07.2013 die zur Kostenordnung ergangene Rechtsprechung, die eine Kostenhaftung des unerkannt geschäftsunfähigen Auftraggebers annahm (vgl. OLG München, ZEV 2012, 109, juris Rdnr. 10; OLG Köln, RNotZ 2001, 56, 57 f.; BayObLG, MittBayNot 1991, 177, juris Rdnr. 9 f.; OLG Stuttgart, Die Justiz 1990, 24 f.; KG, DNotZ 1977, 500, juris Rdnr. 13 f.; OLG Frankfurt a. M., KostRspr KostO § 2 Nr. 17; LG Köln, RNotZ 2005, 244, juris Rdnr. 24), bekannt war, sah der Gesetzgeber keinen Anlass, eine entsprechende Ausnahme zugunsten Geschäftsunfähiger anzuordnen (vgl. *Leiß* in *Schneider/Volpert/Fölsch*, *Gesamtes Kostenrecht*, § 29 GNotKG Rdnr. 8).

16 Darüber hinaus sind auch die Situation des Geschäftsunfähigen, der vor Verpflichtungen durch privatrechtliche Willenserklärungen geschützt werden soll, und die des geschäftsunfähigen Auftraggebers eines Notars nicht miteinander vergleichbar. Nach den §§ 104 ff. BGB soll der Schutz Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger Vorrang vor den Interessen des Rechtsverkehrs haben, sodass dem Vertragspartner das Risiko der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zugewiesen wird. Die Rechtsunsicherheit, die sich aus der Unklarheit über die Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners ergeben kann, ist nach der Wertung des Gesetzes hinzunehmen (BGH, Urteil vom 21.04.2015, XI ZR

234/14, BGHZ 205, 90 Rdnr. 19). Der Notar dagegen gehört nicht zum Rechtsverkehr in diesem Sinne, sondern wird als Amtsträger zur Erbringung einer öffentlichrechtlichen Leistung in Anspruch genommen. Dabei soll, wie § 11 Abs. 1 BeurkG zeigt, der Notar nach Erteilung eines Auftrags – bereits als Teil seiner Amtstätigkeit – prüfen, ob einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, wenn dafür ein Anlass besteht. Erst die Überzeugung des Notars vom Fehlen der Geschäftsfähigkeit soll nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zur Ablehnung einer Beurkundung führen. Das notarielle Verfahren wird damit, in der Regel nachdem bereits kostenpflichtige Leistungen erbracht wurden, beendet. Der Einleitung des Verfahrens steht die mögliche Geschäftsunfähigkeit jedoch nicht entgegen.

17 (5) Der Charakter des Notarauftrags als Verfahrenshandlung, die eine Tätigkeit als Amtsträger veranlasst, umfasst nicht nur die Urkundstätigkeit, sondern auch die sonstige Betreuung auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege nach § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.1989, III ZR 64/88, BGHZ 108, 268, 269, juris Rdnr. 11) und damit auch die Beratung der Beteiligten. Die fehlende Anwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB beruht nicht darauf, dass der Notar zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet ist, sondern darauf, dass das Kostenschuldverhältnis ohne Mitwirkung des Notars ohne Weiteres zustande kommt (vgl. *Otto*, *NotBZ* 2024, 454, 457). Zwischen der Urkundstätigkeit, die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ohne ausreichenden Grund verweigert werden kann, und einer Beratung, deren Ablehnung im pflichtgemäßen Ermessen des Notars steht (vgl. *Frenz/Miermeister/Hertel*, *BNotO*, 6. Aufl., § 24 Rdnr. 9), besteht daher für die Kostenhaftung eines geschäftsunfähigen Auftraggebers kein durchgreifender Unterschied.

18 c) Der Gebührenanspruch ist nicht erloschen und auch für eine Nichterhebung der Gebühren besteht kein Anlass.

19 aa) Der Gebührenanspruch des Notars ist nicht nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG wegen unrichtiger Sachbehandlung entfallen. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt vor, wenn dem Notar ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist sowie dann, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.04.2023, XII ZB 234/22, FamRZ 2023, 1148 Rdnr. 14 m. w. N.). Dies könnte in Betracht kommen, wenn der Notar bereits bei Auftragserteilung die Geschäftsunfähigkeit erkannte oder hätte erkennen müssen und dennoch das Verfahren weiterführte. Anhaltspunkte für eine solche Erkennbarkeit sind hier aber weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Das Beschwerdegericht hat die Beteiligte als unerkannt geschäftsunfähig angesehen.

20 bb) Die Beteiligte konnte gegen den Kostenanspruch des Notars auch nicht wirksam mit einer Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO aufrechnen, wie sie dies hilfsweise geltend gemacht hat. Ob der Tatsachenvortrag der Beteiligten zutrifft, demzufolge der Rechtsanwalt, der sie in einem Betreuungsverfahren vertreten habe, in einer Bürogemein-

schaft mit dem Notar tätig sei, kann dabei offenbleiben, da auch unter Zugrundelegung dieses Vortrags keine Amtspflichtverletzung wegen eines Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot nach § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG in Betracht kommt. Falls bereits ein Beurkundungsverfahren eingeleitet gewesen sein sollte, wäre jedenfalls die Beurkundung des Testaments, der Adoptionserklärungen oder der Vorsorgevollmacht der Beteiligten nicht dieselbe Angelegenheit wie das Betreuungsverfahren gewesen, mit dem der Rechtsanwalt befasst war. Der Begriff „derselben Angelegenheit“ bedeutet, dass sich die außernotarielle Tätigkeit und das notarielle Urkundsgeschäft auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt beziehen müssen (BGH, Beschluss vom 26.11.2012, NotSt (Brfg) 2/12, DNotZ 2013, 310 Rdnr. 9). Die notarielle Amtshandlung der Beurkundung eines Testaments, einer Adoptionserklärung oder einer Vorsorgevollmacht betrifft aber nicht dieselben Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten der Beteiligten, die bereits Gegenstand der Tätigkeit des Rechtsanwalts im Betreuungsverfahren waren. Die Rechtssituation der Beteiligten in einem Betreuungsverfahren wird durch die künftige Beurkundung der hier in Rede stehenden Erklärungen nicht unmittelbar berührt.

ÖFFENTLICHES RECHT

23. Nachweis des Nichtbestehens einer Genehmigungspflicht gemäß § 250 BauGB im Grundbuchverfahren

OLG München, Beschluss vom 26.08.2024, 34 Wx 126/24e

BauGB § 250 Abs. 5

GBO § 29

WEG § 8

LEITSÄTZE:

1. Eine Genehmigungspflicht nach § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB besteht nicht, wenn die Genehmigungsfreigrenzen nach Abs. 1 Satz 2 und Satz 6 der Vorschrift unterschritten sind und kein zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Rechtsverordnung bestehendes Wohngebäude betroffen ist.
2. Dem Grundbuchamt ist das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht nach § 250 Abs. 5 i. V. m. § 250 Abs. 1 BauGB in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.
3. Die Nachweisführung ist insoweit nicht ausschließlich durch ein Negativattest der Gemeinde möglich.
4. Mit der Vorlage eines Aufteilungsplans wird der Nachweis des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht nach § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB nicht geführt.
5. Mit der in der Form des § 29 GBO vorgelegten Baugenehmigung, aus der sich die Genehmigung eines Neubauvorhabens ergibt, könnte jedoch der Nachweis des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht im Sinne von § 250 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB geführt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte begehrt die Eintragung einer Teilung nach § 8 WEG im Grundbuch.

2 Die Beteiligte ist Eigentümerin von in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt gelegenen Grundbesitz. Diesen teilte sie durch ihren einzelvertretungsbefugten persönlich haftenden Gesellschafter mit notarieller Erklärung vom 29.01.2024 gemäß § 8 WEG auf. Mit Schreiben vom 12.02.2024 beantragte der Urkundsnotar unter Vorlage des mit einer gesiegelten Abgeschlossenheitsbescheinigung versehenen Aufteilungsplans den Vollzug der Urkunde. Die im Aufteilungsplan in Bezug genommene Baugenehmigung vom 26.07.2023 wurde nicht mit vorgelegt.

3 Die notarielle Urkunde lautet auszugsweise wie folgt:

„I.

Vorbemerkung (...)

2. Auf dem genannten Grundbesitz wurde ein Gebäude mit insgesamt sechs Wohnungen und 8 Stellplätzen in einer Tiefgarage errichtet. (...)

IV.

Genehmigungen

Zu dieser Urkunde sind keine behördlichen Genehmigungen erforderlich. Eine Genehmigung nach § 250 BauGB in Verbindung mit Gebietsbestimmungsverordnung Bau ist nicht erforderlich, weil sich in der Anlage weniger als 10 Wohnungen befinden.“

4 Mit Schreiben vom 28.03.2024 wies das Grundbuchamt u. a. darauf hin, dass gemäß § 250 Abs. 5 BauGB ein Negativattest der Landeshauptstadt (...) vorzulegen sei.

5 Hiergegen wandte sich der Urkundsnotar mit Schreiben vom 05.04.2024. Er argumentierte, § 250 Abs. 5 BauGB verlange nicht, dass der Nachweis durch ein Negativattest geführt werde; auch sonst sei ein solcher Nachweis nirgends gesetzlich vorgeschrieben. Hier sei die Tatsache, dass die Teilung einer Genehmigung nicht bedarf, offenkundig. § 2 Abs. 1 Satz 2 BayGBestV-Bau nehme Gebäude mit weniger als zehn Wohnungen von der Genehmigungspflicht aus. Nach der vorgelegten Abgeschlossenheitsbescheinigung und nach den vorgelegten Plänen befänden sich in der Anlage derzeit aber nur sechs Wohnungen, sodass eine Genehmigungspflicht offenkundig nicht bestehe. Entsprechend ergebe sich aus dem Antrag auch, dass nur sechs Wohnungseigentumsgrundbücher angelegt werden sollen. Damit sei offenkundig, dass es keiner Genehmigungspflicht bedarf. Offenkundige Tatsachen müssten aber im Grundbuchverfahren nicht (weiter) nachgewiesen werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 158). Auch im vergleichbaren Fall des § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB dürfe das Grundbuchamt ein Negativattest nicht verlangen. Das gelte umso mehr, als sich der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien an § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB anlehnen wollte (BT-Drucks. 19/39296), es aber unterlassen habe, das Negativattest (anders als in § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB) ausdrücklich zu normieren.

6 Nach Behebung der weiteren im Schreiben vom 28.03.2024 genannten Mängel erließ das Grundbuchamt am 16.04.2024 eine Zwischenverfügung, in welcher Frist zur Vorlage eines Negativattests gemäß § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB gesetzt wurde. Das Grundbuchamt argumentierte, die Ausnahmen von der Genehmigungspflicht des § 250 BauGB seien ihm nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Auch die Anzahl der in einem Gebäude vorhandenen Wohnungen könne insbesondere nicht nach der Anzahl der vorhandenen Sondereigentumseinheiten ermittelt werden (Ernst/Zinkahn/Krautzberger/*Grziwotz*, BauGB, Stand: Januar 2024, § 250 Rdnr. 101). Zwar möge es Fälle geben, in denen das Nichterfordernis einer Genehmigung deutlicher zutage trete als in anderen Fällen (sehr geringe Anzahl von Wohnungen, keine zusätzlichen gewerblichen Einheiten oder Wohnungen im Gemeinschaftseigentum etc.), aber es könne nicht von einer Einzelfallprüfung abhängen, ob eine Genehmigung vorzulegen sei oder nicht. Hier schaffe ausschließlich das Negativattest die im Grundbuchverfahren erforderliche und der Form des § 29 GBO entsprechende Klarheit.

7 Seine mit Schreiben vom 17.04.2024 eingelegte Beschwerde begründete der Urkundsnotar inhaltsgleich wie im Schreiben vom 05.04.2024. Mit Beschluss vom 30.04.2024 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem OLG München vorgelegt.

8 II. Die zulässige Beschwerde war als unbegründet zurückzuweisen mit der Maßgabe einer Ergänzung der Zwischenverfügung.

9 1. Die Beschwerde ist zulässig. Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet die unbeschränkte Beschwerde gegen die Entscheidungen des Grundbuchamtes statt. Zu diesen zählen auch Zwischenverfügungen (Senat, Beschluss vom 18.12.2023, 34 Wx 311/23e, MittBayNot 2024, 273; OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2021, 197; *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 1; *Hügel/Kramer*, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 68; *Meikel/Schmidt-Ränsch*, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 35; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 473; *Bauer/Schaub/Sellner*, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 26). Die Beschwerde konnte durch den Urkundsnotar erhoben werden. Nachdem der Urkundsnotar gemäß § 15 Abs. 2 GBO bereits für die Beteiligte die Eintragung beantragt hat, gilt er auch als ermächtigt, gegen die darauf ergangene Zwischenverfügung für sie Beschwerde einzulegen (*Bauer/Schaub/Wilke*, GBO, § 15 Rdnr. 30; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 189; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 74).

10 2. In der Sache bedarf die Zwischenverfügung der Ergänzung, im Übrigen erweist sie sich aber als zutreffend.

11 Dem Antrag, die Teilung nach § 8 WEG im Grundbuch zu vollziehen, kann derzeit nicht stattgegeben werden, da ein Eintragungshindernis vorliegt. Dem Grundbuchamt ist das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht im Sinne von § 250 Abs. 5 BauGB nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

12 a) § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB ordnet an, dass das Grundbuchamt die Eintragung einer genehmigungspflichtigen Umwandlung oder Teilung von Wohngebäuden in das

Grundbuch nur vornehmen darf, wenn ihm die Genehmigung oder das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht nachgewiesen ist. Hinsichtlich der Erbringung des Nachweises des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht erwähnt die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen zwar das Negativattest beim gemeindlichen Vorkaufsrecht gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB, will den Nachweis aber nur „in Anlehnung“ an dieses regeln (BT-Drucks. 19/29396, S. 62). Dass ein Negativattest die einzige Möglichkeit wäre, den Nachweis zu erbringen, ergibt sich somit weder aus § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB selbst noch aus den Gesetzesmaterialien. Auch im Übrigen ist kein Grund ersichtlich, warum insoweit nicht auch andere Nachweismittel zugelassen sein sollten, die den Vorgaben des § 29 GBO genügen.

13 b) Bezüglich der Reichweite des Nachweiserfordernisses ist zu beachten, dass § 250 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB nur auf Wohngebäude Anwendung findet, die im Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB liegen und die bereits am Tag des Inkrafttretens der Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB bestanden. Die Verpflichtung zum Nachweis des Nichtbestehens einer Genehmigungspflicht muss sich damit auf die in § 250 Abs. 1 BauGB genannten Ausnahmen von der Genehmigungspflicht beziehen, d. h. sowohl auf die Unterschreitung der Genehmigungsfreigrenzen nach § 250 Abs. 1 Satz 2 und Satz 6 BauGB als auch auf das Vorliegen eines nicht der Genehmigungspflicht unterliegenden Neubaus im Sinne von § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB (Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Grziwotz*, BauGB, § 250 Rdnr. 101; BeckOK-BauGB/*Couzinnet*, Stand: 01.02.2024, § 250 Rdnr. 11.2). Entgegen der vom Deutschen Notarinstitut (Gutachten DNotI-Report 2021, 113, 116 f.; Gutachten DNotI Nr. 197898 vom 05.04.2023) vertretenen Auffassung ist kein Grund ersichtlich, weshalb Prüfungsgegenstand hinsichtlich des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht nur die Mindestzahl der gebildeten Wohnungen sein soll, zumal das Vorliegen eines nicht genehmigungspflichtigen Neubaus bzw. die Frage, ob und in welchem Umfang es sich um ein bestehendes Gebäude handelt, wegen der zahlreichen damit verbundenen öffentlichrechtlichen Streitfragen nicht vom Grundbuchamt geklärt werden kann (so auch BeckOK-BauGB/*Couzinnet*, § 250 Rdnr. 11.2; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Grziwotz*, BauGB, § 250 Rdnr. 101).

