

MittBayNot

Begründet 1864

3 | 2025

Mai | Juni 2025

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Benjamin Lorenz,
Notarassessor
Julia Weilhart,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

Bühler/Mairgünther: Die Vertretung bayerischer Gemeinden
in der Immobilienrechtspraxis 201

Ott: Die erstrangige Bestellung des Erbbaurechts – Überblick
über kautelarjuristische Möglichkeiten zur Absicherung von
im Rang zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten 211

Pfaffenberger/Weitbrecht: Entwirrung des Identitätsgebots
im Kontext der Erwerbsvormerkung bei Erbauseinan-
dersetzung 218

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Weidlich zu OLG Braunschweig: Grundbucheintragung
einer Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht 230

Wendt zu OLG München: Kein Nachweis der Ermächtigung
des Verwalters durch einen Mehrheitsbeschluss der Wohnungs-
eigentümer für die Eintragung der Auflassung 234

Müller-Engels zu OLG Frankfurt a. M.: Keine Nichtigkeit
eines Testaments zugunsten eines behandelnden Arztes 250

Meier zu OLG Celle: Zur Erstreckung des Zuwendungs-
verzichts auf Abkömmlinge des Verzichtenden 252

Baumgartner zu OLG München: Richtigstellung des
Grundbuchs bei identitätswahrendem Rechtsformwechsel
der GbR zur KG – keine Voreintragung im Gesellschaftsregister 258

Loose zu BFH: Forderungsverzicht zwischen Gesellschaftern
einer GmbH als freigebige Zuwendung 297

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 in 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** 3 | 2025**AUFSÄTZE 201**

Bühler/Mairgünther: Die Vertretung bayerischer Gemeinden in der Immobilienrechtspraxis 201

Ott: Die erstrangige Bestellung des Erbbaurechts – Überblick über kautelarjuristische Möglichkeiten zur Absicherung von im Rang zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten 211

Pfaffenberger/Weitbrecht: Entwirrung des Identitätsgebots im Kontext der Erwerbsvormerkung bei Erbauseinandersetzung 218

BUCHBESPRECHUNGEN 221

Krafka: Registerrecht (**Hecht**) 221

Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler: Die Patientenverfügung (**Menne**) 223

RECHTSPRECHUNG 225**Bürgerliches Recht****ALLGEMEINES**

1. Zur Widerlegung der Vermutung des § 139 BGB bei Formmangel einer Vorauszahlungsabrede (BGH, Urteil vom 14.06.2024, V ZR 8/23) (LS) 225

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Zum Ersterrichtungsanspruch beim steckengebliebenen Bau (BGH, Urteil vom 20.12.2024, V ZR 243/23) (LS) 225

3. Keine Korrektur des Grundbucheintrags nach Änderung der Urkunde (BGH, Beschluss vom 07.11.2024, V ZB 6/24) 225

4. Zur Konkurrenz von einem dinglichen Vorkaufsrecht und einem Mietervorkaufsrecht (BGH, Urteil vom 27.09.2024, V ZR 48/23) 227

5. Grundbucheintragung einer Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht (OLG Braunschweig, Beschluss vom 06.08.2024, 2 W 35/24) 228
mit Anmerkung **Weidlich** 230

6. Kein Nachweis der Ermächtigung des Verwalters durch einen Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer für die Eintragung der Auflassung (OLG München, Beschluss vom 11.07.2024, 34 Wx 155/24e) 232
mit Anmerkung **Wendt** 234

FAMILIENRECHT

7. Ablehnung der Adoption eines Kindes durch die Ehefrau der Kindesmutter wegen der Nichtbeteiligung des Samenspenders am Adoptionsverfahren (BGH, Beschluss vom 31.07.2024, XII ZB 147/24) (LS) 237

8. Keine Erforderlichkeit der Betreuung bei bestehender Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 08.05.2024, XII ZB 577/23) 238

9. Zur Erforderlichkeit einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.12.2024, 20 W 130/24) (LS) 239

ERBRECHT

10. Nachweis der Erbfolge durch ein Europäisches Nachlasszeugnis im Grundbuchverfahren (OLG Bremen, Beschluss vom 18.04.2024, 3 W 10/24) 239

11. Sittenwidrigkeit eines notariellen Testaments zugunsten der Berufsbetreuerin (OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2024, 6 W 175/23) 241

12. Keine Nichtigkeit eines Testaments zugunsten eines behandelnden Arztes (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.12.2023, 21 W 91/23) 246
mit Anmerkung **Müller-Engels** 250

13. Zur Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge des Verzichtenden (OLG Celle, Beschluss vom 17.04.2023, 6 W 37/23) (LS) 252
mit Anmerkung **Meier** 252

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Angemessenheit einer Frist zur Behebung eines Eintragungshindernisses im Grundbuchverfahren (BGH, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 17/23) 254

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2025

15. Verfahren im Falle einer „isolierten Umfirmierung“ der bislang unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts
(OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 34 Wx 192/24e) (LS) 256

16. Nachweisanforderungen der Identität von GbR und eGbR
(OLG Dresden, Beschluss vom 24.07.2024, 17 W 396/24) 257

17. Richtigstellung des Grundbuchs bei identitätswahrendem Rechtsformwechsel der GbR zur KG – keine Voreintragung im Gesellschaftsregister
(OLG München, Beschluss vom 22.05.2024, 34 Wx 71/24e) (LS) 258
mit Anmerkung **Baumgartner** 258

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Zur Rechtswahl des Erbstatus in einem auf separaten Dokumenten errichteten gemeinschaftlichen Testament
(OLG Saarbrücken, Urteil vom 24.01.2024, 5 U 8/23) 261

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. Zur Möglichkeit eines Bereicherungsanspruchs der Miterben bei Löschung von forderungslosen Grundschulden durch einen Miterben nach Erwerb des Grundstücks in der Teilungsversteigerung
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.04.2024, 3 U 109/22) (LS) 272

20. Zum Antrag einer nicht befreiten Vorerbin als Miteigentümerin auf Durchführung der Teilungsversteigerung
(AG Mannheim, Beschluss vom 28.03.2024, 2 K 123/23) 272

Öffentliches Recht

21. Zum Vorkaufsrecht nach dem BauGB
(OVG Hamburg, Urteil vom 21.03.2024, 2 Bf 61/23) 275

Steuerrecht

22. Zur Bemessung der Schenkungsteuer bei niedrig verzinsten Darlehen
(BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 20/22) 290

23. Zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Verlängerung eines Erbbaurechts
(BFH, Urteil vom 10.07.2024, II R 3/22) (LS) 293

24. Forderungsverzicht zwischen Gesellschaftern einer GmbH als freigebige Zuwendung
(BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21) 293
mit Anmerkung **Loose** 297

SONSTIGES 300**Veranstaltungshinweise 300****Neuerscheinungen 305**

Die Vertretung bayerischer Gemeinden in der Immobilienrechtspraxis

Notar Dr. Jonas Bühler, Neu-Ulm/Notar Manuel Mairgünther, Bayreuth

Die Vertretung bayerischer Gemeinden – insbesondere bei einem Immobilienverkauf – gehört (in Bayern) zum notariellen Alltagsgeschäft. Häufig erscheint der erste Bürgermeister¹ der Gemeinde jedoch nicht selbst zum Notartermin, sondern Gemeindebedienstete oder Dritte, die aufgrund einer vom ersten Bürgermeister erteilten Vollmacht handeln. Ein Gemeinderatsbeschluss für den konkreten Vertrag liegt oftmals nicht vor; vielmehr wurden zuvor Richtlinien gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO zur Konkretisierung der laufenden Angelegenheiten, die der Bürgermeister in eigener Zuständigkeit erledigen darf, erlassen. Insofern stellen sich in grundbuchverfahrensrechtlicher, aber auch in materiellrechtlicher Hinsicht zahlreiche Fragen, die erstaunlich ungeklärt sind und im nachfolgenden Beitrag beleuchtet werden.

I. Problemaufriss

In Art. 38 Abs. 1 Satz 2 BayGO ist (nunmehr) normiert, dass der Umfang der Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters auf dessen Befugnisse beschränkt ist. Es ist damit inzwischen² anerkannt, dass ein bayerischer Bürgermeister – anders als dies in anderen Bundesländern geregelt ist – keine umfassende gesetzliche Vertretungsmacht hat, sondern eine solche nur im Rahmen seiner gesetzlich zugewiesenen Befugnisse besteht. Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass eine Vollmacht nur soweit wirksam erteilt werden kann, wie die eigene Vertretungsmacht reicht.³ Der Gemeindebedienstete, der aufgrund einer Vollmacht (nur) des ersten Bürgermeisters handelt, kann daher

die Gemeinde⁴ allenfalls dann wirksam vertreten, wenn der erste Bürgermeister, hätte er selbst gehandelt, die Gemeinde hätte vertreten können.

Gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO erledigt der erste Bürgermeister in eigener Zuständigkeit die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen. Der Begriff der laufenden Angelegenheiten wird restriktiv verstanden. Was eine laufende Angelegenheit im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO darstellt, ist eine Einzelfallfrage, bei der u. a. die Größe der Gemeinde, das Haushaltsvolumen, die Regelmäßigkeit vergleichbarer Geschäfte sowie die personelle Ausstattung zu berücksichtigen sind.⁵ Auch die Tatbestandsmerkmale „keine grundsätzliche Bedeutung haben“ und „keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen“ sind einzelfallabhängige, unbestimmte Rechtsbegriffe.⁶ Grundstücksgeschäfte sollen grundsätzlich keine laufende Angelegenheit darstellen.⁷ Daher musste selbst bei der Landeshauptstadt München erst das OLG München zu der (in concreto bejahten) Frage angerufen werden, ob eine Löschungsbewilligung bezüglich einer nicht mehr valuierten Grundschuld i. H. v. 15.000 DM durch den Oberbürgermeister erteilt werden kann.⁸

- 1 Der erste Bürgermeister führt in kreisfreien Gemeinden und in Großen Kreisstädten die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister, Art. 34 Abs. 1 Satz 2 BayGO.
- 2 Vgl. zum rechtshistorischen „Ping-Pong“ zwischen dem bayerischen Gesetzgeber und den Bundesgerichten m. N. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3660; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 01.03.2025, Sonderbereiche, Vertretungsmacht Rdnr. 270a. Nicht auf dem aktuellen Stand ist daher insbesondere Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, AT, G: Vertretung im Grundbuchverkehr Rdnr. 328 ff.
- 3 MünchKomm-BGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 167 Rdnr. 87; Lorenz, JuS 2010, 382, 385.