14 c) Es handelt sich hierbei auch um mehr als tatsächliche Gegebenheiten, welche unter Umständen durch eine Versicherung des Grundstückseigentümers – in der Form des § 29 GBO – nachzuweisen wären. Zwar könnte nach der zum gemeindlichen Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 5 Satz 3 BBauG ergangenen Rechtsprechung das Grundbuchamt die Vorlage einer Negativbescheinigung der Gemeinde dann nicht verlangen, wenn sich aus den ihm vorliegenden Umständen ergibt, dass eine Genehmigungspflicht nicht besteht (vgl. BayObLG, Rpfleger 1986, 52). Im der Entscheidung des BayObLG zugrunde liegenden Fall wurde ein Miteigentumsanteil an einen Miteigentümer veräußert, was gemäß § 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG den Verkaufsfall nicht auslöste. Das Grundbuchamt konnte aus den ihm vorliegenden Urkunden – in der Form des § 29 GBO – ohne Wei-

teres feststellen, dass keine Veräußerung an einen Dritten vorlag (vgl. auch BGHZ 73, 12 ff.; OLG Bremen, MittBayNot 1978, 81; OLG Frankfurt a. M., MittRheinNot 1978, 54). Hier allerdings vermag das Grundbuchamt anhand der ihm vorgelegten Urkunden nicht ohne Weiteres festzustellen, dass die Genehmigungspflicht nach § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB nicht besteht. Dem Grundbuchamt wurde mit der notariell beurkundeten Teilungserklärung nach § 8 WEG, in der unter Ziffer IV. die Aussage enthalten ist, dass eine Genehmigung nach § 250 BauGB deshalb nicht erforderlich sei, weil sich in der Anlage weniger als zehn Wohnungen befänden, der Aufteilungsplan mit der gesiegelten Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgelegt. Zwar ergibt sich aus dem Aufteilungsplan die Anzahl der vorhandenen Sondereigentumseinheiten in dem Gebäude. Die Zahl der aufgrund der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum in dem Gebäude vorhandenen Wohnungen kann jedoch nicht nach der Anzahl der vorhandenen Sondereigentumseinheiten ermittelt werden, dies wird durch die Möglichkeit der im Gemeinschaftseigentum verbleibenden Hausmeisterwohnung belegt (Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BauGB, § 250 Rdnr. 101). Ohnehin genügt der Aufteilungsplan – als bezeugende Erklärung – nicht der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. Anders als die Beteiligte meint, liegt aus den genannten Gründen mit der Vorlage des Aufteilungsplans auch keine Offenkundigkeit vor (zu den Voraussetzungen *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 60).

15 Aus der mit dem Aufteilungsplan im Original vorgelegten Abgeschlossenheitsbescheinigung, die auf eine Baugenehmigung vom 26.07.2023 Bezug nimmt, ergibt sich allerdings, dass es sich bei dem zu errichtenden Mehrfamilienhaus um einen Neubau handeln soll, womit unabhängig von der Zahl der Wohnungen die Genehmigungspflicht nach § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB von vornherein entfiel. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung als solche genügt zwar entsprechend ihrer Beweisbestimmung nicht zum Nachweis eines Neubaus, da ihr Zweck lediglich darin liegt, dem Grundbuchamt die Prüfung bautechnischer Fragen zu erleichtern (BVerwG, NJW 1997, 71; BeckOGK-WEG/*Meier*, Stand: 01.05.2024, § 7 Rdnr. 63). Mit der in der Form des § 29 GBO vorgelegten Baugenehmigung, aus der sich die Genehmigung eines Neubauvorhabens ergibt, könnte jedoch der Nachweis des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht im Sinne von § 250 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB geführt werden. Da die letztgenannte Möglichkeit in der angefochtenen Zwischenverfügung nicht aufgeführt war, war diese entsprechend zu ergänzen (vgl. BayObLGZ 1990, 51, 55; KG, FGPrax 2015, 52, 53; Bauer/Schaub/*Sellner*, GBO, § 77 Rdnr. 10; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 31; Hügel/*Kramer*, GBO, § 77 Rdnr. 41.1).

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regensburg

1. Genehmigungspflicht bei Bestehen einer Umwandlungsverordnung

Die Entscheidung betrifft das Grundbuchverfahren bei einer Aufteilung nach dem WEG (§ 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB) oder einem nach § 250 Abs. 6 BauGB gleichgestellten Vorgang in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten bei Bestehen einer Genehmigungspflicht.¹ Für Bayern ergeben sich die betroffenen Gebiete aus § 2 GBestV-Bau (GVBl. 2022, S. 578) in Verbindung mit der Anlage (Spalte zwei des örtlichen Anwendungsbereichs). Es handelt sich im Wesentlichen um die größeren Städte, den Großraum München und Orte in Oberbayern. In Rheinland-Pfalz existiert bisher keine entsprechende Rechtsverordnung.

2. Nachweise für das Grundbuchamt

Zum Grundbuchverfahren sah § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB-RegE zunächst vor, dass bei einem im Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 2 BauGB belegenen Grundstück das Grundbuchamt die Eintragungen in das Grundbuch nur vornehmen dürfe, wenn ihm die Genehmigung nachgewiesen wird.² Damit sollte sichergestellt werden, dass die Umwandlung von Mietwohnungen nicht durch Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher vollzogen wird. Die Vorschrift war § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB nachgebildet. Das Grundbuchamt sollte deshalb vor jeder Eintragung im Grundbuch prüfen müssen, ob die Genehmigung vorliegt. Nachdem im Rahmen der Ausschussberatungen in § 250 Abs. 1 Satz 2 BauGB eine „Kleineigentümergegenwart“ eingefügt wurde,³ wurde in Anlehnung an das Negativattest beim Vorkaufsrecht (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB) ergänzt, dass dem Grundbuchamt das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht aufgrund dieser neu eingefügten Regelung nachzuweisen ist.⁴ Die ursprüngliche Fassung des Regierungsentwurfs ging als „Sicherung“ davon aus, dass eine Eintragung im Grundbuch stets eine vorherige Beteiligung der landesrechtlich bestimmten Genehmigungsbehörde voraussetzen würde. Das Negativattest hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB) betrifft das Nichtbestehen und die Nichtausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts. Es ist Voraussetzung für die Eigentumsumschreibung und gilt zudem als Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts. Deshalb war es richtig, in der Gesetzesbegründung zu § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB lediglich von einer Anlehnung an diese Regelung zu sprechen. Die Bezugnahme auf die Zahl der Wohnungen in der Gesetzesbegründung ist

1 Vgl. hierzu die Übersicht des DNotI, Stand 14.06.2023, abrufbar unter https://www.dnoti.de/fileadmin/user_upload/Arbeitshilfen/Immobilienrecht/Umwandlungsverordnungen.pdf, abgerufen am 27.09.2025.

2 BT-Drucks. 19/24838, S. 14.

3 BT-Drucks. 19/29396, S. 27.

4 BT-Drucks. 19/29396, S. 62.



Konsequenz der Neueinführung der Kleingebäudeausnahme aufgrund der Ausschussberatungen. Hierauf ist das Negativzeugnis aber nach dem Wortlaut der Regelung nicht beschränkt; es betrifft auch die anderen (vom Gesetzgeber zunächst nicht gesehenen) Fälle, in denen die Genehmigungsbehörde keine Genehmigung erteilen muss, da die Genehmigungsvoraussetzungen nicht vorliegen (zum Beispiel Bestandsgebäude, keine Wohnungen). Es handelt sich bei den für die Erforderlichkeit einer Genehmigung relevanten Voraussetzungen um Rechtsfragen, deren Nachweis regelmäßig nicht auf andere Weise in grundbuchtauglicher Form erfolgen kann. So sagt auch eine Baugenehmigung nichts darüber aus, zu welchem Zeitpunkt das Bauwerk errichtet wurde und ob es sich bei dem neu genehmigten Bauwerk auch um das aufgeteilte Gebäude handelt, sodass sie – entgegen der Ansicht des OLG München – als Nachweis für einen Neubau ausscheidet. In Zweifelsfällen kann deshalb das Grundbuchamt die Vorlage eines Negativzeugnisses anfordern.

3. Notarieller Vollzug

Liegt ein Grundstück, bei dem eine Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum erfolgen soll, in einem Gebiet nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB, wird der Notar für den Grundbuchvollzug bei der zuständigen Behörde (in Bayern gemäß § 2 Abs. 2 GBestV-BauB: der unteren Baubehörde) eine Genehmigung oder ein Negativzeugnis anfordern. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB. Er muss nicht prüfen, ob das Grundbuchamt andere (eventuell sogar unzureichende) Nachweise akzeptiert. Dagegen darf er – auch nicht vorsorglich – kein Negativzeugnis anfordern, wenn ein Grundstück nicht in einem diesbezüglich festgelegten Gebiet liegt. Das gilt auch dann, wenn das Grundbuchamt in diesen Fällen ein Negativzeugnis fordert.⁵ Ein Hinweis auf die Anlage zu § 2 GBestV-Bau genügt in diesem Fall.

4. Geplante Änderungen durch den „Bau-Turbo“ und danach erforderliche Prüfungen

Art. 1 Nr. 70 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der integrierten Stadtentwicklung (Stand: 30.09.2024) hat in der letzten Legislaturperiode eine Verlängerung der Regelung zum Umwandlungsschutz in § 250 BauGB um zwei Jahre vorgesehen; ferner sollte die bisherige Länderöffnungsklausel zur Vereinfachung der Anwendung gestrichen werden.⁶ Der Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wohnungsbaus und zur Wohnraumsicherung sieht in Art. 1 Nr. 10 zwei Änderungen des Art. 250 Abs. 1 BauGB vor: In Satz 1 wird die Angabe „das Inkrafttreten der Rechtsverordnung“ durch die Angabe „des erstmaligen Inkrafttretens der Rechtsverordnung“ ersetzt.⁷ Grund ist, dass in Satz 3 der Zeitpunkt

des spätesten Außerkrafttretens der Rechtsverordnung der Landesregierung auf den Ablauf des 31.12.2030 verlängert wird. Die Verlängerung entspricht der Regelung im Koalitionsvertrag der derzeitigen Regierungskoalition.⁸ Die zeitliche Verlängerung des § 250 BauGB bis zum Ablauf des 31.12.2030 tritt nicht automatisch in Kraft, sondern erfordern eine Verlängerung der jeweiligen Rechtsverordnung des Landes. Betroffen sind auch bei einer Verlängerung nur solche Bestandsgebäude, die beim erstmaligen Inkrafttreten einer Umwandlungs-Verordnung vorhanden waren. Liegt das Gebäude aber in einem Gebiet, für das bereits nach der Einführung des § 250 BauGB eine Umwandlungs-Verordnung erlassen worden war, ist für die Beurteilung, ob auf das Gebäude die (verlängerte) Umwandlungsregelung des § 250 BauGB anzuwenden ist, der Zeitpunkt des Erlasses dieser ersten Landesverordnung maßgeblich. Als Bestandsgebäude im Sinn des § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB gelten somit solche Gebäude, die im Zeitpunkt des Erlasses der ersten Umwandlungsverordnung bereits bestanden. Die Gesetzesbegründung bildet hierfür ein fiktives Beispiel und erläutert die nunmehr erforderliche Prüfung: „Wäre in einem Bundesland beispielsweise erstmals am 5. Mai 2023 eine Rechtsverordnung in Kraft getreten, durch die Gebiete nach § 250 BauGB ausgewiesen würden, und würde diese Verordnung verlängert oder erließe das Bundesland eine neue Verordnung nach § 250 BauGB, ohne den Zuschnitt der betroffenen Gebiete zu ändern, sollen weiterhin alle Gebäude, die nach dem 05.05.2023 fertig gestellt wurden, von dem Genehmigungsvorbehalt ausgenommen sein (fiktives Beispiel).“ Werden im Zuge der Verlängerung bzw. des Neuerlasses der Rechtsverordnung zusätzliche Gebiete oder Gemeinden in den Anwendungsbereich von § 250 BauGB aufgenommen, gilt der ursprüngliche Stichtag zur Beurteilung, welche Gebäude als Bestandsgebäude gelten, in den Gebieten fort, in denen § 250 BauGB zuvor bereits galt. In den neu hinzugekommenen Gebieten wäre der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungsverordnung oder der neu erlassenen Verordnung für die Beurteilung, was als Bestandsgebäude gilt, maßgeblich. Bei der Beurteilung als Bestandsgebäude muss demnach im Einzelfall ermittelt werden, wann in dem jeweiligen Gebiet § 250 BauGB erstmals durch „eine“ entsprechende Rechtsverordnung für anwendbar erklärt wurde.⁹

Für die notarielle und grundbuchmäßige Prüfung ist deshalb sowohl auf die ursprüngliche Verordnung und die davon betroffenen Gebiete als auch auf die Verlängerung und wiederum die davon eventuell abweichend betroffenen Gebiete abzustellen. Damit können sich möglicherweise zwei abweichende Stichtage für unterschiedliche Gemeinden ergeben. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GBestV-

5 Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 5. Aufl. 2025, § 21 Rdnr. 17.

6 BT-Drucks. 20/13091, S. 2, 27 f. und 100.

7 BT-Drucks. 21/781 (neu), S. 8.

8 CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, 2025, Z. 716 (https://www.koalitionsvertrag2025.de/sites/www.koalitionsvertrag2025.de/files/koav_2025.pdf), abgerufen am 28.09.2025)

9 BT-Drucks. 21/781 (neu), S. 29.



BauGB gilt die ursprüngliche Umwandlungsverordnung in Bayern für am 01.06.2023 bestehende Gebäude. Bei der zu erwartenden Verlängerung ist zunächst zu prüfen, ob damit eine Erweiterung der betroffenen Gemeinden verbunden ist. Nur in diesem Fall gibt es zwei Stich-tage für Bestandsgebäude; andernfalls bleibt es beim 01.06.2023. Falls auch in der Pfalz künftig eine Umwand-lungsverordnung erlassen wird, ist für die Eigenschaft als Bestandsgebäude das Inkrafttreten dieser Verordnung maßgeblich; eine doppelte Prüfung erübrigt sich.

Die Gesetzesbegründung stellt jedoch ausdrücklich klar, dass mit der großen BauGB-Novelle keine Änderung des Anwendungsbereichs des § 250 BauGB verbunden sein soll. Insbesondere werden Anbauten und Aufstockungen weiterhin nicht erfasst.¹⁰

10 BT-Drucks. 21/781 (neu), S. 28; vgl. die entsprechende For-mulierung im Entwurf der Ampelkoalition BT-Drucks. 20/13091, S. 100.

STEUERRECHT

24. Entgeltliche Ablösung eines Nießbrauchs an GmbH-Anteilen

BFH, Urteil vom 20.09.2024, IX R 5/24 (Vorinstanz: FG Nürnberg, Urteil vom 29.09.2023, 7 K 1029/21)

AO § 39 Abs. 2 Nr. 1

EStG § 17 Abs. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1, § 20 Abs. 5 Satz 3, § 24 Nr. 1 lit. a, § 24 Nr. 2

LEITSÄTZE:

1. **Ob das wirtschaftliche Eigentum an GmbH-Anteilen dem Nießbrauchsberechtigten zuzurechnen ist, ist Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung durch das Finanzgericht und daher wegen § 118 Abs. 2 FGO für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend.**
2. **Ist der Vorbehaltsnießbraucher nicht wirtschaftlicher Eigentümer der GmbH-Anteile, ist die Ablösung des Nießbrauchs ein für ihn nicht steuerbarer Vorgang.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten über die steuerliche Behandlung der entgeltlichen Ablösung eines Vorbehaltsnießbrauchs an Geschäftsanteilen an einer GmbH bei der Nießbrauchsberechtigten.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) übertrug mit notariellem Vertrag vom (...)(...).2012 ihre Beteiligung an der (...) GmbH (Z-GmbH) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Vorbehalt eines Nießbrauchs, der insbesondere das Gewinnbezugsrecht umfasste, unentgeltlich auf ihren Sohn.

3 Im Rahmen der Veräußerung der Geschäftsanteile mit Urkunde vom (...)(...).2018 vereinbarten die Klägerin und ihr

Sohn die Aufhebung des Nießbrauchs an den Anteilen an der Z-GmbH gegen Zahlung von (...) € (Ablösebetrag).

4 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) erfasste den Ablösebetrag im Einkommensteuerbescheid der Klägerin für das Streitjahr 2018 als Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Sinne von § 17 i. V. m. § 24 EStG. Während des Einspruchsverfahrens wurde der Einkommensteuerbescheid mehrfach geändert (Bescheide vom 26.01.2021 und 22.06.2021). Das Einspruchsverfahren blieb ohne Erfolg (Einspruchsent-scheidung vom 21.07.2021).