- 4 Es liegt ganz regelmäßig kein Fall der sog. Durchgangsvertretung (zu diesem Begriff MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 167 Rdnr. 86) vor. Andernfalls würde die Vollmacht insbesondere sofort mit dem Ende des Amtes des die Vollmacht erteilenden Bürgermeisters erlöschen, was in aller Regel nicht gewollt sein wird.
- 5 OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621 Rdnr. 15; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 141. Lieferung 2020, Art. 37 GO Anm. 3.1; Glaser in Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: April 2023, Art. 37 Rdnr. 6; Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Stand: Dezember 2015, Art. 37 GO Anm. 1; vgl. auch BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 Rdnr. 32.
- 6 Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 37 GO Anm. 3.1.
- 7 BeckOK-GBO/Reetz, Sonderbereiche, Vertretungsmacht Rdnr. 267; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 37 GO Anm. 3.2; vgl. aus der Rspr. insbesondere BayObLG, Beschluss vom 21.10.1974, BReg. 2 Z 24/74, BayObLGZ 1974, 374, 379.
- 8 OLG München, Beschluss vom 28.01.2013, 34 Wx 390/12, NJOZ 2013, 1046, 1047.

Stark umstritten ist die Frage, inwieweit die bereits erwähnten Richtlinien im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO eine Bindungswirkung für das Grundbuchamt entfalten oder ob sie sogar darüber hinaus materiellrechtlich konstitutiv wirken. Hierauf kommt es aufgrund der restriktiven Handhabung des Begriffs der „laufenden Angelegenheiten“ in der Praxis nicht selten an. Der folgende Beitrag untersucht dieses Problemfeld, welches auch einen Paragrafenfall für das Spannungsfeld zwischen dem Öffentlichen Recht, dem materiellen Zivilrecht und dem Grundbuchverfahrensrecht darstellt. Zur Verdeutlichung wird nachstehend ein Beispielfall skizziert, der im Laufe des Beitrags aufgelöst wird:

Der Oberbürgermeister der bayerischen, kreisfreien Gemeinde G (50.000 Einwohner) erteilt dem Gemeindebediensteten X eine unterschriebene und gesiegelte Vollmacht zur Vornahme von Grundstücksgeschäften bis zu einem Betrag von 100.000 €. Der Gemeinderat hat im Rahmen seiner Geschäftsordnung Richtlinien im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO aufgestellt und hierbei u. a. bestimmt, dass es sich bei Grundstücksgeschäften bis zu einem Betrag von 100.000 € um laufende Angelegenheiten handelt.

Die Gemeinde G beabsichtigt, an Bürger B ein Ackergrundstück mit einer Größe von 160 m² zu verkaufen. Der Kaufpreis soll insgesamt 480 € betragen, was dem Verkehrswert des Grundstücks entspricht. Zum Notartermin erscheint X und legt die gesiegelte Vollmacht des Oberbürgermeisters im Original vor. Der Notar N nimmt eine beglaubigte Abschrift zur Urkunde und beurkundet den Kaufvertrag samt Auflassung. Nach erfolgter Kaufpreiszahlung beantragt N die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt.

Muss das Grundbuchamt dem Antrag auf Eigentumsumschreibung entsprechen?

Ist das Rechtsgeschäft materiellrechtlich wirksam?

Abwandlung:

Die Gemeinde G beabsichtigt, an B ein Baugrundstück zum Kaufpreis von 90.000 € zu verkaufen.

II. Grundsätzliches zu Richtlinien des Gemeinderats

Was eine laufende Angelegenheit nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO darstellt, ist – wie oben aufgezeigt – nach ganz herrschender Auffassung eine Einzelfallfrage und bemisst sich nach den individuellen Verhältnissen der Gemeinde, sodass eine Angelegenheit im Laufe der Zeit zu einer laufenden Angelegenheit werden kann, obgleich sie dies nicht immer war; umgekehrt kann auch eine laufende Angelegenheit wieder zu einer nichtlaufenden werden. Der Gemeinderat kann daher nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO für die laufenden Angelegenheiten Richtlinien aufstellen. Diese Richtlinien haben den Zweck, durch Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der laufenden Angelegenheiten für die jeweilige Gemeinde eine präzisere und praktikablere Zuständigkeitsregelung auszuweisen.⁹

⁹ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 28.02.1974, BReg. 2 Z 69/73, BayObLGZ 1974, 91, 94; Beschluss vom 21.10.1974, BReg. 2 Z 24/74, BayObLGZ 1974, 374, 377 f.

Obgleich der Wortlaut des Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO nicht eindeutig ist, nimmt dieser den gesamten Satz 1 Nr. 1 in Bezug und nur die Nr. 2 und 3 von der Möglichkeit des Richtlinienerlasses aus. Der vorgenannte Zweck der Richtlinien spricht vor diesem Hintergrund dafür, dass sich die Richtlinien auf sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO beziehen und damit die Merkmale „keine grundsätzliche Bedeutung haben“ und „keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen“ nicht separat zu prüfen sind. Andernfalls wäre dem Zweck der Richtlinien, eine möglichst rechtssichere Zuständigkeitsabgrenzung zu schaffen, nicht hinreichend Rechnung getragen.

III. Zulässigkeit und Umfang der Bevollmächtigung von Gemeindebediensteten

1. Grundsätzliche Zulässigkeit

Nach Art. 38 Abs. 2 Satz 3 BayGO können Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, aufgrund einer Vollmacht auch von Gemeindebediensteten unterzeichnet werden. Darüber hinaus finden sich in der BayGO keine weiteren ausdrücklichen Regelungen zur Vollmacht.¹⁰

Art. 39 Abs. 2 BayGO regelt dem Wortlaut nach allein die Möglichkeit der *Befugnisübertragung* durch den ersten Bürgermeister. Nicht unumstritten ist, ob der erste Bürgermeister – jedenfalls im Verhältnis zu den in Art. 39 Abs. 2 BayGO Genannten, also auch zu Gemeindebediensteten – neben der Befugnisübertragung auch die Möglichkeit der Vollmachtserteilung hat.¹¹ Nachdem in der Befugnisübertragung nach Art. 39 Abs. 2 BayGO zugleich die Vollmacht liegt, die dafür nötigen Verträge abzuschließen,¹² ist richtigerweise die Erteilung einer isolierten Vollmacht, also ohne gleichzeitige Befugnisübertragung, jedenfalls unter Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 2 BayGO *a maiore ad minus* zulässig.

2. Voraussetzungen und Umfang

Die Vollmachtserteilung an Gemeindebedienstete durch den ersten Bürgermeister ist also unter Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 2 BayGO zulässig. Hiernach kann der erste Bürgermeister im Rahmen der Geschäftsverteilung einzelne Befugnisse in Angelegenheiten der laufenden Verwaltung Gemeindebediensteten übertragen; eine darüber hinausgehende Übertragung auf Bedienstete bedarf zusätzlich der Zustimmung des Gemeinderats.

a) Einzelne Befugnisse

Art. 39 Abs. 2 BayGO ermöglicht also zum einen nur die Übertragung *einzelner* Befugnisse, und zwar auch dann,

¹⁰ Glaser in Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 39 Rdnr. 18.

¹¹ Ausführlich hierzu DNotI-Internetgutachten Nr. 155869; die Zulässigkeit einer solchen Vollmacht ausdrücklich offenlassend: OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621 Rdnr. 17 f.

¹² Glaser in Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 39 Rdnr. 18.

wenn der Gemeinderat der Befugnisübertragung zustimmt.¹³ Mit dieser Einschränkung wird klargestellt, dass der erste Bürgermeister nicht seine gesamten Befugnisse übertragen und so sein Amt „preisgeben“ kann.¹⁴

aa) Letztverantwortlichkeit

Nach Auffassung des OLG Nürnberg¹⁵ müsse die Letztverantwortlichkeit für die vom Vertreter getroffene Maßnahme zudem immer beim ersten Bürgermeister liegen. Zulässig sei daher nur eine auf den Einzelfall beschränkte „Vollzugsvollmacht“. Weitere Ausführungen dazu, wann eine solche auf den Einzelfall beschränkte „Vollzugsvollmacht“ (noch) vorliegt, macht das OLG Nürnberg leider nicht. Auch vermag diese sehr enge Sichtweise von vornherein nicht zu überzeugen. Zum einen fordert der Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 1. Hs. BayGO¹⁶ nicht eine zahlenmäßige Beschränkung auf den Einzelfall, sondern vielmehr die Beschränkung auf „einzelne Befugnisse“, wobei die Übertragung einzelner Befugnisse auch dann gegeben sein kann, wenn die jeweils übertragene Befugnis zahlenmäßig nicht beschränkte Tätigkeiten ermöglicht. Darüber hinaus kann dem genannten Zweck der Norm auch dann hinreichend Rechnung getragen werden, wenn die Tätigkeiten, die mit der übertragenen Befugnis erledigt werden sollen, zahlenmäßig nicht beschränkt sind. Vielmehr kommt es (nur) darauf an, ob der erste Bürgermeister mit der Übertragung sein „Amt preisgibt“.¹⁷

Ferner erfordert auch die seitens des OLG Nürnberg geforderte Letztverantwortlichkeit des ersten Bürgermeisters für das Vertreterhandeln richtigerweise nicht zwingend eine auf den Einzelfall beschränkte „Vollzugsvollmacht“ im Sinne einer Beschränkung im Außenverhältnis. Vielmehr wird diesem Kriterium auch dann genügt, wenn die Ausübung der Vollmacht lediglich einer Beschränkung im Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem unterliegt, wonach der Bevollmächtigte verpflichtet ist, vor dem Vertreterhandeln die interne Zustimmung durch den ersten

Bürgermeister einzuholen, sobald eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten wird. Eine solche Zustimmung kann dabei formfrei und demgemäß – anders als eine für jeden Einzelfall neu zu verschriftlichende und zu siegelnde Vollmacht – flexibel und kurzfristig erteilt werden. Ein etwaiger Missbrauch der Vertretungsmacht würde zu Sanktionen im Innenverhältnis¹⁸ (zum Beispiel Schadensersatzansprüche, arbeits- bzw. dienstrechtliche Konsequenzen, ggf. Strafbarkeit des Bevollmächtigten) führen, welche auch eine ausreichend abschreckende Wirkung entfalten dürften.

Die Forderung nach einer Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis im Sinn einer auf den Einzelfall beschränkten „Vollzugsvollmacht“ ist nicht mit dem Erfordernis effektiven Verwaltungshandelns in Einklang zu bringen. Der erste Bürgermeister ist alleiniges¹⁹ Exekutivorgan der Gemeinde. Anders als bei sonstigen Organisationsformen besteht für die Gemeinde gerade nicht die Möglichkeit, einen weiteren Geschäftsführer oder ein weiteres Vorstandsmitglied zu bestimmen, um das Arbeitsaufkommen auf mehrere Schultern zu verteilen. Dem ersten Bürgermeister bleibt also lediglich die Möglichkeit, Aufgaben zu delegieren. Dabei wird man ihm hinsichtlich Art und Umfang ein grundsätzliches Ermessen zugestehen müssen, das über den Einzelfall hinausgeht.²⁰ Demgegenüber behält der erste Bürgermeister durch einen Zustimmungsvorbehalt im Innenverhältnis²¹ weiterhin die Kontrolle über das Vertreterhandeln und damit die vom OLG Nürnberg letztlich geforderte Letztverantwortlichkeit, ohne jedoch das Erfordernis effektiven Verwaltungshandelns übermäßig zu beeinträchtigen.

bb) Kein Entgegenstehen der „Trabrennbahn“-Entscheidung des BGH

Der oben dargestellten Annahme, wonach eine Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis genügt, stehen auch nicht die vom BGH in der Entscheidung „Trabrennbahn“²² aufgestellten Grundsätze entgegen.

Der BGH entschied dort zur nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung, dass eine an den Stadtkämmerer erteilte Vollmacht, die Stadt „in allen Grundstücksangelegenhei-

13 DNotI-Internetgutachten Nr. 155869, S. 3; OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621 Rdnr. 13 ff.

14 DNotI-Internetgutachten Nr. 155869, S. 4.

15 OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621 Rdnr. 17 f.

16 Sofern das OLG Nürnberg – was aus der genannten Entscheidung nicht eindeutig hervorgeht – diese Anforderung an die Vollmacht nicht aus einer analogen Anwendung des Art. 39 Abs. 2 1. Hs. BayGO herleitet, sondern eine lediglich für Vollmachten geltende, weitergehende Voraussetzung statuieren möchte, vermag dies ebenfalls nicht zu überzeugen. Die Befugnisübertragung ist gegenüber der isolierten Vollmachtserteilung ein „Mehr“, sodass nicht einsichtig ist, weshalb die Voraussetzungen der Vollmachtserteilung über die der Befugnisübertragung hinausgehen sollten.

17 DNotI-Internetgutachten Nr. 155869, S. 3 f.; a. A. wohl OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621 Rdnr. 17 f., das im Falle der Vollmachtserteilung den Verbleib der Letztverantwortlichkeit des Vertreterhandelns beim ersten Bürgermeister fordert und demnach wohl lediglich auf konkrete Einzelfälle beschränkte Spezialvollmachten für zulässig hält.

18 Lediglich in besonderen Ausnahmefällen führt der Missbrauch der Vertretungsmacht zu einem Durchschlagen auf das Außenverhältnis und damit zur Unwirksamkeit des Vertreterhandelns, vgl. MünchKomm-BGB/Schubert, § 164 Rdnr. 225 ff.

19 Nur im Falle der Verhinderung wird der erste Bürgermeister durch die weiteren Bürgermeister vertreten, Art. 39 Abs. 1 BayGO. Ein hohes Arbeitsaufkommen allein begründet jedoch keinen Verhinderungsfall (zur Definition vgl. Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: Januar 2024, Art. 39 GO Anm. 2 [S. 1 f.]).

20 Volmer, MittBayNot 2019, 621, 624.

21 Dieser ist richtigerweise nicht formgebunden, wobei sich aus Gründen der Nachweisbarkeit eine Verschriftlichung (mind. Textform) anbieten dürfte.

22 BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 ff.

ten“ zu vertreten, unwirksam sei.²³ Die Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen in der damals geltenden Fassung des § 64 Abs. 1 GO NRW sah eine Gesamtvertretung durch den Bürgermeister und einen vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten vor.²⁴ Nach Auffassung des BGH diene die Gesamtvertretung dem Schutz des Vertretenen, also der Gemeinde, und könne deshalb durch die Vertreter nicht geändert werden. Ihnen sei es auch versagt, eine Einzelvollmacht zu erteilen, die so weit geht, dass sie einer Alleinvertretung gleichkomme.²⁵ Eine vergleichbare Regelung fehlt jedoch in der bayerischen Gemeindeordnung. Vielmehr bestimmt Art. 39 Abs. 2 BayGO, dass Angelegenheiten der laufenden Verwaltung auf Gemeindebedienstete übertragen werden können und auch eine darüber hinausgehende Übertragung mit Zustimmung des Gemeinderats zulässig ist. Der bayerische Gesetzgeber sieht also ein besonderes Schutzbedürfnis der Gemeinde nur für Angelegenheiten, die über die laufende Verwaltung hinausgehen, und ordnete für solche Angelegenheiten daher ein Zustimmungserfordernis des Gemeinderats an. Dieses Zustimmungserfordernis ist folglich mit Blick auf den Schutzzweck der Norm das Äquivalent zu der in § 64 Abs. 1 GO NRW a. F. angeordneten Gesamtvertretung. Über dieses Zustimmungserfordernis wird aber durch die Erteilung einer Vollmacht, welche lediglich Beschränkungen im Innenverhältnis unterliegt, nicht durch den Vertreter, also den ersten Bürgermeister, (unzulässigerweise) disponiert.

Die vom BGH in seiner vorgenannten Entscheidung aufgestellten Grundsätze, die sich im Wesentlichen auf den Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GO NRW a. F. stützten,²⁶ sind daher nicht auf die bayerische Gemeindeordnung übertragbar. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Delegation durch den ersten Bürgermeister im Wege der Befugnisübertragung nach Art. 39 Abs. 2 BayGO erfolgt oder im Wege der Vollmachtserteilung.

b) Angelegenheiten der laufenden Verwaltung oder zusätzliche Zustimmung des Gemeinderats

Zum anderen muss es sich bei der betreffenden Angelegenheit gemäß Art. 39 Abs. 2 BayGO um eine solche der „laufenden Verwaltung“ handeln oder es bedarf einer zusätzlichen Zustimmung des Gemeinderats. Nicht abschließend geklärt ist dabei, was unter dem Begriff der „laufenden Verwaltung“ im Sinne von Art. 39 Abs. 2 1. Hs. BayGO zu verstehen ist und wie sich dieser zu dem der „laufenden Angelegenheiten“ im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO verhält. Soweit ersichtlich wird der Begriff der „laufenden Verwaltung“ in einem umfassenderen Sinne als derjenige der „laufenden Angelegenheiten“ verstanden, so dass eine Befugnisübertragung (und damit auch eine Voll-

machtserteilung) bei laufenden Angelegenheiten im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO stets zulässig ist.²⁷

c) Keine zwingende Beschränkung auf eine bestimmte, namentlich zu bezeichnende Person

Nicht erforderlich für die Befugnisübertragung nach Art. 39 Abs. 2 BayGO (und damit auch nicht für die Vollmachtserteilung) ist die Beschränkung auf eine bestimmte, namentlich zu bezeichnende Person.²⁸ Die gegenteilige Auffassung des OLG Nürnberg²⁹ zu Art. 39 Abs. 2 2. Hs. BayGO ist aufgrund des geänderten Gesetzeswortlauts („auf Bedienstete“ statt „auf einen Bediensteten“) und nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers³⁰ mittlerweile überholt.

IV. Grundbuchverfahrensrecht

1. Prüfungsumfang

Das Grundbuchamt prüft gemäß § 20 GBO das Vorliegen der dinglichen Einigung des Veräußerers und des Erwerbers. Der Nachweis ist dabei in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen.³¹ Wird die Erklärung eines Teils durch einen Vertreter abgegeben, so muss das Vorliegen der Vertretungsmacht dem Grundbuchamt ebenfalls in dieser Form nachgewiesen werden.³²

Eine Nachweiserleichterung enthält zwar § 29 Abs. 3 GBO. Nach dieser Norm sind Erklärungen oder Ersuchen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, zu unterschreiben und mit Siegel(-abdruck) oder Stempel zu versehen. Es besteht die grundsätzliche Vermutung für das Grundbuchamt, dass eine den Anforderungen des § 29 Abs. 3 GBO entsprechende Erklärung von einer Person unterzeichnet ist, die zur Vertretung der Behörde (hier: der Gemeinde) befugt ist. Diese Vermutung darf das Grundbuchamt nur dann in Zweifel ziehen, wenn tatsächlich Anhaltspunkte für die fehlende Vertretungsbefugnis bestehen.³³ Berechtigte Zweifel bestehen jedoch bereits dann, wenn für das Grundbuchamt *nicht offenkundig* ist, dass der erste Bürgermeister bei Erteilung der in Rede stehenden Vollmacht im Rahmen seiner Befugnisse handelte.³⁴ Da Grundstücksgeschäfte nur in Ausnahmefällen als „laufende Angelegenheiten“ im Sinne von Art. 37 Abs. 1

23 BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 Rdnr. 33.

24 Vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 Rdnr. 30.

25 Vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 Rdnr. 30.

26 Vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 Rdnr. 33.

27 Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621, 622 Rdnr. 15; Volmer, MittBayNot 2019, 621, 624.

28 Bayerischer Landtag Drucks. 18/28527, S. 68.

29 OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621, 622 Rdnr. 14.

30 Bayerischer Landtag Drucks. 18/28527, S. 68.

31 BeckOK-GBO/Hügel, Stand: 01.03.2025, § 20 Rdnr. 63.

32 Vgl. nur OLG München, Beschluss vom 07.11.2018, 34 Wx 395/17, DNotZ 2019, 197; BeckOK-GBO/Reetz, Vertretungsmacht Rdnr. 127.

33 BayObLG, Beschluss vom 05.01.1978, BReg. 2 Z 90/76, MittBayNot 1978, 10, 11; OLG München, Beschluss vom 30.07.2020, 34 Wx 145/20, MittBayNot 2021, 81 Rdnr. 19.

34 Vgl. OLG München, Beschluss vom 30.07.2020, 34 Wx 145/20, MittBayNot 2021, 81 Rdnr. 19.

Satz 1 Nr. 1 BayGO zu qualifizieren sind,³⁵ ist es für das Grundbuchamt regelmäßig nicht offenkundig, dass der erste Bürgermeister bei der Erteilung einer Vollmacht zum Abschluss von Grundstücksgeschäften im Rahmen seiner Befugnisse handelt, auch wenn diese auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt sind.

2. Vermutungswirkung der Richtlinien des Gemeinderats

Nach der herrschenden zivilgerichtlichen Sichtweise zur Wirkung von Richtlinien des Gemeinderats begründen diese grundsätzlich (nur) eine Vermutung im Grundbuchverfahren dafür, dass die erfassten Geschäfte als laufende Angelegenheiten zu qualifizieren sind (dazu a)). Hierbei ist insbesondere ungeklärt, wann den Richtlinien eine solche Vermutungswirkung zukommt und welche Anforderungen an deren Widerlegung zu stellen sind (dazu b)).

a) Vermutung für die Qualifizierung als laufende Angelegenheit

Nach herrschender zivilgerichtlicher Auffassung begründen Richtlinien des Gemeinderats im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO grundsätzlich eine grundbuchverfahrensrechtliche Vermutung dafür, dass die erfassten Geschäfte als laufende Angelegenheiten zu qualifizieren sind, sofern die Richtlinien beim Grundbuchamt aktenkundig oder offenkundig sind.³⁶ Soweit die von der durch den ersten Bürgermeister erteilten Vollmacht erfassten Geschäfte auch von den Richtlinien erfasst sind, begründen diese daher letztlich auch eine Vermutung für die Wirksamkeit der an den Gemeindebediensteten erteilten Vollmacht.

b) „Gegenteilige Anhaltspunkte“ und Widerlegung der Vermutung

Nach der vorgenannten Auffassung begründen Richtlinien des Gemeinderats im Grundbuchverfahren dann eine Vermutung für das Vorliegen einer laufenden Angelegenheit, wenn keine „gegenteiligen Anhaltspunkte“ vorliegen.