5 Soweit die Klägerin im finanzgerichtlichen Verfahren geltend gemacht hatte, dass die Zahlung des Ablösebetrags eine nicht steuerbare Umschichtung auf der privaten Ver-mögensebene darstelle, hatte die Klage keinen Erfolg. Das FG stellte fest, dass der Sohn im Jahr 2012 auch wirtschaft-licher Eigentümer der GmbH-Geschäftsanteile geworden sei. Es gab dem hilfsweisen Begehren der Klägerin statt, mit dem sie eine Berücksichtigung des Ablösebetrags bei den Einkünften aus Kapitalvermögen begehrt hatte.

6 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die Verletzung materi-ellen Rechts (§ 24 Nr. 1 lit. a i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Die Zahlung des Ablösebetrags stelle eine nicht steuerbare Umschichtung auf der privaten Vermögensebene dar.

7 Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Einkommen-steuerbescheid 2018 vom 22.06.2021 sowie die Einspruchs-entscheidung vom 21.07.2021 dahingehend zu ändern, dass der Ablösebetrag nicht berücksichtigt wird.

8 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 II. Die Revision ist begründet. Sie führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Stattgabe der Klage.

10 Ausgehend von der den Senat bindenden Feststellung des FG, die Klägerin habe das wirtschaftliche Eigentum an den GmbH-Geschäftsanteilen in 2012 verloren, ist die Ent-scheidung des FG rechtsfehlerhaft, der Ablösebetrag sei als Entschädigung für entgehende Einnahmen aus Kapital-vermögen zu versteuern (dazu unter 1.). Bei Annahme feh-lenden wirtschaftlichen Eigentums der Klägerin an den GmbH-Geschäftsanteilen sind auch andere Besteuerungs-tatbestände ausgeschlossen (dazu unter 2.).

11 1. Zu Unrecht gelangt das FG zu dem Ergebnis, dass der Ablösebetrag von der Klägerin als Einkünfte aus Kapitalver-mögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 24 Nr. 1 lit. a EStG zu versteuern ist.

12 a) Nach § 24 Nr. 1 lit. a EStG gehören zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 1 EStG auch Entschädigungen, die als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen ge-währt worden sind.

13 aa) Die Vorschrift des § 24 EStG hat keine die Einkünfte erweiternde, sondern lediglich eine die Reichweite der ein-zelnen Einkunftsarten klarstellende Bedeutung. Diese Klar-stellung hat eine doppelte Wirkung. Einmal ist ihr positiv zu

entnehmen, zu welcher Einkunftsart eine Entschädigung gehört. Zum anderen hat die Vorschrift auch eine negative Rechtsfolge. Sie stellt in Nr. 1 lit. a klar, dass alle diejenigen Entschädigungen aus dem Regelungsbereich des § 2 Abs. 1 EStG ausgenommen sind, die für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt werden, die ihrerseits nicht unter die Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 EStG fallen. Die Entschädigung soll also nicht unter weitergehenden Voraussetzungen den Einkünften zugerechnet werden als die entgehende oder entgangene Einnahme, an deren Stelle sie tritt (vgl. Urteile des BFH vom 16.08.1978, I R 73/76, BFHE 126, 199 = BStBl. II 1979, S. 120; vom 11.02.2015, VIII R 4/12, BFHE 249, 154 = BStBl. II 2015, S. 647 Rdnr. 17). Es muss demzufolge eine kausale Verknüpfung zwischen der Entschädigung und den entgangenen Einnahmen bestehen (BFH, Urteil vom 11.02.2015, VIII R 4/12, BFHE 249, 154 = BStBl. II 2015, S. 647 Rdnr. 17). Mithin setzen nachträgliche Einkünfte voraus, dass dem Steuerpflichtigen die Einkünfte, für die Entschädigung gewährt wird, auch steuerlich zuzurechnen sind. Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Erzielung der Einkünfte erfüllt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG).

14 bb) Einnahmen aus Kapitalvermögen erzielt derjenige, der die rechtliche und tatsächliche Macht hat, das in § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 EStG genannte Kapitalvermögen entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen, wobei das Rechtsverhältnis maßgebend ist, auf dem die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung beruht (BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 30/18, BFHE 276, 58 = BStBl. II 2022, S. 548 Rdnr. 15 m. w. N.). Zurechnungssubjekt einer Ausschüttung durch eine GmbH ist danach grundsätzlich der Anteilseigner (§ 20 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG, § 39 Abs. 1 AO).

15 Einem zivilrechtlich hiervon abweichenden Gläubiger der Ausschüttung (zum Beispiel aufgrund einer Abtretung gemäß § 398 BGB oder aufgrund einer Nießbrauchsbestellung gemäß § 1068 BGB) ist die Ausschüttung nur dann einkommensteuerlich zuzurechnen, wenn ihm die Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle eingeräumt ist und seine Rechtsposition somit über das bloße Empfangen der Einkünfte hinausgeht. Hierfür reicht es nicht aus, wenn an einem GmbH-Geschäftsanteil unentgeltlich ein Nießbrauch zugunsten eines Dritten bestellt wurde, der dem Nießbrauchsberechtigten lediglich einen Anspruch auf den mit der Beteiligung verbundenen Gewinnanteil gemäß § 1068 Abs. 2, § 1030 i. V. m. § 99 Abs. 2, §§ 100, 101 Nr. 2 BGB einräumt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Nießbrauchsberechtigte – zum Beispiel durch Übergang der Mitverwaltungsrechte, insbesondere der Stimmrechte oder durch Einräumung einer Stimmrechtsvollmacht – eine Rechtsposition innehat, die ihm entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft verschafft und insofern dem zivilrechtlichen Gesellschafter gleichstellt.

16 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG, wonach ein Nießbrauchsberechtigter als Anteilseigner gilt, wenn ihm die Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen sind. Diese Norm regelt keine abweichende Zurechnung der Einnahmen, sondern setzt diese voraus und fingiert den Nießbrauchsberechtigten so-

dann als Anteilseigner (vgl. BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 30/18, BFHE 276, 58 = BStBl. II 2022, S. 548 Rdnr. 16 m. w. N.). § 20 Abs. 5 Satz 1 bis 3 EStG geht auf die fast wortgleichen, durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.09.1993 (BGBl. 1993 I, S. 1569) in § 20 Abs. 2a Satz 1 bis 3 EStG in der bis zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (BGBl. 2007 I, S. 1912) gültigen Fassung eingefügten Regelungen zurück. Durch die Einfügung dieser Regelungen sollte keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende steuerliche Zurechnung von Einkünften aus Kapitalvermögen erfolgen. Vielmehr sollte lediglich klargestellt werden, dass ein Dividendenanspruch bis zum Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses ein unselbstständiger Bestandteil des Stammrechts ist und daher von demjenigen als Kapitalertrag zu versteuern ist, dem im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses das Stammrecht steuerlich zuzurechnen ist (BT-Drucks. 12/5016, S. 87). § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG setzt mithin für eine Zurechnung der Einnahmen aus einer Beteiligung an einer GmbH zum Nießbrauchsberechtigten voraus, dass diesem auch das wirtschaftliche Eigentum im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO an den Geschäftsanteilen, an denen der Nießbrauch eingeräumt wurde, zusteht (so im Ergebnis auch Brandis/Heuermann/*Ratschow*, Ertragsteuerrecht, § 20 EStG Rdnr. 455; *Buge* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG KStG, § 20 EStG Rdnr. 25).

17 cc) Das wirtschaftliche Eigentum an einem Kapitalgesellschaftsanteil geht auf einen Erwerber über, wenn er aufgrund eines (bürgerlichrechtlichen) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht) sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind (st. Rspr. des BFH, Senatsurteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, BFHE 236, 356 = BStBl. II 2012, S. 308 Rdnr. 15 m. w. N.; vgl. auch *Binnewies*, GmbH-StB 2018, 183, 184). Hierfür reicht es nicht aus, wenn an einem GmbH-Geschäftsanteil unentgeltlich ein Nießbrauch zugunsten eines Dritten bestellt wurde, der dem Nießbrauchsberechtigten lediglich einen Anspruch auf den mit der Beteiligung verbundenen Gewinnanteil gemäß § 1068 Abs. 2, § 1030 i. V. m. § 99 Abs. 2, §§ 100, 101 Nr. 2 BGB einräumt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Nießbrauchsberechtigte eine Rechtsposition innehat, die ihm entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft verschafft und insofern dem zivilrechtlichen Gesellschafter gleichstellt (Senatsurteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, BFHE 236, 356 = BStBl. II 2012, S. 308 Rdnr. 15 und BFH, Urteil vom 14.02.2022, VIII R 29/18, BFHE 276, 49 = BStBl. II 2022, S. 544 Rdnr. 16; *Binnewies*, GmbH-StB 2018, 183, 184).

18 dd) Ob das wirtschaftliche Eigentum an GmbH-Geschäftsanteilen dem Nießbrauchsberechtigten zuzurechnen ist, bleibt indes eine Tatfrage des Einzelfalls. Die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentums ist Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung durch das FG und daher wegen § 118 Abs. 2 FGO für den BFH grundsätzlich bindend. Das Revisionsgericht prüft lediglich, ob das FG die gesetzlichen

Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (Senatsurteil vom 18.11.2014, IX R 49/13, BFHE 247, 435 = BStBl. II 2015, S. 224 Rdnr. 15 und BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 44/17, BFHE 272, 384 = BStBl. II 2022, S. 188 Rdnr. 22 m. w. N.). Verstößt die Sachverhaltswürdigung des FG nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze, ist sie für den BFH selbst dann bindend, wenn sie nicht zwingend, sondern nur möglich ist (st. Rspr., vgl. zum Beispiel BFH-Urteile vom 19.03.2009, IV R 45/06, BFHE 225, 334 = BStBl. II 2009, S. 902; vom 20.11.2012, VIII R 57/10, BFHE 239, 422 = BStBl. II 2014, S. 56). Eine tatrichterliche Würdigung ist danach unter anderem zu beanstandenden, wenn sie widersprüchlich ist (BFH-Urteile vom 23.08.2023, X R 15/22, Rdnr. 34 sowie vom 12.04.2018, IV R 5/15, BFHE 261, 157 = BStBl. II 2020, S. 118 Rdnr. 27 m. w. N.).

19 b) Daran gemessen kommt das FG zu Unrecht zu dem Ergebnis, der Klägerin sei der Ablösebetrag als Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 24 Nr. 1 lit. a EStG zuzurechnen, obwohl das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen bereits 2012 auf den Sohn übergegangen ist. Die Feststellung des FG, das wirtschaftliche Eigentum an den Geschäftsanteilen an der Z-GmbH sei bereits mit der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge von der Klägerin auf ihren Sohn übergegangen, schließt es aus, der Klägerin die Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen. Da § 24 Nr. 1 lit. a EStG keine die Einkünfte erweiternde Bedeutung hat, liegen bei der Klägerin insoweit keine steuerbaren Einkünfte vor.

20 aa) Zwar kann bei Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs an einem GmbH-Anteil nach Maßgabe der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen und der tatsächlichen Durchführung durch die Vertragsbeteiligten die Annahme wirtschaftlichen Eigentums beim Nießbraucher anstelle des zivilrechtlichen Anteilsinhabers möglich sein. In diesem Fall geht das wirtschaftliche Eigentum am Gesellschaftsanteil nicht bereits bei Bestellung des Vorbehaltsnießbrauchs, sondern erst bei dessen Ablösung über. So liegt der Fall hier aber nicht. Das FG ist auf der Grundlage seiner Feststellungen und unter Würdigung des Gesamtbilds der tatsächlichen Verhältnisse zu dem Ergebnis gekommen, das wirtschaftliche Eigentum sei bereits 2012 anlässlich der Anteilsübertragung unter Vorbehaltsnießbrauch mit Vertrag vom (...)(...).2012 von der Klägerin auf ihren Sohn übergegangen.

21 bb) Diese Sachverhaltswürdigung des FG ist für den Senat bindend, da sie möglich ist (§ 118 Abs. 2 FGO). Die Feststellung wirtschaftlichen Eigentums ist – wie oben dargelegt – Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung und daher nur eingeschränkt im Revisionsverfahren überprüfbar (BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 44/17, BFHE 272, 384 = BStBl. II 2022, S. 188 Rdnr. 22 m. w. N.; siehe auch Senatsurteil vom 24.01.2012, IX R 51/10, BFHE 236, 356 = BStBl. II 2012, S. 308 Rdnr. 21). Das FG hat die für die Auslegung und Durchführung der Vereinbarungen vom (...)(...).2012 und

vom (...)(...).2018 maßgeblichen Umstände untersucht und gewürdigt. Anhaltspunkte dafür, dass das FG bei der Auslegung der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen die gesetzlichen Auslegungsregeln nicht beachtet oder Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, liegen nicht vor. Verfahrensrügen, die sich gegen die Feststellung des der Ausgangsentscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts seitens des FG richten, sind nicht erhoben worden.

22 c) Rechtsfehlerhaft ist weiter die Annahme des FG, dass der Klägerin, obwohl sie bereits mit der zivilrechtlichen Anteilsübertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auch das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen an der Z-GmbH verloren hat, nach § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG die Dividenden aus der Beteiligung steuerlich zuzurechnen sein sollen. Denn das Gewinnbezugsrecht ist als dessen unmittelbarer Ausfluss an den Geschäftsanteil gebunden (Urteil des BGH vom 30.06.2004, VIII ZR 349/03 unter II. 1.; BFH, Urteil vom 02.10.2018, IV R 24/15, Rdnr. 49) und kann nicht von diesem abgespalten werden (*Verse* in Scholz, GmbHG, 13. Aufl., § 29 Rdnr. 10 m. w. N.; allgemein zum Abspaltungsverbot BGH, Urteil vom 25.02.1965, II ZR 287/63, BGHZ 43, 261 unter I. 2.; *H. Bartl* in HK-GmbH-Recht, 8. Aufl., § 14 GmbHG Rdnr. 11 m. w. N.).

23 2. Die bindende Feststellung der Vorinstanz, dass die Klägerin bereits 2012 neben dem zivilrechtlichen auch das wirtschaftliche Eigentum an den GmbH-Geschäftsanteilen verloren habe, lässt es nicht zu, den Ablösebetrag für die Aufgabe des Nießbrauchsrechts einem anderen Besteuerungstatbestand zuzuweisen.

24 a) Zum einen unterliegt der Ablösebetrag nicht § 17 EStG. Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehört nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war, wobei nach § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG zu den Anteilen an einer Kapitalgesellschaft unter anderem die Anteile an einer GmbH zählen. Eine Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften liegt vor, wenn der Erwerber vom Veräußerer zumindest das wirtschaftliche Eigentum an den übertragenen Anteilen erlangt (vgl. Senatsurteile vom 18.11.2014, IX R 30/13 und vom 13.10.2015, IX R 43/14, BFHE 251, 236 = BStBl. II 2016, S. 212 Rdnr. 11). Da nach den Feststellungen des FG das wirtschaftliche Eigentum bereits im Jahr 2012 mit der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auf den Sohn übergegangen ist, liegt im Moment der Ablösung des Nießbrauchs keine Anteilsveräußerung im Sinne von § 17 EStG vor.

25 b) Zum anderen ist der Ablösebetrag nicht als Einkünfte aus einer ehemaligen Tätigkeit nach § 17 i. V. m. § 24 EStG von der Klägerin zu versteuern.

26 aa) Die entgeltliche Ablösung des Nießbrauchs ist nicht nach § 24 Nr. 1 lit. a EStG steuerbar. Da die Klägerin nach den Feststellungen des FG bereits mit der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums auch das wirtschaftliche Eigen-



tum verloren hat, fehlt es jedenfalls an der kausalen Verknüpfung zwischen der Zahlung des Ablösebetrags und der Aufgabe der Geschäftsanteile an der Z-GmbH. Infolge des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums wären die Einnahmen von deren Sohn und nicht von der Klägerin als Einkünfte zu versteuern. Die Vereinnahmung des Ablösebetrags bei der Klägerin ist daher als nicht steuerbare Vermögensumschichtung einzuordnen.

27 bb) Auch liegen keine Einkünfte aus einer ehemaligen steuerbaren Tätigkeit nach § 24 Nr. 2 EStG vor. Aufgrund der Unentgeltlichkeit der Anteilsübertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge im Jahr 2012 fehlt es bereits an der Verwirklichung von Einkünften im Sinne von § 17 EStG (vgl. *Schießl*, Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins 2016, 91, 92). Die Vorschrift des § 24 EStG knüpft an eine bereits vorliegende Verwirklichung eines Einkünftestatbestands an und hat – wie oben ausgeführt – keine die Einkünfte erweiternde, sondern lediglich eine die Reichweite der einzelnen Einkunftsarten klarstellende Bedeutung.

28 3. Die Sache ist spruchreif. Das FG hat – für die Revisionsinstanz nach § 118 Abs. 2 FGO bindend – einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Jahr 2012 angenommen. Im Streitjahr 2018 hat die Klägerin daher weder einen Anteil übertragen noch war sie wirtschaftliche Eigentümerin der Anteile. Der Ablösebetrag in Höhe von (...) € ist weder bei den Einkünften aus § 17 EStG noch als Entschädigung für entgehende Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu versteuern und unterliegt auch aus anderen Gründen nicht der Besteuerung. Da das FG nicht festgestellt hat, dass die Klägerin im Streitjahr aufgrund des Nießbrauchs Bezüge aus der Z-GmbH erhalten hat, ist die Einkommensteuer 2018 unter Abänderung des Einkommensteuerbescheids vom 22.06.2021 auf den Betrag festzusetzen, der sich ohne Berücksichtigung der Zahlung von (...) € für die Ablösung des Nießbrauchs ergibt.

ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Dr. **Nils Trossen**,¹ München

Die Entscheidung des BFH enthält in Bezug auf die Steuerersparnis infolge der Nichtsteuerbarkeit der Abfindungszahlung eine gute Nachricht, für die Gestaltungspraxis mit Blick auf die mit einem Nießbrauch an (Kapital-) Gesellschaftsanteilen beabsichtigte Einkünfteverlagerung zugleich aber auch eine schlechte Nachricht. Denn im Kern betrifft die Entscheidung die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Ausschüttungen aus der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft dem zivilrechtlichen Eigentümer der GmbH-Anteile (und Nießbrauchsverpflichteten) oder dem Vorbehaltsnießbraucher (und Nießbrauchsberechtigten) zuzurechnen sind.²

Ist der Vorbehaltsnießbraucher nach der Bestellung des Nießbrauchs nicht wirtschaftlicher Eigentümer, ist eine

Ablösezahlung nicht steuerbar. Der Besteuerungstatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 24 Nr. 1 lit. a EStG ist nicht einschlägig. Entschädigungen nach § 24 EStG werden steuerlich genauso behandelt wie die Einkünfte, die sie ersetzen.³ Auch Einkünfte nach § 17 i. V. m. § 24 EStG liegen nicht vor. Zurechnungssubjekt für die Ausschüttung der Gewinne einer Kapitalgesellschaft ist der Anteilseigner. Dies ist grundsätzlich der zivilrechtliche Inhaber des Gesellschaftsanteils. Einem zivilrechtlich abweichenden Gläubiger der Gewinnausschüttung (also dem Nießbrauchsberechtigten) ist die Ausschüttung nur dann zuzurechnen, wenn ihm die Dispositionsbefugnis über den Anteil eingeräumt ist und seine Rechtsposition über das bloße Empfangen der Einkünfte hinausgeht. Er muss also wirtschaftlicher Eigentümer des Anteils sein. Dafür reicht es nicht aus, wenn an dem GmbH-Geschäftsanteil ein (Vorbehalts-)Nießbrauch bestellt ist, der lediglich einen Anspruch auf Gewinnausschüttungen einräumt. Steht aufgrund des Nießbrauchs dem Nießbrauchsberechtigten allein das Recht zu, die Gewinnausschüttungen zu vereinnahmen, ist er nicht wirtschaftlicher Eigentümer und er hat weder die Dividendenzahlungen noch die Abfindungszahlung für den Nießbrauch zu versteuern. Dies gilt nach Ansicht des BFH jedenfalls dann, wenn anlässlich der Nießbrauchsbestellung das wirtschaftliche Eigentum auf den (zivilrechtlichen) Gesellschafter und damit Inhaber des Gesellschaftsanteils übergegangen ist. Anders ist dies zu beurteilen, wenn anlässlich der Nießbrauchsbestellung das wirtschaftliche Eigentum beim Nießbrauchsberechtigten verbleibt. Verbleibt das wirtschaftliche Eigentum beim früheren Gesellschafter und jetzigen (Vorbehalts-)Nießbrauchsberechtigten, hat dieser die (laufenden) Gewinnausschüttungen und auch die Abfindungszahlung im Fall der Ablösung des Nießbrauchs zu versteuern.

Welche Gesichtspunkte dafür sprechen, dass das wirtschaftliche Eigentum beim Nießbrauchsberechtigten verbleibt und wann es anlässlich der Bestellung des Nießbrauchs dem zivilrechtlichen Eigentum folgt und auf den Nießbrauchsverpflichteten übergeht, bleibt für die Gestaltungspraxis auch nach dieser Entscheidung weiterhin unklar. Viele in der Vergangenheit abgeschlossene Nießbrauchsvereinbarungen lassen oftmals klare und eindeutige Regelungen dazu, die eine eindeutige Entscheidung ermöglichen, vermissen. Auch die Finanzverwaltung handelt bislang bei der Würdigung dieser Vereinbarungen nicht immer stringent. Entscheidende Gesichtspunkte für die Frage dürften u. a. die Frage der Ausübung der (wesentlichen) Gesellschafterrechte wie des Stimmrechts sowie die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über den Anteil sein.

- Steht das Stimmrecht weiterhin dem Nießbrauchsberechtigten (und vormaligen Gesellschafter) zu (zum Beispiel über eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht) und kann der Nießbrauchsverpflichtete als zivilrechtlicher Inhaber des Anteils

¹ Diese Anmerkung ist in nicht dienstlicher Eigenschaft verfasst und spiegelt lediglich die persönliche Auffassung des Verfassers wider.

² So auch *Internann*, GmbHR 2025, 150.

³ Vgl. *Viskorf/Steger*, ZEV 2025, 59.

über den Anteil nicht ohne Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten verfügen (zum Beispiel über einen Zustimmungsvorbehalt), stellt dies ein erhebliches Indiz dar, dass das wirtschaftliche Eigentum beim Nießbrauchsberechtigten verbleibt. Da der Nießbrauchsberechtigte sich dann die Zustimmung zur Veräußerung vom Nießbrauchsverpflichteten „abkaufen“ lassen kann, ist er von Wertsteigerungen oder Wertverlusten des Anteils betroffen. In diesem Fall hat der Nießbrauchsberechtigte während der Laufzeit des Nießbrauchs die Gewinnausschüttungen sowie anlässlich der Abfindung des Nießbrauchs die Abfindungszahlung zu versteuern. Die Regelung des § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG ist in diesem Fall nicht einschlägig, der Nießbraucher ist bereits Anteilseigner im Sinne des § 20 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG.⁴

- Werden hingegen anlässlich der Vereinbarung des Nießbrauchs keine klaren und eindeutigen Regelungen zur Ausübung der Gesellschafterrechte sowie der Verfügungsbefugnis über den Anteil an der Kapitalgesellschaft getroffen, steht also die Ausübung des Stimmrechts uneingeschränkt dem zivilrechtlichen Gesellschafter und Nießbrauchsverpflichteten zu und kann dieser auch über den Anteil uneingeschränkt verfügen, spricht dies für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums anlässlich der Nießbrauchsbestellung auf den Nießbrauchsverpflichteten. Dieser hat dann auch während des laufenden Nießbrauchsverhältnisses die Dividendenzahlungen zu versteuern. Die Zuwendung der Gewinnausschüttungen an den Nießbrauchsberechtigten ist in diesem Fall bloße Einkommensverwendung. Die an den Nießbrauchsberechtigten bei Ablösung gezahlte Abfindung für den Verzicht auf den Nießbrauch ist (soweit nicht ggf. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG eingreift)⁵ nicht steuerbar.⁶

Mit der Entscheidung erschwert der BFH daher die mit der Nießbrauchsbestellung gewünschte Einkünfteverlagerung vom zivilrechtlichen Inhaber der Gesellschaftsanteile auf den Nießbrauchsberechtigten.⁷ § 20 Abs. 5 Satz 3 EStG setzt für die Zurechnung der Einnahmen aus der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft zum Nießbrauchsberechtigten voraus, dass diesem auch das wirtschaftliche Eigentum zusteht. Dies gilt – auch wenn die BFH-Entscheidung zunächst einen Vorbehaltsnießbrauch betraf – in gleicher Weise für den Zuwendungsnießbrauch. Mit dem Nießbrauch müssen daher nicht nur die Gewinnausschüttungen, sondern auch die wesentlichen Gesellschafterrechte dem Nießbrauchsberechtigten zustehen. Dass dies in der Praxis, zum Beispiel bei

der Bestellung des Nießbrauchs zugunsten unterhaltsberechtigter Kinder im Rahmen des sog. „Ausbildungskostenmodells“⁸ meist nicht gewünscht oder praktikabel ist, liegt auf der Hand.

Die Entscheidung zeigt zudem exemplarisch die Risiken auf, die bei der Vereinbarung des Nießbrauchs an Kapitalgesellschaftsanteilen zu beachten sind. Leider fehlt zu der Frage des Nießbrauchs an Kapitalgesellschaftsanteilen (seit Langem) eine Anweisung der Finanzverwaltung, die die für die Gestaltungspraxis nötige Rechtssicherheit gewährleisten kann.⁹ Der Nießbrauchserlass vom 30.09.2013¹⁰ bezieht sich nur auf die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und äußert sich nicht zur entsprechenden Handhabung bei Anteilen an Kapitalgesellschaften. Das BMF-Schreiben vom 23.11.1983¹¹ besitzt keine Gültigkeit mehr. Da zu der hier entschiedenen Frage noch ein weiteres Revisionsverfahren¹² anhängig ist, mit dessen Entscheidung und Veröffentlichung demnächst zu rechnen ist, bleibt abzuwarten, ob die Finanzverwaltung sich vor dem Hintergrund der Auffassung des BFH zu einer verbindlichen Klärung im Wege eines BMF-Schreibens oder einer Klarstellung in den Einkommensteuerrichtlinien veranlasst sieht.

Zu beachten ist ferner, dass die Ablösezahlung beim Nießbrauchsberechtigten, wenn dieser nicht wirtschaftlicher Eigentümer ist, nicht steuerbar ist.¹³ Beim Nießbrauchsverpflichteten führt die Zahlung für die Ablösung zu nachträglichen Anschaffungskosten für die Beteiligung. Hatte der Nießbrauchsberechtigte anlässlich der Bestellung des Nießbrauchs diesen zunächst unentgeltlich erworben, entstehen mit der Ablösezahlung nachträgliche Anschaffungskosten, die die Höhe des bei ihm entstandenen Veräußerungsgewinns mindern.¹⁴

- 8 Vgl. zum Ausbildungskostenmodell bei Vermietungseinkünften BFH, Urteil vom 20.06.2023, IX R 8/22, MittBayNot 2024, 301.
- 9 Vgl. zum Nießbrauchserlass vom 23.11.1983 Böttcher, GStB 2024, 403.
- 10 Bundesministerium der Finanzen vom 30.09.2013, IV C 1-S 2253/07/10004, BStBl. I 2013, S. 1184.
- 11 Bundesministerium der Finanzen vom 23.11.1983, V B 1-S 2253-103/83, BStBl. I 1983, S. 508.
- 12 Aktenzeichen IX R 14/24, Vorinstanz: FG Köln vom 29.02.2024, 7 K 95/23, EFG 2025, 100 mit Anm. Einsfelder; vgl. auch Bodden, NWB 2024, 3478, 3480.
- 13 Vgl. BFH, Urteil vom 18.11.2024, IX R 49/13, MittBayNot 2016, 89.
- 14 Vgl. Reddig, JurisPR-SteuerR 8/2025, Anm. 2 unter C.

4 Vgl. Böttcher, GStB 2024, 403.

5 Vgl. für den Fall der Bestellung eines Erbbaurechts BFH, Urteil vom 08.11.2017, IX R 25/15, RNotZ 2018, 348; siehe auch Hamacher, HFR 2025, 32.

6 Vgl. auch Reddig, JurisPR-SteuerR 8/2025, Anm. 2 unter C.

7 Vgl. Viskorf/Steger, ZEV 2025, 59.

25. Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG bei Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine neu gegründete Kapitalgesellschaft

BFH, Urteil vom 25.09.2024, II R 2/22 (Vorinstanz:
FG Sachsen, Urteil vom 30.06.2021, 2 K 121/21)

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, § 6a

LEITSÄTZE:

1. Die Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine zu diesem Zweck neu gegründete Kapitalgesellschaft kann nach § 6a GrEStG steuerbegünstigt sein.
2. Kann die Vorbehaltensfrist des § 6a Satz 4 GrEStG in diesem Fall umwandlungsbedingt nicht eingehalten werden, steht dies der Begünstigung nicht entgegen.
3. Die Nachbehaltensfrist des § 6a Satz 4 GrEStG muss insoweit eingehalten werden, als der nach Erlöschen des Einzelunternehmens als Alleingesellschafter an der Kapitalgesellschaft beteiligte (frühere) Einzelkaufmann diese Beteiligung in Höhe von mindestens 95 % über weitere fünf Jahre halten muss.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin), einer GmbH, ist Frau Y. Y war Eigentümerin eines inländischen Grundstückes. Das Grundstück befand sich im Betriebsvermögen des Einzelunternehmens von Y. In der Schlussbilanz des Einzelunternehmens wurde es mit einem Wert in Höhe von (...) € ausgewiesen. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom (...)2018 übertrug das Einzelunternehmen im Wege der Ausgliederung sein Vermögen als Ganzes auf die mit Gesellschaftsvertrag vom selben Tag neu gegründete Klägerin. Die Ausgliederung zur Neugründung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG wurde am (...)2018 in das Handelsregister eingetragen.

2 Der Beklagte und Revisionskläger (FA) setzte mit Bescheid vom (...)2019 gegenüber der Klägerin Grunderwerbsteuer in Höhe von (...) € fest. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin keinen Einspruch ein.

3 Das für die Bewertung des Grundbesitzes zuständige FA stellte mit Bescheid vom (...)2019 den Grundbesitzwert in Höhe von (...) € fest. Daraufhin änderte das FA mit Bescheid vom (...)2019 den Grunderwerbsteuerbescheid vom (...)2019 nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO und setzte die Grunderwerbsteuer auf (...) € herauf. Dagegen legte die Klägerin Einspruch ein, den das FA mit Einspruchsentscheidung vom (...)2021 als unbegründet zurückwies.

4 Die Klage vor dem FG hatte teilweise Erfolg. Nach Ansicht des FG unterlag zwar der durch die Verschmelzung bewirkte Übergang des Eigentums an dem Grundstück von Y auf die Klägerin nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG in der im Streitjahr geltenden Fassung der Grunderwerbsteuer. Allerdings seien die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG erfüllt gewesen. Ungeachtet dessen könne die im Verfahren vor dem FG beantragte Festsetzung der

Grunderwerbsteuer auf 0 € nicht vorgenommen werden, denn das FA habe mit dem bestandskräftigen Grunderwerbsteuerbescheid vom (...)2019 gegenüber der Klägerin die Grunderwerbsteuer in Höhe von (...) € festgesetzt.

5 Dagegen richtet sich die Revision des FA. Seiner Ansicht nach ist die Ausgliederung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns auf eine neu gegründete Gesellschaft nicht nach § 6a GrEStG begünstigt, weil kein Konzernsachverhalt vorliege. § 6a GrEStG sei auf Vorgänge innerhalb eines bestehenden Konzerns beschränkt.

6 Der BFH habe bislang nur entschieden, dass § 6a GrEStG auch auf solche Umwandlungsvorgänge im Sinne des UmwG anzuwenden sei, infolge derer ein Rechtsträger umwandlungsbedingt neu entstanden oder untergegangen sei und die Fristen des § 6a Satz 4 GrEStG allein deshalb nicht eingehalten werden könnten. Er habe ferner entschieden, dass § 6a GrEStG für alle wirtschaftlich tätigen Rechtsträger gelte und das herrschende Unternehmen nicht Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes sein müsse.