Ob demnach auf einer ersten Stufe zu prüfen ist, ob den Richtlinien überhaupt eine Vermutungswirkung zukommt und bejahendenfalls auf einer zweiten Stufe, ob diese Vermutung im konkreten Fall widerlegt ist, oder ob dieses Erfordernis lediglich einen deklaratorischen Verweis darauf darstellt, dass die durch die Richtlinien vermittelte Vermutung widerlegt werden kann, ist bisher nicht abschließend geklärt. Der Wortlaut der hierzu ergangenen Entscheidungen³⁷, wonach Richtlinien des Gemeinderats eine Vermutung (nur) dann „begründen“, wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen, spricht für eine zweistufige Prüfung.

Ebenfalls nicht abschließend geklärt ist, wann „gegenteilige Anhaltspunkte“ in diesem Sinne vorliegen. Das BayObLG³⁸ stellte in seiner hierzu ergangenen Grundlagenentscheidung darauf ab, dass keine Anhaltspunkte dafür bestanden, wonach mit der in den Richtlinien getroffenen Zuordnung „der Begriff der laufenden Angelegenheiten nach Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO in unzulässiger Weise *eingeschränkt*“³⁹ und dadurch der Zuständigkeitsbereich des Oberbürgermeisters geschmälert wurde“. Ob dies dahin gehend zu verstehen ist, dass „gegenteilige Anhaltspunkte“ nur bei einer möglicherweise unzulässigen *Einschränkung* der dem ersten Bürgermeister gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO zugewiesenen Zuständigkeit bestehen können, lässt sich der Entscheidung nicht eindeutig entnehmen.⁴⁰

Richtigerweise dürften die Richtlinien ferner dann keine Vermutungswirkung begründen, wenn eine Übertragung von Angelegenheiten gemäß Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO ausgeschlossen wäre. Dies betrifft zum einen den Erlass von Satzungen und Angelegenheiten, die nach Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BayGO nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden können (also etwa die Beschlussfassung über den Finanzplan). Zum anderen muss sich die „Übertragung“ auf *einzelne* Angelegenheiten beschränken; eine „Totalübertragung“ ist mithin ausgeschlossen.⁴¹

Bejaht man auf der ersten Stufe die den Richtlinien grundsätzlich zukommende Vermutungswirkung, so ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob die Vermutung widerlegt ist. Jedoch sind an das Bestehen gegenteiliger Anhaltspunkte (erste Stufe) und an die Widerlegung der grundbuchverfahrensrechtlichen Vermutung (zweite Stufe) hohe Anforderungen zu stellen. Nur so kann dem Zweck der Richtlinien, durch Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der laufenden Angelegenheiten für die jeweilige Gemeinde eine präzisere und praktikablere Zuständigkeitsregelung auszuweisen, hinreichend Rechnung getragen werden. Gegenteilige Anhaltspunkte sind demnach nur beachtlich, wenn sie *offensichtlich* sind. Die durch die Richtlinien vermittelte Ver-

38 BayObLG, Beschluss vom 28.02.1974, BReg. 2 Z 69/73, BayObLGZ 1974, 91, 94.

39 Hervorhebung durch die Verfasser.

40 Die Rechtsprechung ist in späteren Entscheidungen – soweit ersichtlich – leider nicht mehr näher auf die Frage eingegangen, wann „gegenteilige Anhaltspunkte“ vorliegen, vgl. BayObLG, Beschluss vom 21.10.1974, BReg. 2 Z 24/74, BayObLGZ 1974, 374, 378; OLG München, Beschluss vom 18.05.2015, 34 Wx 116/15, FamRZ 2015, 2186 Rdnr. 26; OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621, 622.

41 Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO („weitere Angelegenheiten“ statt „die weiteren Angelegenheiten“) sowie aus der in Art. 29 BayGO grundsätzlich niedergelegten Kompetenzverteilung zwischen Gemeinderat und erstem Bürgermeister. Der Gemeinderat darf sich durch die Übertragung nicht selbst „entmachen“, vgl. Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 141. Lieferung 2020, Art. 37 GO Anm. 7 (S. 12 f.), Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsge-meinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 37 GO Anm. III.1.

35 Vgl. bereits oben Fn. 7.

36 BayObLG, Beschluss vom 28.02.1974, BReg. 2 Z 69/73, BayObLGZ 1974, 91, 94; Beschluss vom 21.10.1974, BReg. 2 Z 24/74, BayObLGZ 1974, 374, 378; OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621, 622 Rdnr. 15; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 30.07.2020, 34 Wx 145/20, MittBayNot 2021, 81, 82 Rdnr. 21.

37 Vgl. die vorangegangene Fn.

mutung ist nur dann widerlegt, wenn das konkrete Geschäft, das gemäß den Richtlinien als laufende Angelegenheit zu qualifizieren ist, von vornherein und ohne nähere Prüfung der genauen Umstände und Verhältnisse der betreffenden Gemeinde *offensichtlich* keine laufende Angelegenheit darstellt. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn bei einer Gemeinde mit weniger als 20.000 Einwohnern in den Richtlinien Grundstücksgeschäfte bis zu einem Wert von fünf Millionen € im Einzelfall als laufende Angelegenheit definiert würden. Hier wäre, ähnlich wie beim Maßstab der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht, für jedermann und ohne Weiteres ersichtlich, dass dies unter keinen Umständen zutreffen kann.

c) Folgerungen für den Beispielsfall

aa) Ausgangsfall

Für den Ausgangsfall bedeutet dies, dass das Grundbuchamt dem Antrag auf Eigentumsumschreibung entsprechen muss.

Die dingliche Einigung ist dem Grundbuchamt nach Maßgabe von §§ 20, 29 GBO nachgewiesen, insbesondere die ordnungsgemäße Vertretung der Gemeinde G durch den Gemeindebediensteten X. Gemäß den Richtlinien handelt es sich bei Grundstücksgeschäften bis zu einem Betrag von 100.000 € um laufende Angelegenheiten.

Gegenteilige Anhaltspunkte, welche der Vermutungswirkung der Richtlinien entgegenstehen, bestehen nicht. Eine *Einschränkung* der Zuständigkeit des ersten Bürgermeisters ist mit dieser Zuordnung erkennbar nicht verbunden. Auch verstößt diese Zuordnung nicht gegen die in Art. 37 Abs. 2 Satz 1 2. Hs. BayGO ausdrücklich normierten Übertragungsverbote. Ferner liegt in dieser Kompetenzzuordnung keine den Gemeinderat entmachtende und damit unzulässige „Totalübertragung“ von Kompetenzen.

Die durch die Richtlinien vermittelte Vermutung für das Vorliegen einer laufenden Angelegenheit ist darüber hinaus nicht widerlegt. Es ist nicht von vornherein und *ohne nähere Prüfung* der genauen Umstände und Verhältnisse der Gemeinde G *offensichtlich*, dass die Veräußerung eines 160 m² großen Ackergrundstückes zu einem Kaufpreis von 480 € für die Gemeinde G keine laufende Angelegenheit darstellt. Wann eine laufende Angelegenheit im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO vorliegt, ist eine Einzelfall- und Tatfrage, bei der u. a. die Größe der Gemeinde, das Haushaltsvolumen, die Regelmäßigkeit vergleichbarer Geschäfte sowie die personelle Ausstattung zu berücksichtigen sind.⁴² Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Gemeinde G regelmäßig vergleichbare Grundstücksgeschäfte vornimmt, die mit Blick auf den vereinbarten Kaufpreis auch für den Haushalt eine eher untergeordnete Bedeutung haben; es ist daher durchaus *möglich*, dass das in Rede stehende Geschäft eine laufende Angelegenheit darstellt.⁴³

42 Vgl. oben Fn. 5.

43 Auf all dies kommt es jedoch nur dann an, wenn man den Richtlinien nicht ohnehin materiellrechtlich konstitutive Wirkung zuspricht (dazu unten V.).

Der erste Bürgermeister ist berechtigt, für laufende Angelegenheiten und damit Angelegenheiten der laufenden Verwaltung Vollmacht an Gemeindebedienstete zu erteilen. Das gegenständliche Geschäft ist von der dem X erteilten Vollmacht gedeckt. Die dem Grundbuchamt in beglaubigter Abschrift⁴⁴ vorgelegte Vollmacht des X ist daher ein tauglicher Vertretungsnachweis.

bb) Abwandlung

Auch bei der Abwandlung muss das Grundbuchamt dem Antrag auf Eigentumsumschreibung entsprechen.

Die Veräußerung des Bauplatzes zu einem Preis von 90.000 € ist von der erteilten Vollmacht gedeckt und stellt ausweislich der Richtlinien des Gemeinderats eine laufende Angelegenheit dar. Gegenteilige Anhaltspunkte, welche der Vermutungswirkung der Richtlinien entgegenstehen, bestehen nicht.

Die durch die Richtlinien vermittelte Vermutung ist auch nicht widerlegt. Es ist nicht von vornherein und ohne nähere Prüfung der genauen Umstände und Verhältnisse der Gemeinde G stets und offensichtlich ausgeschlossen, dass die Veräußerung eines Bauplatzes zu einem Kaufpreis von 90.000 € durch die kreisfreie Gemeinde G mit 50.000 Einwohnern unter Berücksichtigung von Haushaltsvolumen, Regelmäßigkeit vergleichbarer Geschäfte, personeller Ausstattung etc. eine laufende Angelegenheit darstellt. So wäre es beispielsweise denkbar, dass die Gemeinde G aufgrund eines massiven Industriezuzuges und damit einhergehenden erheblichen Gewerbesteuererhöhungen über ein enormes Haushaltsvolumen verfügt und wegen des ebenfalls damit einhergehenden Zuzugs von Personal und dessen Familien ein auch langfristig gesteigertes Bedürfnis nach Schaffung von Wohnraum hat. Weist die Gemeinde dann über einen längeren Zeitraum hinweg mehrere Baugebiete mit einer Vielzahl von Bauplätzen aus, welche regelmäßig veräußert werden, so ist es möglich, dass es sich bei der Veräußerung der Bauplätze um laufende Angelegenheiten im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO handelt. Es genügt allein die Möglichkeit, um die Widerlegung der Vermutung auszuschließen.