7 Der hier streitige Sachverhalt unterscheide sich aber von den vorgenannten Fallgestaltungen. Hier gebe es nur eine natürliche Person, die erst durch die Umwandlung zum Alleingesellschafter einer GmbH werde. Es sei unerheblich, dass diese natürliche Person eine Firma unterhalte. Die Überschrift „im Konzern“ setze sprachlich einen bestehenden Konzern voraus. Zudem werde aus § 6a Satz 3 und 4 GrEStG deutlich, dass die Vergünstigung nach § 6a Satz 1 GrEStG nur bei bestehenden Beherrschungsverhältnissen gelten solle. Eine natürliche Person könne aber nicht sich selbst „beherrschen“. Würde einer einzelnen Rechtspersönlichkeit eine Konzern-Steuerbegünstigung gewährt, führe dies offensichtlich zur Überdehnung des gesetzgeberischen Ziels.

8 Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

9 Die Klägerin beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

10 Das BMF ist dem Verfahren beigetreten (§ 122 Abs. 2 Satz 1 FGO). Es hat keinen Antrag gestellt.

11 Das BMF unterstützt inhaltlich das Vorbringen des FA. Ergänzend trägt es vor, dass ein Einzelunternehmen nicht die Voraussetzungen eines herrschenden Unternehmens im Sinne des § 6a GrEStG erfülle. Bei der hier vorliegenden Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine neu zu gründende Kapitalgesellschaft, deren Alleingesellschafter auch Inhaberin des Einzelunternehmens sei, bestehe weder vor noch nach dem Umwandlungsvorgang ein Konzern.

12 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG bei der Ausgliederung des Einzelunternehmens der Y auf die zu diesem Zweck neu gegründete Klägerin im Streitfall erfüllt sind.

13 1. Der durch die Ausgliederung bewirkte Übergang des Eigentums an dem Grundstück auf die Klägerin unterliegt

nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Es handelt sich um einen gesetzlichen Eigentumswechsel, bei dem kein Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen war und bei dem es auch keiner Auflassung bedurfte.

14 2. Die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG sind erfüllt.

15 a) Nach § 6a Satz 1 Hs. 1 GrEStG wird für einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, Abs. 2, 2a, 3 oder Abs. 3a GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang aufgrund einer Umwandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG die Steuer nicht erhoben. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG betrifft die Verschmelzung, § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG die Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung und § 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwG die Vermögensübertragung.

16 Die Nichterhebung der Steuer setzt weiter voraus, dass an dem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sind (§ 6a Satz 3 GrEStG). Im Sinne von Satz 3 abhängig ist eine Gesellschaft, an deren Kapital oder Gesellschaftsvermögen das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahren nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar, teils mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt ist (§ 6a Satz 4 GrEStG).

17 b) Bei der Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG handelt es sich um einen Umwandlungsvorgang im Sinne des § 6a Satz 1 GrEStG.

18 aa) Es lässt sich dem Wortlaut des § 6a Satz 1 GrEStG keine Einschränkung dahingehend entnehmen, dass nur bestimmte Verschmelzungsvorgänge von der Norm erfasst sein sollen. § 6a Satz 1 GrEStG erfasst vielmehr alle Umwandlungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG, folglich auch die Ausgliederung eines einzelkaufmännisch betriebenen Unternehmens auf eine Kapitalgesellschaft nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. § 152 UmwG. Hätte der Gesetzgeber bestimmte, nach dem Umwandlungsgesetz zulässige Verschmelzungen vom Anwendungsbereich des § 6a GrEStG ausnehmen wollen, hätte dies im Wortlaut des § 6a GrEStG einen Anklang finden müssen (BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BFHE 266, 326 = BStBl. II 2020, S. 329 Rdnr. 21).

19 bb) Der BFH hat bereits entschieden, dass auch Umwandlungsvorgänge zwischen einem Alleingesellschafter und der von ihm beherrschten Kapitalgesellschaft von § 6a GrEStG erfasst sind. § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG sieht ausdrücklich vor, dass eine Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter verschmolzen werden kann und dieser das Vermögen der Gesellschaft als Gesamtrechtsnachfolger übernimmt. Der Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann herrschendes Unternehmen im Sinne des § 6a GrEStG sein (BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BFHE 266, 326 = BStBl. II 2020, S. 329 Rdnr. 21; *Lieber* in Behrens/Wachter, Grunderwerbsteuergesetz,

2. Aufl., § 6a Rdnr. 30; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, 21. Aufl., § 6a Rdnr. 85).

20 cc) Dasselbe gilt für den umgekehrten Fall der Ausgliederung eines Einzelunternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG.

21 Nach § 124 Abs. 1 UmwG können an einer Ausgliederung als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger die in § 3 Abs. 1 UmwG genannten Rechtsträger sowie als übertragende Rechtsträger wirtschaftliche Vereine, Einzelkaufleute, Stiftungen sowie Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, die nicht Gebietskörperschaften sind, beteiligt sein. Nach § 152 UmwG kann unter weiteren Voraussetzungen die Ausgliederung des von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, oder von Teilen desselben aus dem Vermögen dieses Kaufmanns zur Aufnahme dieses Unternehmens oder von Teilen dieses Unternehmens durch Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften oder zur Neugründung von Kapitalgesellschaften erfolgen. Auch dieser Fall ist von § 6a Satz 1 GrEStG erfasst, denn es handelt sich um eine Umwandlung nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwG.

22 c) Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 6a GrEStG in Bezug auf den Bestand des dort bestimmten Abhängigkeitsverhältnisses innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vor dem Umwandlungsvorgang (Vorbehaltensfrist) im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind. Jedoch muss die Nachbehaltensfrist von fünf Jahren in Bezug auf das durch den Umwandlungsvorgang begründete Abhängigkeitsverhältnis eingehalten werden.

23 aa) § 6a Satz 4 GrEStG ist nach der Rechtsprechung des BFH dahingehend auszulegen, dass die dort genannten Fristen nur insoweit eingehalten werden müssen, als sie aufgrund eines begünstigten Umwandlungsvorgangs auch eingehalten werden können. Bei Umwandlungsvorgängen zwischen einer abhängigen Gesellschaft und einem herrschenden Unternehmen muss in Fällen der Verschmelzung nur die Vorbehaltensfrist und in Fällen der Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung nur die Nachbehaltensfrist eingehalten werden. Die Vorbehaltensfrist muss bei der Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung nicht eingehalten werden, um die Steuerbegünstigung zu erlangen. Denn eine vor der Umwandlung nicht existente Gesellschaft kann die in § 6a Satz 4 GrEStG bestimmten zeitlichen Voraussetzungen der Abhängigkeit aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen (BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BFHE 266, 335 = BStBl. II 2020, S. 333 Rdnr. 25; *Lieber* in Behrens/Wachter, Grunderwerbsteuergesetz, § 6a Rdnr. 39; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 6a Rdnr. 111; gl. A. die Finanzverwaltung in den gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 6a GrEStG vom 25.05.2023, BStBl. I 2023, S. 995 Tz. 3.2.2.1).

24 bb) Im Falle einer Ausgliederung eines Unternehmens eines Einzelkaufmanns auf eine zu diesem Zweck neu ge-

gründete Kapitalgesellschaft bewirkt die Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister das Erlöschen der von dem Einzelkaufmann geführten Firma (vgl. § 155 Satz 1 UmwG). Umwandlungsbedingt kann daher die Einzelfirma nicht mehr weiter an der Kapitalgesellschaft beteiligt sein, wohl aber der (frühere) Einzelkaufmann als Alleingesellschafter der Kapitalgesellschaft. Lässt der Gesetzgeber einerseits die Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine Kapitalgesellschaft zu und schränkt andererseits den Anwendungsbereich des § 6a Satz 1 GrEStG diesbezüglich nicht näher ein, ist § 6a Satz 4 GrEStG dahingehend auszuulegen, dass eine Nachbehaltensfrist umwandlungsbedingt insoweit eingehalten werden muss, als der nach Erlöschen des Einzelunternehmens als Alleingesellschafter an der Kapitalgesellschaft beteiligte (frühere) Einzelkaufmann diese Beteiligung in Höhe von mindestens 95 % über weitere fünf Jahre halten muss.

25 cc) Eine solche Auslegung des § 6a GrEStG findet ihren Anknüpfungspunkt in der Systematik der Vorschrift. Nach § 6a Satz 1 Hs. 1 GrEStG wird ausdrücklich für einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, Abs. 2, 2a, 3 oder Abs. 3a GrEStG steuerbaren Rechtsvorgang aufgrund einer Umwandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG die Steuer nicht erhoben. Der Verweis auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG schließt die Verschmelzung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 2 ff. UmwG), die Aufspaltung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 1 UmwG), die Abspaltung und die Ausgliederung von Vermögen zur Neugründung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 123 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2, §§ 124 ff. UmwG) sowie die Vermögensübertragung (§ 1 Abs. 1 Nr. 3, §§ 174 ff. UmwG) ausdrücklich und ohne Vorbehalt auf bestimmte Umwandlungsfälle in die Begünstigung ein. § 6a Satz 1 GrEStG differenziert nicht danach, in welcher Richtung, horizontal auf eine Schwestergesellschaft oder vertikal auf die Muttergesellschaft, eine Gesellschaft verschmolzen wird, sondern begünstigt alle dort genannten Umwandlungsvorgänge gleichermaßen, auch wenn nur ein herrschendes Unternehmen und eine abhängige Gesellschaft an dem Umwandlungsvorgang beteiligt sind. Hätte der Anwendungsbereich des § 6a GrEStG nur auf solche Umwandlungsvorgänge beschränkt sein sollen, bei denen bereits ein Verbund aus mehreren Unternehmen besteht und nach dem Umwandlungsvorgang auch weiter besteht, hätte dies in § 6a Satz 1 GrEStG seinen Niederschlag finden müssen (BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BFHE 266, 335 = BStBl. II 2020, S. 333 Rdnr. 34; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 6a Rdnr. 102; *Lieber* in Behrens/Wachter, Grunderwerbsteuergesetz, § 6a Rdnr. 39; *Pahlke* in Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, 7. Aufl., § 6a Rdnr. 40).

26 dd) Diese Auslegung entspricht auch dem Zweck des § 6a GrEStG. Der Gesetzgeber wollte mittels der Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen erleichtern, damit Unternehmen flexibel auf Veränderungen der Marktverhältnisse reagieren können (BT-Drucks. 17/147, S. 10). Das schließt – entgegen der Auffassung des FA und des BMF – auch solche Umwandlungsvorgänge ein, durch die ein Konzern beendet oder neu begründet wird. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, nur bestimmte Umwandlungsvorgänge, zum Bei-

spiel Verschmelzungen auf Schwestergesellschaften, zu begünstigen, zumal die Begünstigungswirkungen des § 6a GrEStG nach der Vorstellung des Gesetzgebers allen Begünstigungsadressaten möglichst gleichmäßig zugutekommen und die Erfassung aller Umwandlungsvorgänge einer gleichmäßigen Wirkung der Begünstigung dienen sollten (BT-Drucks. 17/147, S. 10). Der Begünstigungszweck würde verfehlt, schlosse man diejenigen Umwandlungsvorgänge, die in der Praxis sehr häufig vorkommen, wie die vertikale Verschmelzung und die Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 6a GrEStG aus (BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BFHE 266, 335 = BStBl. II 2020, S. 333 Rdnr. 35).

27 ee) Die Auslegung steht schließlich nicht im Widerspruch zu dem weiteren von § 6a Satz 3 und 4 GrEStG verfolgten Zweck, ungewollte Mitnahmeeffekte zu vermeiden (vgl. BT-Drucks. 17/147, S. 10). In Verschmelzungsfällen muss nach § 6a Satz 3 und 4 GrEStG die Vorbehaltensfrist gewahrt sein, das heißt, das qualifizierte Abhängigkeitsverhältnis muss vor dem Umwandlungsvorgang fünf Jahre Bestand gehabt haben. In den Fällen der Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung muss die Nachbehaltensfrist gewahrt bleiben, sodass das durch den Umwandlungsvorgang begründete Abhängigkeitsverhältnis nach dem Vorgang mindestens fünf Jahre bestehen muss. Kurzfristige Gestaltungen, wie sie § 6a Satz 3 und 4 GrEStG in Anlehnung an §§ 5 und 6 GrEStG verhindern will (vgl. BT-Drucks. 17/147, S. 10), sind folglich auch in Verschmelzungs-, Abspaltungs- oder Ausgliederungsfällen unter Beteiligung von Einzelunternehmen ausgeschlossen (vgl. BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BFHE 266, 335 = BStBl. II 2020, S. 333 Rdnr. 36).

28 d) Nach diesen Grundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass die Grunderwerbsteuer dem Grunde nach im Streitfall nach § 6a GrEStG nicht zu erheben ist. Die Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung sind erfüllt.

29 An dem Umwandlungsvorgang sind – wie § 6a Satz 3 GrEStG voraussetzt – das Einzelunternehmen der Y als herrschendes Unternehmen und die Klägerin als abhängige Gesellschaft beteiligt. Unerheblich für die Anwendung des § 6a GrEStG ist der Umstand, dass das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Einzelunternehmen und – nach dessen Erlöschen – zwischen der Klägerin und ihrer Alleingesellschafterin erst durch den Umwandlungsvorgang begründet wurde.

30 § 6 Satz 4 GrEStG schließt die Steuerbegünstigung nicht aus. Zwar waren weder das Einzelunternehmen noch Y als Alleingesellschafterin vor dem Umwandlungsvorgang fünf Jahre zu mindestens 95 % an der Klägerin beteiligt. Dies ist jedoch unerheblich, da beide aus Rechtsgründen vor dem Umwandlungsvorgang nicht an der Klägerin beteiligt sein konnten, da sie erst aufgrund des Umwandlungsvorgangs entstanden ist. Nach dem Umwandlungsvorgang war Y an der Klägerin als Alleingesellschafterin zu 100 % beteiligt.

ANMERKUNG:

Von RichterIn am BFH Dr. **Anette Kugelmüller-Pugh**, München

1. Sachverhalt und Hintergrund der Gestaltung

Die Klägerin und Revisionsbeklagte in der Rs. II R 2/22 ist eine GmbH. Ihre alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin war Eigentümerin eines Einzelunternehmens, in dessen Betriebsvermögen sich ein inländisches Grundstück befand. Mit Notarvertrag aus dem Jahr 2018 wurde das Vermögen des Einzelunternehmens als Ganzes im Wege der Ausgliederung zur Neugründung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 UmwG auf die mit Gesellschaftsvertrag ebenfalls am Tag des notariell beurkundeten Vertrags neu gegründete Klägerin übertragen. Die Ausgliederung wurde in der Folge entsprechend in das Handelsregister eingetragen. Die Umwandlung eines Einzelunternehmens ist in der Praxis eine gern gewählte Gestaltung. In der Anfangsphase einer unternehmerischen Betätigung bietet sich zunächst oftmals die Gründung eines Einzelunternehmens an. Es muss kein Mindestkapital eingebracht werden. Die Gründung einer GmbH hingegen erfordert nach § 5 Abs. 1 GmbHG ein Stammkapital von mindestens 25.000 €. Im Laufe der unternehmerischen Tätigkeit mag es dann sinnvoll werden, das Einzelunternehmen in eine GmbH umzuwandeln. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn Umsatz und Gewinn des Einzelunternehmens so hoch sind, dass der Spitzensteuersatz greift, und sich durch die Umwandlung in eine GmbH, die einen im Verhältnis zum Spitzensteuersatz einer natürlichen Person insgesamt reduzierten Steuersatz in einer Kombination aus Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer zu entrichten hat, steuerliche Vorteile für den Einzelunternehmer zum Schutz seines Privatvermögens ergeben können. Zudem mindert das Gehalt als Geschäftsführer den steuerlichen Gewinn und damit die Steuerlast der GmbH. Auch die Reduzierung der Haftung von der Vollhaftung mit dem Privatvermögen als Einzelunternehmer hin zu der Haftung der GmbH auf das dort eingebrachte Vermögen spielen eine Rolle. Das UmwG stellt für die Umwandlung geeignete Wege zur Verfügung, wie beispielsweise im Streitfall die Ausgliederung zur Neugründung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG, § 152 Satz 1 UmwG. Die durch das UmwG ermöglichte Gesamtrechtsnachfolge bewirkt, dass mit der erforderlichen Eintragung der Ausgliederung im Handelsregister das gesamte Vermögen des Einzelunternehmens übertragen ist, einschließlich der Verbindlichkeiten und Verträge mit Dritten.