Die durch die Richtlinien vermittelte Vermutung ist daher nicht widerlegt und dem Eintragungsverlangen müsste stattgegeben werden. Dies wird in der Praxis bislang wohl auch bei den meisten Grundbuchämtern so gehandhabt.

Es zeigt sich jedoch deutlich, dass aufgrund der schwammigen Maßstäbe für die Beurteilung des Vorliegens einer laufenden Angelegenheit ein erhebliches praktisches Bedürfnis besteht, diesen Begriff im Sinne der Rechtssicherheit mittels Richtlinien bindend zu determinieren (dazu so gleich).

44 Die Vorlage der originalen Vollmachtsurkunde beim Grundbuchamt ist nicht erforderlich, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3584.

V. Materiellrechtliche Perspektive: Bindungswirkung von Richtlinien

Neben der Frage der Vollzugsfähigkeit des durch den ersten Bürgermeister bzw. einen bevollmächtigten Gemeindebediensteten vorgenommenen Rechtsgeschäfts aus *grundbuchverfahrensrechtlicher* Perspektive stellt sich die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft auch in *materiellrechtlicher* Hinsicht wirksam ist.

Soweit der erste Bürgermeister keine Vertretungsmacht hat, ist das im Namen der Gemeinde vorgenommene Rechtsgeschäft (schwebend) unwirksam. Die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch hat insofern keine Heilungswirkung; es könnte allenfalls ein späterer gutgläubiger Erwerb eines Dritten bei einer weiteren Veräußerung erfolgen (§§ 873, 892 BGB). Es kommt daher auch in materiellrechtlicher Hinsicht entscheidend darauf an, ob eine laufende Angelegenheit vorliegt und damit, ob den Richtlinien, die der Gemeinderat nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO erlässt, konstitutive Wirkung zukommt.

1. Meinungsstand

Nach herrschender zivil-⁴⁵ und früherer verwaltungsgerichtlicher⁴⁶ Rechtsprechung sowie Teilen der Literatur⁴⁷ können die Richtlinien des Gemeinderats die gesetzlichen Zuständigkeiten nicht erweitern oder einschränken. Der BayVGh hat sich jedoch in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 mit sehr ausführlicher Begründung – er führte neben historischen und dogmatischen Gründen auch die Maximen der Rechtsklarheit sowie Rechtssicherheit ins Feld – der Auffassung angeschlossen, dass die Richtlinien konstitutive Wirkung haben könnten, solange sie sich innerhalb eines dem Gemeinderat zustehenden Beurteilungsspielraums halten.⁴⁸ Diese Position ist nunmehr im öffentlich-rechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte herrschend.⁴⁹

45 Siehe hierzu die Ausführungen unter IV. 2. a).

46 Vgl. BayVGh, Urteil vom 21.12.2004, 8 B 03.1404, BayVBl 2005, 405 = BeckRS 2005, 25556 (dort unter Ziffer 2 lit. c)).

47 Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 141. Lieferung 2020, Art. 37 Anm. 6 (S. 11 f.); vgl. auch die Nachweise bei VGh Bayern, Urteil vom 16.02.2006, 4 N 05.779, NVwZ-RR 2007, 405, 406.

48 VGh Bayern, Urteil vom 16.02.2006, 4 N 05.779, NVwZ-RR 2007, 405, 406 ff.

49 Vgl. VG Regensburg, Urteil vom 02.10.2014, RO 5 K 14.640, BeckRS 2015, 40758 (jedoch zur Einschränkung der Aufgaben des Bürgermeisters); Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 37 Rdnr. 11; so bereits auch Obermayer, BayVBl 1968, 271, 271 f. Die Bindung auf die Einschränkung der Befugnisse des Bürgermeisters beschränkend: Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 37 GO Erl. II.2 (S. 4 f.). Dem VGh widersprechen Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 141. Lieferung 2020, Art. 37 GO Anm. 6 (S. 12) und Büchner, apf 2006, B 57.

2. Reichweite der konstitutiven Wirkung

Praktisch relevant ist freilich die Frage, wie weit dieser Spielraum des Gemeinderats reicht. Der BayVGh führte unter Rekurs auf das Schrifttum aus,⁵⁰ dass im Falle

„verständiger, kompetenter und damit vertretbarer Inanspruchnahme des Beurteilungsspielraums durch den Gemeinderat [...] die in der Richtlinie vorgenommene Kompetenzabgrenzung den ersten Bürgermeister [binde]“.

Der BayVGh macht auch an anderer Stelle deutlich, dass die Maxime der Rechtssicherheit dafürspricht, Richtlinien eine konstitutive Wirkung zuzusprechen. So zeigt er auf,⁵¹ dass auf Basis der Konstruktion des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 BayGO, wonach der erste Bürgermeister keine umfassende Vertretungsmacht hat,

„wegen der nach außen durchschlagenden Fehlerfolge mangelnder Organkompetenz des ohne einen (notwendigen) Beschluss des Kollegialorgans handelnden ersten Bürgermeisters ein besonderes Bedürfnis [besteht], die Kompetenzabgrenzung vorhersehbar zu gestalten. Ansonsten können erst Gerichte ggf. Jahre später die (schwebende) Unwirksamkeit eines von dem ersten Bürgermeister vorgenommenen Rechtsgeschäfts verbindlich feststellen. Die Annahme der konstitutiven Wirkung von Richtlinien mit Wertobergrenzen vermag an dieser Stelle einen für die Praxis bedeutsamen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit zu leisten“.

Auch im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass der Gemeinderat einen Beurteilungsspielraum habe. Begrenzungen desselben werden insbesondere dahin gehend thematisiert, dass die Richtlinien die Befugnisse des Bürgermeisters nicht zu stark *beschränken* dürften.⁵²

3. Stellungnahme zur und Grenzen der konstitutiven Wirkung von Richtlinien

a) Konstitutive Wirkung auch bei Erweiterung der Befugnisse des Bürgermeisters

Diese Grundlagenentscheidung des BayVGh zeigt, dass der Gemeinderat relativ weitreichend Befugnisse auf den Bürgermeister „übertragen“ kann, indem mittels Richtlinien nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO die Geschäfte, die als laufende Angelegenheiten im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO zu qualifizieren sind, deutlich erweitert werden. Über die Richtlinien entscheidet das Organ, welches die Bedingungen in der konkreten Gemeinde am besten

50 VGh Bayern, Urteil vom 16.02.2006, 4 N 05.779, NVwZ-RR 2007, 405, 406.

51 VGh Bayern, Urteil vom 16.02.2006, 4 N 05.779, NVwZ-RR 2007, 405, 407.

52 Vgl. Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 37 Erl. II.2 (S. 5); Glaser in Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 37 GO Rdnr. 11.

kennt.⁵³ Zudem wird damit die sich aufgrund der schwammigen Bestimmung der „laufenden Angelegenheiten“ ergebende Rechtsunsicherheit auch auf materiellrechtlicher Ebene eliminiert.

Letztlich wird vorab und allgemein durch den Gemeinderat solchen Geschäften zugestimmt, die andernfalls später genehmigt oder denen stets für jeden Einzelfall vorab zugestimmt werden müsste. Es besteht kein Grund dafür, dem Gemeinderat eine solche, durch die Richtlinien vermittelte, allgemeine und antizipierende Zustimmung zu untersagen. Vielmehr zeigt schon die Existenz von Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO, dass der Gesetzgeber dem Gemeinderat die grundsätzliche Möglichkeit einräumen wollte, dem ersten Bürgermeister weitere Angelegenheiten zur selbstständigen Erledigung zu übertragen und sich insoweit *ex ante* seiner eigenen Befugnisse (unter bestimmten Voraussetzungen) zu begeben. Der Aussage des BayVGH zur Wichtigkeit einer vorhersehbaren Kompetenzgestaltung durch Richtlinien (vor dem Hintergrund der fehlenden umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht bayerischer Bürgermeister) ist vollumfänglich zuzustimmen. Obgleich der Entscheidung eine *Beschränkung* der Vertretungsmacht durch Richtlinien des Gemeinderats zugrunde lag, gelten diese Erwägungen in gleicher Weise für eine *Erweiterung* der Vertretungsmacht.

Daher sind Richtlinien des Gemeinderats (auch) materiellrechtlich bindend und können die Befugnisse des Bürgermeisters demgemäß auch erheblich erweitern.

b) Grenzen des Beurteilungsspielraums des Gemeinderats

Zu klären bleibt, ob und ggf. inwieweit die konstitutive Wirkung der Richtlinien des Gemeinderats begrenzt ist. Wie vorstehend bereits ausgeführt, wird dem Gemeinderat hinsichtlich der in den Richtlinien vorgenommenen Kompetenzabgrenzung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Überschreitet der Gemeinderat diesen Beurteilungsspielraum, so sind die Richtlinien rechtswidrig und damit nach allgemeinen Grundsätzen nichtig.⁵⁴ Eine ausschließlich auf die konstitutive Richtlinienwirkung gestützte Vertretungsmacht würde dann tatsächlich nicht bestehen, sodass ein auf dieser Grundlage vorgenommenes Rechtsgeschäft materiellrechtlich (schwebend) unwirksam wäre.

Soweit ersichtlich, werden in der Rechtsprechung und Literatur als Grenzen des Beurteilungsspielraums lediglich unzumutbare *Einschränkungen* der Befugnisse des ersten Bürgermeisters diskutiert. Ungeklärt ist hingegen, ob auch eine übermäßige *Erweiterung* der Kompetenzen des ersten Bürgermeisters zu einer Überschreitung des Beurteilungsspielraums und damit zu einer Nichtigkeit der Richtlinien

führen kann. Dies ist richtigerweise im Grundsatz zu verneinen. Im Falle der Erweiterung der Befugnisse des ersten Bürgermeisters durch Aufstellung von Richtlinien ist weder der Gemeinderat noch der erste Bürgermeister schutzbedürftig. Der Gemeinderat entscheidet in eigener Verantwortung über Inhalt und Erlass der Richtlinien, sodass er im Falle der Kompetenzerweiterung des ersten Bürgermeisters seine eigenen Kompetenzen aufgrund eigener und selbstbestimmter Entscheidung einschränkt. Der erste Bürgermeister erfährt durch die Kompetenzerweiterung eine Besserstellung seiner organschaftlichen Befugnisse, sodass auch er keines Schutzes bedarf. Zudem profitiert der Rechtsverkehr von der Vorhersehbarkeit und Transparenz.