2. Einordnung der Entscheidung

Da wie beschrieben bei der Ausgliederung des Einzelunternehmens auf eine GmbH Gesamtrechtsnachfolge eintritt, kann die Umwandlung Grunderwerbsteuer hervorrufen, wenn sich im Betriebsvermögen des Einzelunternehmens ein inländisches Grundstück befindet. Der durch die Ausgliederung bewirkte Übergang des Eigentums an dem Grundstück auf die GmbH unterliegt nach

§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GrEStG im Rahmen eines gesetzlichen Eigentumswechsels der Grunderwerbsteuer. In Konstellationen wie im Streitfall stellt sich deshalb die Frage, ob diese grunderwerbsteuerrechtliche Konsequenz als Folge der Umwandlung hinzunehmen ist oder ob der Umwandlungsvorgang als steuerbegünstigt angesehen werden kann, sodass zumindest die Belastung mit Grunderwerbsteuer Einzelunternehmer nicht von dieser Vorgehensweise abschreckt.

Bereits entschieden hatte der BFH den Fall einer Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter, der das Vermögen der Gesellschaft als Gesamtrechtsnachfolger übernommen hat (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG).¹ Der BFH hat dort zum Ausdruck gebracht, dass der Alleingesellschafter herrschendes Unternehmen i. S. d. § 6a Satz 3 GrEStG sein kann. Eine bestimmte Rechtsform ist dafür nämlich nicht vorgeschrieben, sodass auch ein Alleingesellschafter diese Voraussetzung erfüllen kann. Lediglich eine wirtschaftliche Betätigung ist notwendig.² Bei einem Alleingesellschafter wird angenommen, dass er über seine Beteiligung an der Gesellschaft wirtschaftlich tätig ist.³ Durch diese Ausführungen fand bereits eine gewisse Vorprägung für den Streitfall statt, bei dem in umgekehrter Weise der Alleingesellschafter sein Einzelunternehmen auf eine Kapitalgesellschaft ausgliedert. In einem solchen Fall wird das Einzelunternehmen als herrschendes Unternehmen angesehen.⁴ Abhängige Gesellschaft ist die Kapitalgesellschaft. In Bezug auf die Vor- und Nachbehaltensfristen i. S. d. § 6a Satz 4 GrEStG hat der BFH in Anwendung seiner bereits bestehenden Rechtsprechung, dass solche Fristen nicht eingehalten werden müssen, wenn die Einhaltung aus umwandlungsbedingten Gründen unmöglich ist,⁵ geurteilt, dass bei einer Ausgliederung zur Neugründung nur die Nachbehaltensfrist, nicht aber die Vorbehaltensfrist einzuhalten ist. Den einzig weiteren und neuen Schritt, den der BFH im Streitfall gehen musste, war, es als unschädlich anzusehen, dass streng genommen nicht das Einzelunternehmen (dessen Firma aufgrund der Ausgliederung nach § 155 Satz 1 UmwG erlischt) als herrschendes Unternehmen, sondern die Alleingesellschafterin des Einzelunternehmens als spätere Alleingesellschafterin der Kapitalgesellschaft die fünfjährige Nachbehaltensfrist einhielt. Dies sah der BFH als denk-

- 1 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BFHE 266, 326 = BStBl. II 2020, S. 329.
- 2 BFH, EuGH-Vorlage vom 25.11.2015, II R 62/14, BFHE 251, 504 = BStBl. II 2016, S. 167 Rdnr. 29; *Kugelmüller-Pugh* in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, 21. Aufl. 2024, § 6a Rdnr. 85.
- 3 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BFHE 266, 326 = BStBl. II 2020, S. 329 Rdnr. 21.
- 4 Zur Frage, wer „herrschendes Unternehmen“ sein kann, vgl. auch BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BFHE 266, 326 = BStBl. II 2020, S. 329 Rdnr. 19.
- 5 Vgl. zum Beispiel auch BFH, Beschluss vom 03.05.2023, II B 27/22, BFH/NV 2024, 920 Rdnr. 9 f.; *Hübner*, DStRK 8/2025, 109.

logisch und durch den Sinn und Zweck des § 6a GrEStG gedeckt an, da das UmwG solche Umwandlungen vorsieht, aufgrund derer die ursprüngliche Einzelfirma erlischt. Einem Missbrauch wird dadurch vorgebeugt, dass die Alleingesellschafterin die Nachbehaltensfrist erfüllen muss. Schließlich hat der BFH erneut klargestellt, dass es entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung für die Anwendung des § 6a GrEStG nicht auf eine bestehende Konzernstruktur ankommt, sondern allein die Bestimmbarkeit eines herrschenden Unternehmens i. S. d. § 6a Sätze 3 und 4 GrEStG ausschlaggebend ist.

3. Zusammenfassung und praktische Anwendung

Der II. Senat des BFH hat mit seiner Rechtsprechung der letzten sechs Jahre die Anforderungen an die § 6a Satz 3 und 4 GrEStG in weiten Teilen geklärt.

Die Vorbehaltensfrist des § 6a Satz 4 GrEStG muss hinsichtlich des aufnehmenden Rechtsträgers nicht eingehalten werden, wenn dies umwandlungsrechtlich nicht möglich ist. Dies hat der BFH bei der Abspaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG)⁶ und der Ausgliederung zur Neugründung (§ 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG) bereits entschieden.⁷ In Bezug auf die Aufspaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) gibt es noch keine ausdrückliche Entscheidung; es ist aber davon auszugehen, dass auch dort die fünfjährige Vorbehaltensfrist nicht eingehalten werden muss, da die abhängige Gesellschaft erst durch die Neugründung entsteht. Die fünfjährige Nachbehaltensfrist ist hinsichtlich des aufnehmenden Rechtsträgers in den Fällen der Abspaltung zur Neugrün-

dung (§ 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG)⁸ und der Ausgliederung zur Neugründung (§ 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG)⁹ einzuhalten. Dies gilt aus meiner Sicht auch im Fall der Aufspaltung zur Neugründung (§ 123 Abs. 1 Nr. 2 UmwG), da die Einhaltung der fünfjährigen Nachbehaltensfrist umwandlungsbedingt möglich ist.

Die Vorbehaltensfrist ist hinsichtlich des abgebenden Rechtsträgers bei der Ausgliederung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG) einzuhalten, weil die abhängige Gesellschaft schon vor der Umwandlung existiert und eine Einhaltung umwandlungsbedingt möglich wäre.¹⁰ Diese Rechtsgrundsätze können auf die Aufspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) und die Abspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) übertragen werden. Die fünfjährige Nachbehaltensfrist ist hinsichtlich des abgebenden Rechtsträgers aus meiner Sicht bei der Aufspaltung zur Aufnahme nach den Rechtsgrundsätzen, die der BFH zur Verschmelzung durch Aufnahme aufgestellt hat,¹¹ nicht einzuhalten, weil die übertragende Gesellschaft untergeht und daher die Einhaltung aus umwandlungsbedingten Gründen unmöglich ist. Dies gilt aus meiner Sicht jedoch nicht für die Abspaltung zur Aufnahme. Dort ist die Einhaltung der Fünfjahresfrist hinsichtlich des abgebenden Rechtsträgers rechtlich möglich.

6 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 21/19 (II R 56/15), BFHE 266, 361 = BStBl. II 2020, S. 344.

7 BFH-Urteile vom 25.09.2024, II R 2/22, ZIP 2025, 334 und vom 25.09.2024, II R 46/22, NZG 2025, 524; Beschluss vom 03.05.2023, II B 27/22, BFH/NV 2024, 920.

8 BFH, Urteil vom 21.08.2019, II R 21/19 (II R 56/15), BFHE 266, 361 = BStBl. II 2020, S. 344.

9 BFH-Urteile vom 25.09.2024, II R 2/22, ZIP 2025, 334 und vom 25.09.2024, II R 46/22, NZG 2025, 524; Beschluss vom 03.05.2023, II B 27/22, BFH/NV 2024, 920.

10 BFH, Beschluss vom 03.05.2023, II B 27/22, BFH/NV 2024, 920; hierzu ist außerdem ein Revisionsverfahren unter dem Az. II R 31/22 anhängig.

11 BFH-Urteile vom 21.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BFHE 266, 326 = BStBl. II 2020, S. 329 und vom 21.08.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BFHE 266, 353 = BStBl. II 2020, S. 341.



Verfügung betr. Begriff der funktional wesentlichen Betriebsgrundlage im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben

Vom 08.10.2024
LfSt Bayern S 2180.2.1-10/13 St32
(DStR 2025, 345)

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines
2. Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlage im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG
3. Übergangsregelung

1. Allgemeines

Diese Verfügung richtet sich an alle Beschäftigten, die mit der Besteuerung der Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft befasst sind.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich, divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

2. Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlage im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG

Wird ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder der Anteil eines Mitunternehmers an einem Betrieb unentgeltlich übertragen, so sind nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG bei der Ermittlung des Gewinns des bisherigen Betriebsinhabers (Mitunternehmers) die Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben, sofern die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist. Der Rechtsnachfolger ist an die Werte des Übergebers gebunden (§ 6 Abs. 3 Satz 3 EStG).

Eine Übertragung zu Buchwerten gemäß § 6 Abs. 3 EStG bei einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb auf den Hofnachfolger erfordert unter anderem, dass (alle) wesentlichen Betriebsgrundlagen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs übergehen. Zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs zählen die Wirtschaftsgüter, die zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich sind und ein besonderes Gewicht für die Betriebsführung besitzen (sog. funktionale Betrachtungsweise).¹

2.1. Forstwirtschaftlicher (Teil-)Betrieb

Innerhalb eines bestehenden Betriebs der Forstwirtschaft oder forstwirtschaftlichen Teilbetriebs können auch einzel-

ne forstwirtschaftliche Flächen das Merkmal eines selbständigen Teilbetriebs im Sinne von § 14 EStG erfüllen. Nach der Rechtsprechung des BFH genügt es, wenn von einem Forstareal eine räumlich zusammenhängende Waldfläche von einer Größe abgetrennt oder übertragen oder veräußert wird, die der Erwerber als selbständiges, lebensfähiges Forstrevier (Erwerbsbetrieb der Forstwirtschaft) fortführen kann.²

2.2. Landwirtschaftlicher (Teil-)Betrieb

2.2.1. Grund und Boden

Landwirtschaftliche Nutzflächen in einem Umfang von bis zu 10 % der landwirtschaftlichen Nutzflächen stellen im Allgemeinen keine wesentliche Betriebsgrundlage dar.³ Folglich gefährdet der Rückbehalt von bis zu 10 % der landwirtschaftlichen Nutzflächen nicht die unentgeltliche (Teil-)Betriebsübertragung gemäß § 6 Abs. 3 EStG.

In die Berechnung der 10 %-Grenze sind alle im Eigentum des Betriebsinhabers stehenden landwirtschaftlichen Nutzflächen, die zum Betriebsvermögen des (Teil-)Betriebs gehören, einzubeziehen. Auf die Nutzung der einzelnen Fläche (aktive Bewirtschaftung, Verpachtung, Brachliegen usw.) kommt es nicht an.

2.2.2. Wirtschaftsgebäude

Wirtschaftsgebäude (zum Beispiel Stallungen, Scheunen) stellen grundsätzlich keine funktional wesentliche Betriebsgrundlage dar, es sei denn, ihnen kommt im Rahmen der (aktiven) Bewirtschaftung ein besonderes wirtschaftliches Gewicht für die Betriebsführung zu. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Betrieb mit Viehhaltung bewirtschaftet wird.

2.2.3. Totes und lebendes Inventar

Das tote und lebende Inventar gehört in der Regel nicht zu den funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG, es sei denn, es liegt ein Pachtbetrieb vor.⁴

¹ [Amtl. Anm.:] BFH, Urteil vom 28.03.1985, IV R 88/81, BStBl. II, S. 508; BMF-Schreiben vom 20.11.2019, BStBl. I, S. 1291 (BeckVerw 460170).

² [Amtl. Anm.:] BMF-Schreiben vom 18.05.2018, BStBl. I, S. 689, Tz. III. (BeckVerw 435743).

³ [Amtl. Anm.:] BFH, Urteil vom 24.02.2005, IV R 28/00.

⁴ [Amtl. Anm.:] BFH, Urteil vom 30.08.2007, IV R 5/06, BStBl. II 2008, S. 113.

3. Übergangsregelung

Wurden vor dem 01.01.2025 weniger als 90 % der gesamten landwirtschaftlichen Eigentumsflächen (vgl. Tz. 2.2.1), jedoch mindestens 90 % der selbstbewirtschafteten landwirtschaftlichen Eigentumsflächen übertragen (= Übergang Besitz, Nutzen und Lasten), ist es nicht zu beanstanden, wenn für die Übertragung die Buchwertfortführung in Anspruch genommen wird.

Voraussetzung hierfür ist ein übereinstimmender Antrag des Übergebers und des Übernehmers. Erklärt der Übergeber keine Entnahme aus der Übertragung der Grundstücke und führt der Übernehmer die Buchwerte fort, liegt ein konkludenter Antrag vor.

Der Antrag kann nicht mehr gestellt werden, wenn der Erlass oder die Änderung der Steuerbescheide für den Veranlagungszeitraum der Übertragung verfahrensrechtlich ausgeschlossen ist.

Tagungsbericht

„Testamentsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen Bindung und Ermessen – Grundlinien und aktuelle Entwicklungen“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 16.07.2025

Von **Benedikt Velten**¹

Am 16.07.2025 hielt die Forschungsstelle für Notarrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München ihre zweite Tagung des Jahres 2025 ab. Sie widmete sich dem Thema „Testamentsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen Bindung und Ermessen – Grundlinien und aktuelle Entwicklungen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte zunächst das Publikum, das wie bereits in der Vergangenheit nicht nur vor Ort im Senatssaal, sondern auch über den Online-Livestream² an der Veranstaltung teilnahm. Sodann stellte er die Referenten vor: Dr. *Michael Bonefeld*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erb- und Familienrecht in München, *Christiane Karrasch*, Richterin am AG (w. a. Ri) – Nachlassgericht München, sowie *Constantin Kloiber*, Notarassessor in München.

Bonefeld eröffnete seinen Vortrag mit Überlegungen zur neueren Rechtsprechung und deren kautelarjuristischen Konsequenzen im Bereich der Testamentsvollstreckung an einem GmbH-Anteil. Als Aufhänger diente ein aktueller BGH-Beschluss zum Personengesellschaftsrecht: In diesem werde in erster Linie begründet, dass – trotz des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft – ein „im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergegangener Kommanditanteil [...] auch dann der Dauertestamentsvollstreckung [unterliegt], wenn der Erbe bereits Gesellschafter ist“.³ Darüber hinaus zeige die Entscheidung aber auch allgemeingültig, dass immer dann, wenn „hinsichtlich einer Beteiligung an einer Gesellschaft unbeschränkte Testamentsvollstreckung angeordnet“ ist, „[d]ie den Gesellschaftsanteil betreffenden Verwaltungs- und Vermögens-

rechte [...] allesamt von dem Testamentsvollstrecker ausgeübt [werden]“.⁴ In diesem Zusammenhang diskutierte *Bonefeld* verschiedene Problemkreise. So sei unklar, wer zu einer Gesellschafterversammlung zu laden sei – nur der Testamentsvollstrecker, wie es die herrschende Meinung annehme,⁵ oder auch der Erbe? Für die letztgenannte Variante sprach sich *Bonefeld* mit dem Argument aus, dass § 2211 Abs. 1 BGB dem Erben nicht das Recht zum „Vorverwaltungshandeln“ entziehe, zu dem das Anwesenheitsrecht in Versammlungen zähle. In jedem Fall sei eine klare Satzungsregelung von Vorteil. In inhaltlicher Hinsicht unterliege das Verwaltungshandeln des Testamentsvollstreckers im Bereich höchstpersönlicher Gesellschafterrechte potenziellen Einschränkungen. Kautelarjuristisch könne diesem Fall in der GmbH-Satzung dadurch Rechnung getragen werden, dass entweder das „Ruhen“ des Stimmrechts angeordnet oder das Wiederaufleben des Stimmrechts des Erben vorgesehen werde. Überdies bestehe ein Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG sowohl bei persönlicher Betroffenheit des Testamentsvollstreckers als auch des Erben. Eine praxisrelevante Grenze für das Verwaltungshandeln zögen ferner die §§ 2206 f. BGB insbesondere mit Blick auf Kapitalerhöhungen (§ 55 GmbHG), die aus dem Nachlass nicht gedeckt werden können. Insoweit empfahl *Bonefeld*, die Zustimmung zum Kapitalerhöhungsbeschluss und die Übernahmeerklärung unter die aufschiebende Bedingung vollständiger Einlagenleistung zu stellen. Dem Problem könne zudem durch die Erteilung einer unwiderruflichen trans- bzw. postmortalen Spezialvollmacht durch den Erblasser begegnet werden. Besondere Schwierigkeiten entstünden schließlich, wenn mehrere Testamentsvollstrecker bestellt seien. Da diesen die Verwaltung gemeinschaftlich obliege (§ 2224 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB), sei nur ein einheitliches Handeln im Außenverhältnis wirksam. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit könne zwar die Entscheidung des Nachlassgerichts herbeigeführt werden (§ 2224 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB). Diese wirke – entgegen einer verbreiteten

¹ Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie (Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*) und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

² Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (<https://www.jura.lmu.de/de/forschung/forschungsstellen/forschungsstelle-fuer-notarrecht/>, dort unter „Vergangene Veranstaltungen“).