Die Grenze der Kompetenzerweiterung wird man allerdings dort ziehen müssen, wo eine Übertragung von weiteren Angelegenheiten mittels der Geschäftsordnung nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO ausgeschlossen wäre.⁵⁵ Demnach sind die in Art. 37 Abs. 2 Satz 1 2. Hs. BayGO ausdrücklich niedergelegten Übertragungsverbote analog zu beachten. Zudem muss sich die Übertragung auf *einzelne* Angelegenheiten beschränken; eine „Totalübertragung“ ist mithin ausgeschlossen.

c) Fazit

Trotz systematischer Bedenken⁵⁶ sprechen daher die besseren Argumente dafür, mit dem BayVGH eine konstitutive Wirkung von Richtlinien anzunehmen, und zwar auch für den hier betrachteten Fall der Kompetenzerweiterung. Vom Gemeinderat aufgestellte Richtlinien, wonach Grundstücksgeschäfte bis zu einem gewissen Betrag als laufende Angelegenheit definiert werden, haben daher auch in materiellrechtlicher Hinsicht konstitutive Außenwirkung.

4. Konsequenzen für das Grundbuchverfahren und den Beispielsfall

Die materiellrechtlich konstitutive Wirkung von Richtlinien hat freilich auch Konsequenzen in Bezug auf das Grundbuchverfahren (dazu oben IV.). Auf die bereits dargestellte, auf das Verfahrensrecht begrenzte Vermutungswirkung kommt es richtigerweise gar nicht an, da Richtlinien materiellrechtlich konstitutiv wirken.

55 Dazu bereits oben IV. 2. b).

56 Insbesondere das Verhältnis von Art. 37 Abs. 1 Satz 2 zu Abs. 2 Satz 1 BayGO ist freilich systematisch kaum mehr aufzulösen. Dies ist aber die Konsequenz nicht nur aus der VGH-Rechtsprechung, sondern letztlich auch aus der Systematik der BayGO, bei der der erste Bürgermeister keine unbeschränkte Vertretungsmacht hat und den sich hieraus ergebenden Rechtsunsicherheiten. Liest man die Kommentare zu Art. 37 BayGO, merkt man, wie schwer sich die Kommentatoren tun bzw. taten, die scheinbare bloße „Innenwirkung“ von Richtlinien zu begründen und die Konsequenzen in Worte zu fassen. Es ist ehrlicher und aus Gründen der Rechtssicherheit auch geboten, Richtlinien konstitutive Wirkung beizumessen, auch wenn sich hierdurch klare Überschneidungen mit dem Anwendungsbereich des Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO ergeben.

53 Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 37 GO Erl. II.2.

54 Vgl. zum Nichtigkeitsdogma bei Rechtsnormen BVerfG, Urteil vom 22.02.1994, 1 BvL 30/88, NJW 1994, 1942, 1948; Beschluss vom 23.05.2006, 1 BvR 1484/99, NJW 2006, 2246, 2248.

Nimmt der Vertreter der Gemeinde ein Geschäft vor, das von den Richtlinien erfasst ist, so ist dieses materiellrechtlich wirksam. Das Grundbuchamt hat also lediglich zu prüfen, ob Richtlinien bestehen und das betreffende Geschäft von ihnen erfasst ist. Bei Ersterem beschränkt sich die Prüfung des Grundbuchamtes auf das formale Bestehen von Richtlinien; allenfalls in extremen Ausnahmefällen, wenn die maßgeblichen Richtlinien *offensichtlich* unwirksam sind (zu den Unwirksamkeitsgründen siehe oben 3.), ist das Grundbuchamt zu einer inhaltlichen Prüfung der Richtlinien berechtigt.

Nachdem Anhaltspunkte für eine offensichtliche Unwirksamkeit der vom Gemeinderat der Gemeinde G erlassenen Richtlinien nicht bestehen, muss das Grundbuchamt sowohl im Ausgangsfall als auch in der Abwandlung dem Antrag auf Eigentumsumschreibung entsprechen, und zwar ohne Prüfung des tatsächlichen Vorliegens einer laufenden Angelegenheit im konkreten Einzelfall.

VI. Übertragung von Angelegenheiten nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO als Alternative zum Richtlinienenerlass?

1. Allgemeines

Nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO kann der Gemeinderat dem ersten Bürgermeister durch die Geschäftsordnung einzelne weitere Angelegenheiten zur selbstständigen Erledigung übertragen, sofern es sich nicht um den Erlass von Satzungen oder Angelegenheiten handelt, die nach Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BayGO nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden können. Es bedarf insofern keiner qualifizierten Mehrheit.⁵⁷ Von der Übertragung nach Art. 37 Abs. 2 BayGO können auch Grundstücksgeschäfte erfasst sein.⁵⁸ Diese Form der Aufgabenübertragung kann der Vereinfachung angesichts der unklaren Rechtslage rund um die laufenden Angelegenheiten dienen.⁵⁹

2. Zweigleisigkeit?

Trotz der mittlerweile wohl herrschenden öffentlich-rechtlichen Auffassung, wonach Richtlinien des Gemeinderats konstitutive Wirkung haben, verbleiben für die Praxis Rechtsunsicherheiten. Um diese verbleibenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, stellt es eine im Regelfall taugliche Vorgehensweise seitens der Gemeinde dar, in die Geschäftsordnung des Gemeinderats eine Auffangregelung aufzunehmen, wonach gemäß den Richtlinien als laufend qualifizierte Angelegenheiten für den Fall, dass sie tatsächlich nicht unter Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO fal-

len, hilfsweise dem ersten Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO zur selbstständigen Erledigung übertragen werden. Dieses „zweigleisige Verfahren“ findet sich auch in dem Geschäftsordnungsmuster des Bayerischen Gemeindetags und könnte wie folgt lauten:⁶⁰

§ XY Aufgaben des ersten Bürgermeisters

(1) Der erste Bürgermeister erledigt in eigener Zuständigkeit

a) die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen (Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO),

b) [...]

(2) Zu den Aufgaben im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO, die der erste Bürgermeister in eigener Zuständigkeit erledigt, gehören insbesondere

[Katalog der Angelegenheiten, die als laufend qualifiziert werden sollen, zum Beispiel: „Grundstücksgeschäfte bis zu einem Wert (Verkehrswert des betroffenen Grundstücks) von 100.000 € im Einzelfall.“]

(3) Soweit die Aufgaben nach Abs. 2 nicht unter Art. 37 Abs. 1 Satz 1 BayGO fallen, werden sie hiermit dem ersten Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO zur selbstständigen Erledigung übertragen.

Einer solchen Auffangregelung stehen keine Bedenken entgegen, sofern die Grenzen des Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO eingehalten werden. Insbesondere ist in einer solchen Auffangregelung keine unzulässige „Totalübertragung“ zu sehen, da sie Bezug nimmt auf die zuvor in der Geschäftsordnung definierten *einzelnen* Angelegenheiten, die hilfsweise übertragen werden sollen. Auch ist sie hinreichend bestimmt, da sich aus dem in Bezug genommenen Absatz eindeutig ergibt, welche Angelegenheiten dem Bürgermeister zur Erledigung in eigener Zuständigkeit zugewiesen sind. Dass sich diese Zuständigkeit sowohl aus Art. 37 Abs. 1 Satz 1 BayGO als auch hilfsweise aus Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO ergeben kann, ist unbeachtlich.

3. Zulässigkeit der Bevollmächtigung von Gemeindebediensteten

Eine Bevollmächtigung von Gemeindebediensteten durch den ersten Bürgermeister in Bezug auf Angelegenheiten, die dem ersten Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO übertragen wurden, ist zulässig, wenn hierbei die Grenzen des Art. 39 Abs. 2 BayGO eingehalten werden. Nachdem zumindest sicherheitshalber davon auszugehen ist, dass die gemäß Art. 37 Abs. 2 BayGO übertragenen Angelegenheiten keine laufenden Angelegenheiten im Sinne des Art. 39 Abs. 2 BayGO darstellen,⁶¹ ist eine zusätzliche

⁵⁷ Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 141. Lieferung 2020, Art. 37 Anm. 7, S. 13; Glaser in Widmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 37 GO Rdnr. 12.

⁵⁸ BeckOK-GBO/Reetz, Vertretungsmacht Rdnr. 267.

⁵⁹ Vgl. m. w. N. Glaser in Widmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 37 GO Rdnr. 12; Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 37 Anm. III.1 (S. 8).

⁶⁰ Formulierungsvorschlag in Anlehnung an § 13 des Geschäftsordnungsmusters des Bayerischen Gemeindetags, BayGT 2020, 121, 128 und 144.

⁶¹ So OLG Nürnberg, Beschluss vom 09.10.2018, 15 W 1595/18, MittBayNot 2019, 621, 622 Rdnr. 15.

Zustimmung des Gemeinderats erforderlich. Nachdem für die Befugnisübertragung nach Art. 39 Abs. 2 BayGO die Beschränkung auf eine bestimmte, namentlich zu bezeichnende Person nicht erforderlich ist,⁶² kann die zusätzliche Zustimmung des Gemeinderats nach Art. 39 Abs. 2 2. Hs. BayGO allerdings bereits vorweg und ohne Beschränkung auf konkrete Gemeindebedienstete in der Geschäftsordnung des Gemeinderats erteilt werden.⁶³

Sofern also dem ersten Bürgermeister allgemein die Möglichkeit eingeräumt werden soll, diejenigen Angelegenheiten, die ihm nach Art. 37 Abs. 2 BayGO übertragen wurden, seinerseits nach Art. 39 Abs. 2 2. Hs. BayGO auf Gemeindebedienstete zu übertragen bzw. diese entsprechend zu bevollmächtigen, sollte auch die erforderliche zusätzliche Zustimmung des Gemeinderats in die *Geschäftsordnung* des Gemeinderats aufgenommen werden. Der Formulierungsvorschlag gemäß vorstehend 2. könnte dann um folgenden Abs. 4 ergänzt werden:

(4) Der erste Bürgermeister ist berechtigt, die Aufgaben, die er nach Abs. 2 und 3 in eigener Zuständigkeit erledigt, auf Gemeindebedienstete zu übertragen oder ihnen entsprechende Vollmacht zu erteilen. Der Gemeinderat erteilt hiermit bereits seine Zustimmung nach Art. 39 Abs. 2 2. Hs. BayGO.

4. Gestaltungsempfehlung

Aufgrund der immer noch bestehenden Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen der Richtlinien des Gemeinderats ist der Gemeinde die Aufnahme einer Auffangregelung in die Geschäftsordnung des Gemeinderats zu empfehlen, welche die gemäß der Geschäftsordnung als laufend qualifizierten Angelegenheiten dem ersten Bürgermeister hilfsweise nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO zur eigenen Erledigung überträgt. Sofern der erste Bürgermeister allgemein berechtigt sein soll, diese Angelegenheiten auch an Gemeindebedienstete zu delegieren, sollte bereits in der Geschäftsordnung die Zustimmung hierzu nach Art. 39 Abs. 2 2. Hs. BayGO allgemein erteilt werden.

VII. Ergebnis und Fazit für die Kautelarpraxis

Im Rahmen der Vertretung bayerischer Gemeinden sind erstaunlich viele Fragen ungeklärt. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass das von den Zivilgerichten regelmäßig allein zu prüfende Grundbuchverfahrensrecht (scheinbar) andere Voraussetzungen aufstellt als das (meist) von den Verwaltungsgerichten zu prüfende materielle Recht.

Die herrschende zivilgerichtliche Auffassung misst den Richtlinien des Gemeinderats für das Grundbuchverfahren grundsätzlich eine Vermutungswirkung für das Vorliegen laufender Angelegenheiten (und damit auch für die Wirksamkeit einer vom ersten Bürgermeister erteilten Vollmacht an Gemeindebedienstete) bei, wenn darin die betreffenden

Grundstücksgeschäfte als laufende Angelegenheiten qualifiziert wurden. Dies sagt aber noch nichts über die materiellrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts aus, da auch die Eintragung im Grundbuch insoweit keine Heilungswirkung herbeiführen würde.

Es ist richtigerweise möglich, die Befugnisse des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde mittels Richtlinien im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO mit *materiell-rechtlich bindender* Wirkung zu erweitern, soweit gewisse Grenzen eingehalten werden. Dies gilt auch für Grundstücksgeschäfte, obgleich diese regelmäßig keine laufende Angelegenheit darstellen (sollen). Auf eine Vermutungswirkung (nur) in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht kommt es dann gar nicht an. Der Gemeinderat als das zuständige Gremium, das die Bedingungen in der konkreten Gemeinde am besten kennt, entscheidet vorab und allgemein, welche Geschäfte dem ersten Bürgermeister allgemein überantwortet werden. Es besteht kein Grund, dieser vorab erfolgenden Zustimmung durch den Gemeinderat zu versagen. Entschließt sich daher der Gemeinderat – um mit den Worten des BayVGH zu sprechen⁶⁴ – zu einer Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der laufenden Angelegenheiten, ist diese normkonkretisierende Richtlinie rechtlich verbindlich.

Nicht nur der grundbuchamtliche Vollzug ist dann sichergestellt, sondern die Vertretung durch den ersten Bürgermeister bzw. einen von ihm bevollmächtigten Gemeindebediensteten ist in diesem Fall auch materiellrechtlich wirksam.

Dennoch sollte man der Gemeinde aufgrund der immer noch bestehenden Rechtsunsicherheiten empfehlen, die gemäß der Geschäftsordnung des Gemeinderats als laufend qualifizierten Angelegenheiten dem ersten Bürgermeister hilfsweise auch zur eigenen Erledigung nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO zu übertragen.

Die Bevollmächtigung von Gemeindebediensteten durch den ersten Bürgermeister ist zulässig, sofern hierbei die Grenzen analog Art. 39 Abs. 2 BayGO beachtet werden. Für laufende Angelegenheiten kann der erste Bürgermeister demnach Gemeindebediensteten auch ohne (erneute) Mitwirkung des Gemeinderats eine Vollmacht erteilen, die diese für solche Angelegenheiten auch zum Abschluss notarieller Veräußerungsverträge und zur Erklärung der Auflassung berechtigt. Auch für Angelegenheiten, die dem ersten Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 2 BayGO zur eigenen Erledigung übertragen wurden, kann er einem Gemeindebediensteten Vollmacht erteilen; allerdings bedarf es hierzu der zusätzlichen Zustimmung des Gemeinderats. Die zusätzliche Zustimmung des Gemeinderats kann und sollte bereits vorweg in der Geschäftsordnung allgemein erteilt werden.

62 Siehe hierzu die Ausführungen unter III. 2. c).

63 Vgl. Bayerischer Landtag Drucks. 18/28527, S. 68.

64 VGH Bayern, Urteil vom 16.02.2006, 4 N 05.779, NVwZ-RR 2007, 405, 406.

Die erstrangige Bestellung des Erbbaurechts – Überblick über kautelarjuristische Möglichkeiten zur Absicherung von im Rang zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten

Von Notar Dr. **Steffen Ott**, MBLT, Weinheim



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Bestellt der Grundstückseigentümer an seinem Grundstück ein Erbbaurecht, so kann dies grundsätzlich nur zur ausschließlichen ersten Rangstelle erfolgen. Ist das Grundstück bereits mit einer Dienstbarkeit belastet, so bedarf es eines Rangrücktritts hinter das Erbbaurecht. Insbesondere bei existenznotwendigen Rechten wird der Dienstbarkeitsberechtigte zu einer solchen Rangverschaffung nur bereit sein, wenn die Ausübung seiner Rechte aus der Dienstbarkeit sowohl während des Bestehens des Erbbaurechts als auch nach Beendigung des Erbbaurechts gewährleistet bleibt. Die Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten gehört zu den meistdiskutierten Fragen des Erbbaurechts. Eine höchstgerichtliche Entscheidung liegt bislang nicht vor; seitens der obergerichtlichen Rechtsprechung haben sich, soweit ersichtlich, nur das OLG Hamm¹ und (rudimentär) das OLG Karlsruhe² mit dieser Thematik befasst. In der Literatur finden sich verschiedene Ansätze, die nachfolgend jedoch nur skizziert werden sollen. Der Fokus dieses Beitrags liegt vielmehr in der Bereitstellung von Formulierungshilfen zu den jeweils vertretenen Ansätzen, um die Praxis bei der Umsetzung der Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten zu unterstützen.

I. Schritt 1 – Sicherung der (weiteren) Ausübung der Dienstbarkeit

Überschneiden sich die Ausübungsbereiche³ von Erbbaurecht und Dienstbarkeit, so hat der Rangrücktritt des Dienstbarkeitsberechtigten zur Folge, dass der Erbbauberechtigte von ihm die Unterlassung der Ausübung verlangen könnte (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG i. V. m. § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zur Sicherung der (weiteren) Ausübung ist es

- 1 OLG Hamm, Urteil vom 27.06.2013, I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431.
- 2 OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.06.2023, 14 W 38/23 (Wx), ErbbauZ 2023, 141.
- 3 Für den Fall, dass sich die Ausübungsbereiche nicht überschneiden, scheidet eine Bestellung des im Rang zurücktretenden Rechts am Erbbaurecht aus und es wäre auch nicht erforderlich, da die Rechte dann nicht im Konflikt miteinander stehen und der Dienstbarkeitsberechtigte seine Rechte aus der Dienstbarkeit auch nach Vollzug des Rangrücktritts im Grundstücksgrundbuch weiterhin ausüben kann; Ott, DNotZ 2015, 341, 357.

daher erforderlich, dass die Dienstbarkeit inhaltsgleich und mit einer Rangstelle, welche derjenigen am (Erbbau-)Grundstück entspricht, auch am Erbbaurecht bestellt wird.⁴

Die Neubestellung der Dienstbarkeit erfolgt durch den Erbbauberechtigten und bedarf grundbuchverfahrensrechtlich neben dessen Bewilligung in der Form des § 29 GBO eines (formlosen) Antrags gemäß § 13 GBO.

Formulierungshilfe (Neubestellung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht):

Im Grundbuch von (...), Blatt (...), ist in Abt. II unter lfd. Nr. 1 folgendes Recht eingetragen: Geh- und Fahrrecht (...)

Der Erbbauberechtigte bestellt zulasten des Erbbaurechts ein inhaltsgleiches Recht und bewilligt und beantragt die Eintragung im Erbbaugrundbuch zu vollziehen; das Recht soll im Erbbaugrundbuch diejenige Rangstelle erhalten, welche der Rangstelle im Grundbuch entspricht.

Zur Bestimmung des Inhalts des einzutragenden Rechts und seines Rangs wird auf den Inhalt der Eintragung im Grundbuch Bezug genommen.⁵

II. Schritt 2 – Absicherung bei Heimfall des Erbbaurechts⁶

Der Heimfall hat keine Auswirkungen auf die sich aus der Eintragung im (Grundstücks-)Grundbuch ergebende Rechts-

- 4 Weber, NotBZ 2015, 405, 412, hält eine Neubestellung am Erbbaurecht trotz Überschneidens der Ausübungsbereiche auch dann für entbehrlich, wenn man dem Erbbauberechtigten im Erbbaurechtsvertrag nur eine eingeschränkte Nutzungsbefugnis zuspricht und ihn zur Duldung der Ausübung der Dienstbarkeit verpflichtet. Er beschränkt diese Möglichkeit jedoch auf die Nutzungsbefugnisse des Erbbauberechtigten an Nebenflächen; soweit es sich um gebäudebezogene Nutzungsbefugnisse handele, bedürfe es wiederum einer Bestellung des im Rang zurücktretenden Rechts am Erbbaurecht.
- 5 Zur Möglichkeit der Bezugnahme vgl. BayObLG, Beschluss vom 15.12.1983, BReg. 2 Z 110/83, DNotZ 1985, 372, 375.
- 6 An dieser Stelle sei zur Klarstellung darauf hingewiesen, dass sich die Frage nach der Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten bei Heimfall nur dann stellt, wenn sich die Ausübungsbereiche von Erbbaurecht und Dienstbarkeit überschneiden; Ott, DNotZ 2015, 341, 357.

stellung des Dienstbarkeitsberechtigten. Vor Vollzug des Heimfallanspruchs hat die Dienstbarkeit den Rang nach dem Erbbaurecht. Verlangt der Grundstückseigentümer im Rahmen der Ausübung seines Heimfallrechts die Übertragung des Erbbaurechts auf sich,⁷ entsteht nach Vollzug des Übertragungsanspruchs ein Eigentümererbbaurecht. Der Heimfall führt somit zu keiner Rangverbesserung für den Dienstbarkeitsberechtigten; sein Recht hat nach wie vor den Rang nach dem erstrangigen Eigentümererbbaurecht.

Anders stellt sich die Situation jedoch im (Erbbau-)Grundbuch dar – zumindest, wenn man die Vorschrift des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG ihrem Wortlaut getreu anwendet. Denn hiernach würde die Dienstbarkeit erlöschen. Die Neubestellung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht Zug-um-Zug gegen Einräumung der ersten Rangstelle für das Erbbaurecht im (Grundstücks-)Grundbuch würde durch den Heimfall im Ergebnis wieder rückgängig gemacht, sodass die weitere Ausübung der Rechte aus der Dienstbarkeit nicht mehr gesichert ist.

Gestalterisch könnte das Risiko für den Dienstbarkeitsberechtigten ganz einfach dadurch beseitigt werden, dass das zum (fakultativen) vertragsmäßigen Inhalt gehörende Heimfallrecht im Erbbaurechtsvertrag nicht vereinbart wird. Praktisch ist dies jedoch wegen der Bedeutung des Heimfallrechts aus Sicht des Grundstückseigentümers kein gangbarer Weg. Es werden daher andere Lösungsansätze zur Sicherung des Dienstbarkeitsberechtigten diskutiert.