³ BGH, Beschluss vom 12.03.2024, II ZB 4/23, MittBayNot 2024, 475 Rdnr. 6 m. Anm. *Klinger*.

⁴ BGH, Beschluss vom 12.03.2024, II ZB 4/23, MittBayNot 2024, 475 Rdnr. 13 m. Anm. *Klinger*.

⁵ *Bonefeld* nahm unter anderem auf *Dutta* Bezug (vgl. etwa *Staudinger/Dutta*, Neub. 2021, § 2205 Rdnr. 203, 183).



Auffassung – jedoch nicht (ex tunc) als Ersetzung der erforderlichen Mitwirkung des dissentierenden Testamentsvollstreckers, die erforderlichenfalls vielmehr eingeklagt werden *müsse* (§ 894 ZPO). Ein solch umständliches Verfahren sei durch eine Schiedsklausel vermeidbar, die im Streitfall die Entscheidung einem Schiedsrichter zuweist.

Im zweiten Teil seines Vortrags beleuchtete *Bonefeld* die Vergütung des Testamentsvollstreckers. Deren gesetzliche Regelung in § 2221 BGB sei durch den unbestimmten Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ geprägt, den die Rechtsprechung als Äquivalenzgebot auslege. *Bonefeld* betonte mit Blick auf einen aufsehenerregenden Erbfall in der jüngeren Vergangenheit, dass die angemessene Vergütung nicht pauschal proportional mit der Größe des Nachlasses wachse. Zur näheren Bestimmung der Vergütung könne der Erblasser – in möglichst eindeutiger und damit streitvermeidender Weise – auf die „Empfehlungen des Deutschen Notarvereins für die Vergütung des Testamentsvollstreckers 2025“ Bezug nehmen.⁶ Eine solche Verweisung sei formwirksam und mit § 2065 BGB vereinbar.

Anschließend ergriff *Karrasch* das Wort und stellte die Perspektive des Nachlassgerichts auf die Testamentsvollstreckung dar, indem sie zunächst einzelne Verfahrensfragen adressierte. Mit Blick auf die Erteilung eines Erbscheins machte *Karrasch* darauf aufmerksam, dass der Antrag den Hinweis „Testamentsvollstreckung ist angeordnet“ enthalten müsse (vgl. § 352b Abs. 2 FamFG).⁷ Im Verfahren zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses sei der Erbe zwar nicht antragsberechtigt, müsse aber – über den Wortlaut des § 345 Abs. 3 Satz 2 FamFG hinaus – stets am Verfahren beteiligt werden. Inhaltlich könne das Testamentsvollstreckerzeugnis insbesondere auch über eine Befreiung von § 181 BGB Auskunft geben.⁸

Des Weiteren schilderte *Karrasch*, welche Schwierigkeiten die Ermittlung des Erblasserwillens bereiten *könne*, wenn das Nachlassgericht einen (Ersatz-)Testamentsvollstrecker ernennen *müsse*. Schon im kautelarjuristischen Stadium empfehle sich daher eine möglichst umfangreiche Verschriftlichung der Präferenzen des Erblassers. Dies gelte umso mehr, als der Erblasserwille auch im umgekehrten Fall der Entlassung des Testamentsvollstreckers bedeutsam sei (§ 2227 BGB).⁹ So könnten vom Erblasser vorhergesehene Konflikte eine Entlassung regelmäßig nicht rechtferti-

gen. Auch sei ein Vertrauensverhältnis mit dem Erben grundsätzlich keine Voraussetzung der Testamentsvollstreckung.¹⁰ An diese Hinweise schloss *Karrasch* einige prozessuale Überlegungen an. So werde bisweilen die Entlassung des Testamentsvollstreckers schon zu einem Zeitpunkt beantragt, in dem noch ein Verfahren über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses stattfindet. In solchen Fällen sei das Entlassungsbegehren zwar nicht als Vorfrage im Verfahren zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu prüfen,¹¹ potenziell aber als Hilfsantrag für den Fall der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zu berücksichtigen. *Karrasch* wies zudem auf die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes hin, mittels dessen die vorläufige Nichterteilung bzw. Sicherstellung des Testamentsvollstreckerzeugnisses,¹² nicht allerdings die vorläufige Entlassung des Testamentsvollstreckers erreicht werden könne.

Darüber hinaus ging *Karrasch* auf die nachlassgerichtliche Annahmebescheinigung ein, die die kostengünstigere Alternative zum Testamentsvollstreckerzeugnis darstelle, jedoch – ohne inhaltliche Prüfung – nur die Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers bescheinige.

An dieser Stelle spannte sie den Bogen zum Vortrag von *Kloiber*, der sich mit Grundstücksgeschäften durch den Testamentsvollstrecker und den hiermit verbundenen grundbuchrechtlichen Nachweisfragen befasse. *Kloiber* entfaltete die Problematik anhand des folgenden Beispiels:¹³ Der Erblasser ist als Alleineigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen und wendet dieses durch ein Vermächtnis dem T zu. Zugleich setzt er den T zum Zwecke der Erfüllung des Vermächtnisses unter Befreiung von § 181 BGB als Testamentsvollstrecker ein. Nach Eintritt des Erbfalls wird eine notarielle Urkunde errichtet, in der T erstens erklärt, sein Amt als Testamentsvollstrecker bereits privatschriftlich angenommen zu haben, es hiermit aber hilfsweise nochmals anzunehmen, und zweitens die Auflassung erklärt. Anschließend übersendet der Notar die Urkunde zuerst an das Nachlassgericht und beantragt sodann die Eintragung beim Grundbuchamt. *Kloiber* entwickelte im Folgenden die These, dass ein solches „einaktiges Vorgehen“ unzulässig sei. Denn grundbuchrechtlich sei es grundsätzlich¹⁴ erforderlich, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachweisen zu können, dass die Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht schon im Zeitpunkt der Auflassungserklärung wirksam erfolgt sei. Dies sei beim „einaktigen Vorge-

6 Vgl. zu diesen und zu Unterschieden gegenüber den Empfehlungen aus dem Jahr 2000 *Bonefeld/Klinger*, ZEV 2025, 155.

7 Dies gelte jedoch nicht, wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt ablehnt und das Nachlassgericht nach dem Willen des Erblassers in diesem Fall nicht ersucht sein sollte, eine andere Person zu benennen; vgl. hierzu OLG Hamm, Beschluss vom 03.02.2025, 10 W 102/24, BeckRS 2025, 16138 Rdnr. 23 ff.

8 Diese obergerichtlich umstrittene Frage bejahe nunmehr auch das OLG Hamm, Beschluss vom 23.11.2023, 15 W 231/23, NJW-RR 2024, 215 Rdnr. 13 ff.

9 Dies zeige sich etwa in der Entscheidung des OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.02.2025, 8 W 11/24, ZEV 2025, 463 Rdnr. 17.

10 BayObLG, Beschluss vom 10.01.1997, 1 Z BR 65/95, BayObLGZ 1997, 1, 26.

11 OLG München, Beschluss vom 03.05.2010, 31 Wx 34/10, NJW-RR 2010, 1381, 1382.

12 OLG Schleswig, Beschluss vom 13.07.2015, 3 Wx 68/15, NJW-RR 2016, 13 f.

13 Nach OLG München, Beschluss vom 27.11.2023, 34 Wx 203/23, NJW-RR 2024, 213.

14 Denkbar sei jedoch hilfsweise, dem Nachweismangel durch eine Genehmigungserklärung (nach § 177 Abs. 1 BGB analog und höchstvorsorglich nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 BGB) in der Form des § 29 GBO abzuwehren.

hen“ nicht gewährleistet, da die in der einheitlichen Urkunde erklärte Annahme dem Nachlassgericht erst nach der Erklärung der Auflassung zugehe.

Seine These stützte Kloiber auf zwei Prämissen. Erstens erläuterte er, dass das Amt des Testamentsvollstreckers schon im Zeitpunkt der Auflassungserklärung wirksam geworden sein müsse, was dessen wirksame Annahme durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht voraussetze (§ 2202 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB). Dies folge entgegen einer obergerichtlichen Rechtsprechungslinie¹⁵ zwar nicht bereits aus dem Erfordernis der Verfügungsbefugnis, da diese beim mehraktigen Erwerbsstatbestand nicht schon im Moment des ersten Teilakts gegeben sein müsse. Entscheidend sei aber, dass erst nach Wirksamwerden des Amtes des Testamentsvollstreckers die Auflassung als dinglicher Vertrag wirksam erklärt werden könne – davor seien die §§ 177 ff. BGB analog anzuwenden. Dass jedoch die somit erforderliche Amtsannahme bereits im Zeitpunkt der Auflassung wirksam erklärt wurde, könne, zweitens, nur in der Form der §§ 35, 29 GBO nachgewiesen werden. Dieser Nachweis könne dabei jedenfalls durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden (§ 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO). Alternativ sei nach § 35 Abs. 2 Hs. 2, Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO die Vorlage der Verfügung von Todes wegen, in der der Testamentsvollstrecker eingesetzt wird, und der Niederschrift über ihre Eröffnung möglich. In diesem Fall bedürfe es jedoch zusätzlich des

Nachweises der Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers in der Form des § 29 GBO. Ein solcher Nachweis sei zum einen bei ihrer Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle eines AG gewährleistet (§ 25 Abs. 2 FamFG). Daneben bestünden verschiedene weitere Nachweismöglichkeiten (zum Beispiel gerichtliche Eingangsbestätigung hinsichtlich einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Annahmeerklärung,¹⁶ Bescheinigung über die Rechtswirksamkeit der Amtsannahme durch das Nachlassgericht im Sinne des Gebührentatbestands der Nr. 12413 KV-GNotKG¹⁷), hinsichtlich deren im Einzelnen, worauf auch Karrasch hingewiesen hatte, jedoch gewisse (terminologische) Unklarheiten bestünden.¹⁸ Zum Abschluss präsentierte Kloiber zwei wesentliche gestalterische Optionen: Zum einen könne der Zugang der öffentlich beglaubigten Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers zeitlich vor der Vornahme von Grundstücksgeschäften herbeigeführt werden. Zum anderen könne der Erblasser dem Testamentsvollstrecker eine notarielle postmortale Vollmacht erteilen.

Grigoleit moderierte die abschließende Diskussion. Daraufhin bot ein Empfang Vortragenden und Publikum die Gelegenheit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

15 OLG München, Beschluss vom 27.11.2023, 34 Wx 203/23, NJW-RR 2024, 213, 214; OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.08.2022, 8 W 159/22, MittBayNot 2024, 62 m. Anm. Weidlich; OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.09.2016, 15 W 509/16, MittBayNot 2017, 268 Rdnr. 23.

16 Vgl. hierzu OLG Köln, Beschluss vom 12.05.2023, 2 Wx 65/23, MittBayNot 2024, 283.

17 Vgl. hierzu OLG München, Beschluss vom 24.09.2024, 34 Wx 218/24e, ZEV 2025, 177 Rdnr. 22 f.

18 Näher Kloiber, MittBayNot 2024, 576, 577 f. (Anm. zu OLG Köln, Beschluss vom 12.05.2023, 2 Wx 65/23); vgl. ferner OLG München, Beschluss vom 24.09.2024, 34 Wx 218/24e, ZEV 2025, 177 Rdnr. 17 ff.



Tagungsbericht

Tagung der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg zum Recht der Dienstbarkeiten

Von **Ruben Klett**, Heidelberg¹

Am 27.06.2025 fand im Hörsaal 14 der Neuen Universität eine Tagung der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung (NotaReG) der Universität Heidelberg zum Recht der Dienstbarkeiten statt. In seinem einleitenden Grußwort stellte Professor Dr. *Christian Baldus*, Leiter der Forschungsstelle und Direktor des Instituts für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg, zunächst den regen Zuspruch der Öffentlichkeit freudig fest und nahm wohlwollend zur Kenntnis, dass neben den zahlreich erschienenen Notaren, Professoren, Richtern, Rechtsanwälten und Studenten auch eine beträchtliche Anzahl an Rechtspflegern der Tagung beiwohnte. Zum Tagungsgegenstand überleitend konstatierte *Baldus*, dass das Recht der Dienstbarkeiten zwar im akademischen Kontext mitunter nachlässig behandelt werde und damit eine weit verbreitete dogmatische Unkenntnis auf dem Gebiet einhergehe, die Relevanz des Rechtsgebiets jedoch daher rühre, dass Dienstbarkeiten unter anderem im Bereich der Energieinfrastruktur durchaus praktisch bedeutsam seien und allgemeine Zivilrechtsprobleme an ihrem Beispiel lehrreich erörtert werden könnten.

Anschließend ergriff Professor Dr. *Andreas Piekenbrock*, Dekan der Juristischen Fakultät und Direktor des Instituts für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht, das Wort und stellte den ersten Referenten Professor Dr. *Joachim Münch* vor. Dieser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht der Universität Göttingen und hat das Recht der Dienstbarkeiten unlängst in einem BGB-Großkommentar bearbeitet.²

Der Vortrag von Professor *Münch* führte unter dem Titel „Altes Servitutenrecht als neues Gestaltungsmittel – Entwicklungslinien im Recht der Dienstbarkeiten“ in die dogmatischen und rechtshistorischen Grundlagen des Servitutenrechts ein. Nach einer kurzen Einführung in Begriff und System der Dienstbarkeiten stellte er fest, dass das kodifizierte Dienstbarkeitsrecht seit Inkrafttreten des BGB nahezu seine originäre Form bewahrt habe. Diese legislative Statik sei einzig im Hinblick auf die Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten, heute in § 1092 BGB normiert,

nach und nach immer weiter durchbrochen worden. Im Übrigen wurde § 1092 BGB lediglich um weitere Übertragbarkeitstatbestände mit energiewirtschaftlichem Bezug (Leitungsrechte, Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energie-Anlagen etc.) erweitert.³ Ausdruck dogmatischer Innovation sei für ihn die Sicherungsdienstbarkeit. Der Einhegung eines möglichen Übermaßes von Sicherungsdienstbarkeiten dienten, nach dem 2022 ersatzlos weggefallenen⁴ Verbot von Zwangs- und Bannrechten der §§ 7-10 GewO a. F., vor allem die kartellrechtlichen Bestimmungen. Unter dem Stichwort „praktische Dynamik“ erörterte *Münch* schließlich das Problem entwicklungsbedingter Veränderungen und deren Auswirkungen auf Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit. In Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung,⁵ die, wie die herrschende Ansicht im Schrifttum, die Entwicklungsoffenheit des Ausmaßes einer Grunddienstbarkeit annimmt, ergäben sich als maßgebliche Wertungskriterien für eine veränderungsbedingte Anpassung nach *Münch*: die organische Fortentwicklung, die gleichbleibende Benutzungsart und die angemessene Bedarfssteigerung.

Im Anschluss daran referierte Herr Rechtsanwalt *Christopher Siebler* (Energiesozietät GmbH, Mannheim) unter dem Titel „Aktuelle Fragen zu Dienstbarkeiten in der Transformation der Energieversorgung“ zur Perspektive der anwaltlichen Beratungs- und Gestaltungspraxis auf das Recht der Dienstbarkeiten in der Energiewirtschaftsbranche. Dienstbarkeiten kämen insbesondere dann zum Einsatz, wenn bei Leitungsrechten keine der sehr engen spezialgesetzlichen Duldungspflichten für Grundstückseigentümer⁶ einschlägig wären und bei fiskalischen Grundstücken, für die das öffentliche Wegerecht und damit die Nutzung des Versorgungsunternehmens mittels eines Wegenutzungsvertrags nach § 46 EnWG nicht möglich sei. Bei Leitungen auf einem Grundstück kämen Dienstbarkeiten auch als Gestaltungsmittel in Betracht, um eine nachträgliche Umwandlung der Leitung in einen Scheinbestandteil zu gewährleisten und so die Sonderrechtsfähigkeit der Leitungen sicherzustellen.

¹ Der Autor ist studentische Hilfskraft an der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg.

² *Münch* in Soergel, BGB-Kommentar, Band 23, 14. Aufl. 2023, §§ 1018-1029 und §§ 1090-1093.

³ Gesetz vom 17.06.1996, BGBl. I Nr. 35, S. 990; Gesetz vom 10.10.2024, BGBl. I Nr. 306.

⁴ Gesetz vom 09.11.2022, BGBl. I Nr. 43, S. 2009.

⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 05.10.1965, V ZR 73/63, BGHZ 44, 171, 172, 173 m. w. N.; Urteil vom 18.07.2014, V ZR 151/13, DNotZ 2014, 922 Rdnr. 7.

⁶ Vgl. § 12 NAV, § 12 NDAV, § 8 AVBWasserV, § 8 AVBFernwärmeV.

Schließlich ging *Siebler* auf die Vertriebsmodalitäten der Energieversorgung ein, bei denen Dienstbarkeiten vor allem im Rahmen von Abnahme- und Bezugspflichten in Form einer Unterlassungsdienstbarkeit (vgl. § 1018 BGB) als Sicherungsmittel langfristiger Energieinfrastrukturinvestitionen zum Tragen kämen.

Danach stellte Herr Dr. *Jürgen Görtz*, Richter am OLG Karlsruhe, die neuere Rechtsprechung des 12. Zivilsenats des OLG Karlsruhe zum Recht der Dienstbarkeiten vor, die das Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz besonders eindrücklich veranschaulichte. Wertungswidersprüche ergäben sich häufig daraus, dass der sachliche Bezugspunkt der Dienstbarkeit über lange Zeiträume hinweg möglicherweise stets unklarer werde. Streitig seien oftmals der durch Anpassung an veränderte Umstände sich entwickelnde Inhalt und das Ausmaß von zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeiten.⁷ Drastisch stellte sich dieser Konflikt in einem 2021 vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall⁸ dar, bei dem um den Bestand einer um 1885 entstandenen Grunddienstbarkeit gestritten wurde. Durch Art. 184 EGBGB bleiben vor Inkrafttreten des BGB begründete Grunddienstbarkeiten in ihrer Wirksamkeit unberührt und waren zunächst auch nicht eintragungspflichtig im Grundbuch. Diese Einschränkung des öffentlichen Glaubens wurde in Baden-Württemberg jedoch gemäß Art. 187 Abs. 2 Satz 1 EGBGB durch § 31 Abs. 1 Satz 1 AGBGB auf-

gehoben, sodass seither ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich ist.

Herr Dr. *Jens Tersteegen*, Notar in Köln, zeigte daraufhin die aus notarieller Sicht mannigfaltigen Gestaltungsmöglichkeiten durch Dienstbarkeiten bei komplexen Bauprojekten auf, insbesondere als Mittel der Gestaltung der eigentumsrechtlichen Zuordnung. So könne unter anderem durch eine Dienstbarkeit die Zuordnung eines Baukörpers als Überbau zu einem Stammgrundstück wirksam bedungen und dadurch die wirtschaftliche Verkehrsfähigkeit einzelner Baukörper durch rechtliche Verselbstständigung trotz bautechnischer Verbindung erreicht werden. Die neuere Rechtsprechung des BGH zu diesem Thema,⁹ die zur Beurteilung der Einheitlichkeit auf die Verkehrsanschauung bzw. die natürliche Betrachtungsweise und maßgeblich auf den Erhalt funktionaler Einheiten abstellt, verkenne, so *Tersteegen*, die gestaltende Funktion im Rahmen der § 95 Abs. 1 Satz 2, § 96 BGB.

Die Veranstaltung abschließend diskutierten Frau Dr. *Anna Magdalena Geiger-Wieske*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin in Berlin, und Herr Dr. *Thomas Raff*, Notar in Ludwigshafen am Rhein, die erörterten dogmatischen Problempunkte. Insbesondere die „Ewigkeitswirkung“ der Dienstbarkeiten und die, durch die dynamische Anpassung von Inhalt und Ausmaß an sich veränderte Umstände bedingte, Unvorhersehbarkeit für den Eigentümer des belasteten Grundstücks wurden als besonders problematisch erkannt.

7 Z. B. OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.07.2020, 12 U 34/20, MDR 2020, 1241.

8 OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2021, 12 U 392/20, juris.

9 BGH, Urteil vom 15.06.2023, V ZB 12/22, NJW 2023, 3090.



**Fortbildungsveranstaltung der Notarkammer Thüringen und des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. –
Fachinstitut für Notare für Mitglieder der Notarkammern auf dem Gebiet der Ländernotarkasse**

„Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2025/2026“

Freitag, 20.03.2026, 09:00–16:30 Uhr

Futterstraße 15/16, Kaisersaal, 99084 Erfurt und als Live-Stream

Inhalt und Ablauf:

Die Veranstaltung, die zu den erfolgreichsten Tagungen des Fachinstituts für Notare gehört, wendet sich an Notare und angehende Notare. Sie greift aktuelle Probleme und Fragestellungen auf, die sich für die Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2025/2026 hauptsächlich aufgrund neuer Rechtsprechung, aber auch aus der Gutachtenpraxis des DNotI ergeben haben. Die Referenten verbinden die Darstellung der Fälle mit Lösungsvorschlägen für die notarielle Praxis, und zwar unter besonderer Berücksichtigung von praxisnahen Formulierungsmustern. Damit wird die erfolgreiche Konzeption der Veranstaltungen in den vergangenen Jahren mit neuen, aktuellen Themen fortgesetzt.

Den Veranstaltungen liegt auch 2026 eine ausführliche Tagungsunterlage mit praxisnahen Lösungs- und Formulierungsvorschlägen zugrunde. Einige Zeit nach der Veranstaltung erhalten die Teilnehmer das im Kostenbeitrag enthaltene eBook Herrler/Hertel/Kessler: „Aktuelles Immobilienrecht 2026“ aus dem Verlag C.H.Beck, das eng mit der Tagungsreihe verbunden ist und die Fragen und Diskussionen aus den Seminaren aufgreift.

Kostenbeitrag: 365 €; ermäßigt: 245 €

Kontakt/Anmeldung:

Melden Sie sich bequem online auf www.anwaltsinstitut.de an. Es gelten die Teilnahmebedingungen des DAI.

Diese sind abrufbar unter:

www.anwaltsinstitut.de/teilnahmebedingungen

Forschungsinstitut für Notarrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin

Tagung „Die Rolle des Notars im Vereinsrecht“

Freitag, 14.11.2025

Forschungsinstitut für Notarrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin

Kontakt/Anmeldung:

Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Forschungsinstitut für Notarrecht
10099 Berlin

Tel.: +30 2093 3439,

E-Mail: annemarie.harlfinger.1@hu-berlin.de

Institut für Notarrecht der Universität Bonn

Jubiläumsfeier: 20 Jahre Rheinisches Institut für Notarrecht an der Universität Bonn

Freitag, 14.11.2025

Fest- und Senatssaal des Hauptgebäudes der Universität Bonn, Regina-Pacis-Weg 3, 53113 Bonn

Kontakt/Anmeldung:

Rheinisches Institut für Notarrecht, Universität Bonn,
Adenauerallee 46a, 53113 Bonn
E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de, Tel.: +49 228 73 4365

Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg

NotaReG-Tagung zu städtebaulichen Verträgen

Freitag, 21.11.2025, 15:30–19:00 Uhr

Hörsaal 14 der Neuen Universität (Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg)

Inhalt und Ablauf:

15:30 Uhr Empfang

16:00 Uhr Begrüßung und Einleitung

16:15 Uhr Städtebauliche Verträge aus planungsrechtlicher Sicht
Rechtsanwalt Dr. **Hartmut Fischer**, RIT-TERSHAUS Rechtsanwälte PartmbB, Mannheim

17:00 Uhr Städtebauliche Verträge aus notarieller Sicht
Notarin **Christiane Stoye-Benk**, Stuttgart

17:45 Uhr

Diskussion

Leitung: Richterin am Verwaltungsgericht
Prof. Dr. **Susanne Heinemeyer**, Mainz

18:45 Uhr

Schlusswort

19:00 Uhr

Sektempfang

Tagungsbeitrag: kostenfrei

Anmeldung:

Anmeldung über die Homepage: <https://www.jura.uni-heidelberg.de/igr/notareg/anmeldung.html>



Save the Date

Zweite MittBayNot-Jahrestagung

Praxisupdates Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Steuerrecht

Freitag, 06.02.2026, in München

Nähere Informationen zu Ort, Inhalt und Ablauf folgen in Kürze auf der Serviceplattform sowie unter <https://www.notare.bayern.de/mittbaynot/jahrestagung/>

Kontakt: mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de

Aktuelles Steuerrecht für Notare

Samstag, 07.02.2026, in München

Nähere Informationen zu Ort, Inhalt und Ablauf folgen in Kürze.

Kontakt: notarverein@notare-bayern-pfalz.de

Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Vortrag LIVE: Überlassungsvertrag – Vertiefung**
(Berkefeld, Oertel)
03.11.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)
Nr. 03246459
2. **Führung im Notariat**
(Dehe)
06.11.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 03246594
3. **Erbrecht in Sonderkonstellationen – Patchwork, Behindertentestament, Unternehmertestament etc.**
(Keim)
07.11.2025, Heusenstamm und Live-Stream (5 Zeitstd.)
Nr. 03246768
4. **Aktuelles Wohnungseigentumsrecht in der notariellen Praxis**
(Lehmann-Richter, Wobst)
07.11.2025, Reutlingen (6 Zeitstd.)
Nr. 03257114
5. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Müller-Engels, Keim, Reetz)
08.11.2025, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 03246730
6. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauβ)
10.11.2025, Hamburg (6 Zeitstd.)
Nr. 03246840
27.11.2025, Stuttgart (6 Zeitstd.)
Nr. 03246852
7. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauβ)
11.11.2025, Leer (6 Zeitstd.)
Nr. 03246842
28.11.2025, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 03246851
8. **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
9. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats – Vertiefung**
(Tondorf)
24.11. – 28.11.2025, Heusenstamm und Live-Stream (30 Zeitstd.)
Nr. 03246612
10. **Überlassungsvertrag – Intensiv**
(Berkefeld, Oertel)
25.11.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 03246594
11. **Online-Vortrag LIVE: Neues zu elektronischen Verfahren im Notariat**
(Klein, Kühnelt)
05.12.2025, Live-Stream (4 Zeitstd.)
Nr. 03246812
12. **Online-Vortrag LIVE: Live-Demonstration der XNP Anwendungen: Der Immobilienkauf**
(Tondorf)
09.12.2025, Live-Stream (4 Zeitstd.)
Nr. 03246557

Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum
Tel.: 0234 970640
E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de
Web: www.anwaltsinstitut.de



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Neuerscheinungen

1. Bärmann: WEG. Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht. 16. Aufl., Beck, 2025. 2332 S., 169,00 €
2. Barreto da Rose/Diergarten: Praxiswissen Geldwäscheprävention. Aktuelle Anforderungen und Umsetzung in der Praxis. 3. Aufl., De Gruyter, 2025. 664 S., 119,95 €
3. Bayerisches Staatsministerium der Justiz: Der große Vorsorgeberater. 5. Aufl., Beck, 2025. 128 S., 19,90 €
4. Bayerisches Staatsministerium der Justiz: Vorsorge für den Erbfall durch Testament, Erbvertrag, Schenkung. 11. Aufl., Beck, 2025. 64 S., 9,90 €
5. Bayerisches Staatsministerium der Justiz: Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung. 22. Aufl., Beck, 2025. 64 S., 9,90 €
6. Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater e.V.: Handbuch Erbschaftsteuer und Bewertung 2025. BewG, ErbStG, GrEStG, GrStG. Beck, 2025. 1393 S., 89,00 €
7. Döbereiner/Frank: Internationales Güterrecht für die Praxis. 2. Aufl., Giesecking, 2025. 135 S., 59,00 €
8. Faßbender u.a.: Notariatskunde. 21. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 1008 S., 79,00 €
9. Lamberty: Das Pfandrecht an eigener Schuld. Mohr Siebeck, 2025. 223 S., 74,00 €
10. Meincke/Hannes/Holz: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. ErbStG. 19. Aufl., Beck, 2025. 1047 S., 125,00 €
11. Oppenländer/Trölitisch: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung. 4. Aufl., Beck, 2025. 1086 S., 169,00 €
12. Pahlke: Grunderwerbsteuergesetz. Kommentar. 8. Aufl., Beck, 2025. 754 S., 129,00 €
13. Perleberg-Kölbel/Kuckenburg/Roßmann: Selbstständige und Unternehmen im Familienrecht. Unterhalt - Zugewinn - Vermögensauseinandersetzung inkl. steuerlicher und verfahrensrechtlicher Aspekte. 3. Aufl., Luchterhand, 2025. 950 S., 149,00 €
14. Prütting/Gehrlein: ZPO. Kommentar. 17. Aufl., Luchterhand, 2025. 3644 S., 139,00 €
15. Prütting/Wegen/Weinreich: BGB. Kommentar. 20. Aufl., Luchterhand, 2025. 4174 S., 129,00 €
16. Roglmeier/Sikora/Krug: NotarFormulare Testamente. 7. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 850 S., 149,00 €
17. Schulte-Bunert/Weinreich: FamFG. Kommentar. 8. Aufl., Luchterhand, 2025. 2604 S., 179,00 €
18. Schulz/Bert/Lessing: Handbuch Insolvenz. Insolvenzverfahren, Haftung, Gläubigerschutz. 6. Aufl., Haufe-Lexware, 2025. 348 S., 89,99 €
19. Schwedhelm/Stenert: Die Unternehmensumwandlung. Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, Einbringung. 11. Aufl., Otto Schmidt, 2025. 645 S., 99,00 €
20. Schwerdtfeger: Gesellschaftsrecht. Kommentar. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 3404 S., 199,00 €
21. Staub: HGB. Band 18: HGB-Synopse. 6. Aufl., De Gruyter, 2025. 681 S., 179,95 €
22. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. Anh zu §§ 305-310 (AGB-Recht 2: AGB-Kontrolle wichtiger Vertragstypen). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 1286 S., 429,00 €
23. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 1188 S., 429,00 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: §§ 650i-650o, 650u-650v BGB (Verbraucherbauvertrag und Bauträgervertrag). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 268 S., 99,95 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778 (Bürgschaft). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 602 S., 229,00 €
26. Troll/Eisele: Grundsteuergesetz. Kommentar. 13. Aufl., Vahlen, 2025. 743 S., 119,00 €
27. Uhlenbruck: Insolvenzordnung – Band 1. Kommentar. 16. Aufl., Vahlen, 2025. 3604 S., 279,00 €
28. Weidmann/Kohlhepp: Die gemeinnützige GmbH. 5. Aufl., Springer Gabler, 2025. 481 S., 69,99 €
29. Wurm/Wagner/Zartmann: Das Rechtsformularbuch. 18. Aufl., Otto Schmidt, 2025. 2627 S., 179,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



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