1. Beschränkte Ausübung des Heimfallanspruchs

Nach einer Ansicht soll die Absicherung des zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten derart erfolgen, dass der Heimfall nur ausgeübt werden kann, wenn vorher oder gleichzeitig dem Grundbuchamt eine Bewilligung des Grundstückseigentümers zur Neueintragung des durch Heimfall erlöschenden Rechts vorgelegt wird, ggf. auch Rangrücktrittserklärungen von Inhabern der beim Heimfall (nach § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbbauRG)⁸ nicht erlöschenden Rechte. Der dogmatische Ansatz liegt hier in der Schaffung einer zusätzlichen Heimfallvoraussetzung.⁹

Vergegenwärtigt man sich noch einmal die einzelnen Schritte des Vollzugs eines Heimfallrechts, so erscheint es zweifelhaft, wenn man – wie von dieser Ansicht vorgeschlagen – auf das Vorliegen der zur Neueintragung erforderlichen Unterlagen beim Grundbuchamt abstellt. Denn das Erbbaurecht geht bei Eintritt der Voraussetzungen für den Heimfall nicht ohne Weiteres auf den Eigentümer bzw. den bezeichneten Dritten über. Bei wirksamer Ausübung des Heimfallrechts, die durch formlose einseitige empfangsbe-

dürftige Willenserklärung des Eigentümers gegenüber dem Erbbauberechtigten erfolgt, entsteht vielmehr (erst einmal) ein Anspruch des Grundstückseigentümers auf Übertragung des Erbbaurechts an ihn oder einen von ihm bezeichneten Dritten. Die Übertragung erfordert sodann nach § 873 BGB die dingliche Einigung des Erbbauberechtigten und des Grundstückseigentümers sowie die Eintragung im (Erbbau-)Grundbuch.¹⁰ Das Grundbuchamt prüft weder die Voraussetzungen noch die wirksame Ausübung des Heimfallanspruchs (schuldrechtliche Ebene), sondern nur das Vorliegen der zur Übertragung des Erbbaurechts erforderlichen dinglichen Einigung (vgl. § 20 GBO). Es ist daher auch nicht zielführend, die Unterlagen zur Neueintragung der Dienstbarkeit am Erbbaurecht bereits zu einem Zeitpunkt beim Grundbuchamt „zu parken“, zu dem noch gar kein Antrag auf Vollzug der Übertragung des Erbbaurechts auf den Eigentümer bzw. den bezeichneten Dritten beim Grundbuchamt gestellt wurde.

Vorzugswürdig ist es, wenn bei der Schaffung der zusätzlichen Heimfallvoraussetzung darauf abgestellt wird, dass dem Dienstbarkeitsberechtigten die zur inhalts- und ranggleichen Neueintragung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung gestellt wurden. Zum einen kann die Aushändigung der Eintragungsbewilligung (bzw. der Rangrücktrittsbewilligung) unter den Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB (bzw. § 880 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 873 Abs. 2 BGB) eine Bindungswirkung auslösen. Zum anderen muss der Dienstbarkeitsberechtigte ohnehin in den Vollzug des Heimfallrechts eingebunden werden. Denn die Löschung der im (Erbbau-)Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit kann nicht durch Unrichtigkeitsnachweis bewirkt werden; es bedarf (da sich die Ausübung des Heimfalls nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen lässt) einer Berichtigungsbewilligung des Dienstbarkeitsberechtigten.¹¹ Die Bereitschaft zur Abgabe einer solchen Bewilligung wird erhöht, wenn dem Dienstbarkeitsberechtigten die zur Neueintragung erforderlichen Unterlagen bereits vorliegen und er ggf. den Vollzug der Löschung unter den Vorbehalt des Vollzugs der Neueintragung stellen kann.

Formulierungshilfe (zusätzliche Heimfallvoraussetzung):

Der Eigentümer kann vom Erbbauberechtigten die Übertragung des Erbbaurechts an sich oder an einen von ihm zu bezeichnenden Dritten nur verlangen, wenn folgende Bedingung eingetreten ist:

Dem Berechtigten des im Grundbuch von (...), Blatt (...), in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts, welches inhalts- und ranggleich auch im noch anzulegenden Erbbaugrundbuch eingetragen werden soll, wurden vom Eigentümer alle in der Form des § 29 GBO abgegebenen Erklärungen ausgehändigt, die zum Vollzug einer inhalts- und ranggleichen Neueintragung des Rechts am – nach Vollzug des Heimfallanspruchs auf den Eigentümer bzw.

⁷ Nach § 3 2. Hs. ErbbauRG könnte der Eigentümer auch verlangen, dass das Erbbaurecht einem von ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen wird.

⁸ § 33 ErbbauRG findet über § 31 Abs. 3, § 42 Abs. 2 WEG auch auf das Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrecht Anwendung.

⁹ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 2 Rdnr. 100b; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1739.

¹⁰ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 101.

¹¹ Weber, NotBZ 2015, 405, 409; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.02.2024, § 33 ErbbauRG Rdnr. 2.

den Dritten übertragenen – Erbbaurecht erforderlich sind.¹²

Die Bedingung entfällt, wenn das vorgenannte Recht zum Zeitpunkt, in dem das Heimfallrecht ausgeübt werden soll, am Erbbaurecht nicht mehr besteht.

Der Ansatz, im Erbbaurechtsvertrag eine zusätzliche Heimfallvoraussetzung zu vereinbaren, hat mit Blick auf die Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten den Vorteil, dass dieser Regelung als Inhalt des Erbbaurechts dingliche Wirkung zukommt. Sind Rechte am Erbbaurecht eingetragen, die beim Heimfall nicht erlöschen, so hängt die rangrichtige Neueintragung der Dienstbarkeit jedoch zusätzlich von entsprechenden Rangrücktrittserklärungen der Inhaber der fortbestehenden Rechte ab. Der (praktische) Nachteil dieses Ansatzes besteht daher darin, dass der Grundstückseigentümer sein Heimfallrecht nicht ausüben kann, wenn die Mitwirkung zur Rangverschaffung verweigert wird.¹³

2. Teleologische Reduktion/Abbedingung des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG

Um die für den Dienstbarkeitsberechtigten mit dem Heimfall verbundenen Risiken zu beseitigen, wird vertreten, dass (entgegen dem Wortlaut der Norm) solche Rechte beim Heimfall nicht erlöschen sollen, die mit (qualifizierter)¹⁴ Zustimmung des Grundstückseigentümers bestellt wurden; in diesem Fall sei § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG teleologisch zu reduzieren.¹⁵ In eine ähnliche Richtung geht die Auffassung, die § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG für dispositiv hält. Ausgehend vom Normzweck des § 33 ErbbauRG wird es hiernach für möglich gehalten, dass bei entsprechender Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag Dienstbarkeiten beim Heimfall

entgegen dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG nicht erlöschen.¹⁶

Die vorgenannten Ansätze haben im Unterschied zu dem unter Ziffer 1 dargestellten Ansatz der Schaffung einer zusätzlichen Heimfallvoraussetzung den Vorteil, dass es bei einer einschränkenden Auslegung bzw. Abdingbarkeit des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG keiner Neubestellung der Dienstbarkeit bedürfte, sondern diese bliebe (ebenso wie die unter § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbbauRG genannten Rechte) weiterhin am Erbbaurecht bestehen.

Problematisch ist jedoch, dass die Zulässigkeit einer einschränkenden Auslegung bzw. die mögliche Abdingbarkeit des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG seitens der Rechtsprechung (soweit ersichtlich) bislang noch nicht thematisiert wurde¹⁷ und von Teilen der Literatur, insbesondere mit Blick auf den sachenrechtlichen Typenzwang, abgelehnt wird.¹⁸ Auch wenn man von der Zulässigkeit ausgeht, verbleibt mit Blick auf die Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten der Nachteil, dass der Zustimmung des Grundstückseigentümers bzw. der Bestehenbleibensvereinbarung mangels Rechtsgrundlage im Erbbaurechtsgesetz (wohl) keine dingliche Wirkung zukommen würde.¹⁹

Formulierungshilfe (Bestehenbleibensvereinbarung):

Der Eigentümer ist damit einverstanden, dass das in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragene Recht inhalts- und ranggleich auch am Erbbaurecht bestellt wird.

Im Hinblick auf einen etwaigen Heimfall des Erbbaurechts vereinbaren die Beteiligten, dass das vorgenannte Recht am Erbbaurecht bestehen bleibt; die in § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG vorgesehene Folge des Erlöschens wird somit ausgeschlossen.

Die Beteiligten verpflichten sich hiermit (auch zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts),²⁰ diese Bestehenbleibensvereinbarung nicht ohne Zustimmung des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts wieder aufzuheben.

Die Beteiligten verpflichten sich weiter (auch zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen

12 Diese offene Formulierung genügt den Anforderungen an die Bestimmtheit, da bei der Festlegung von Voraussetzungen für einen Heimfall seitens der Rechtsprechung insoweit keine überhöhten Anforderungen gestellt werden; vgl. BGH, Urteil vom 11.07.2003, V ZR 56/02, DNotZ 2004, 143; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 79.

13 Zur Entschärfung dieses Risikos für den Grundstückseigentümer wird vorgeschlagen, dass der Erbbauberechtigte die beim Heimfall nicht erlöschenden Rechte mit einem Rangvorbehalt für die neu einzutragenden Dienstbarkeiten bestellt. Ist – wie regelmäßig – im Erbbaurechtsvertrag ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, so wird es für zulässig gehalten, dass der Eigentümer seine Zustimmung zur Belastung des Erbbaurechts mit beim Heimfall fortbestehender Rechte davon abhängig macht, dass diese Rechte nur mit Rangvorbehalt bestellt werden; auf diese Weise könnte der Erbbauberechtigte zu einem entsprechenden Vorgehen angehalten werden, das mit Blick auf die effektive Durchsetzung des Heimfallrechts (allein) im Interesse des Eigentümers liegt; vgl. zum Ganzen Weber, NotBZ 2015, 405, 408; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 120; Mascherini/Dieckmann, notar 2024, 200, 209.

14 Soll heißen, ausdrücklich für die Konstellation des Heimfalls.

15 Graf Wolffskeel vom Reichenberg, ErbbauZ 2022, 158, 159; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.05.2024, § 33 ErbbauRG Rdnr. 2.1.

16 Rapp, MittBayNot 2014, 412, 414 f.; Ott, DNotZ 2015, 341, 345; Nagel/Bohlsen, ErbbauZ 2022, 62, 63.

17 Das OLG Hamm hat sich in seiner Entscheidung vom 27.06.2013 (I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431) lediglich mit dem Bestehenbleiben der Vormerkung im Rahmen der Vormerkungslösung befasst.

18 MünchKomm-BGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 33 ErbbauRG Rdnr. 1 m. w. N.; zweifelnd auch Weber, NotBZ 2015, 405, 407.

19 Ott, DNotZ 2015, 341, 347 f.; Nagel/Bohlsen, ErbbauZ 2022, 62, 63; a. A. Weber, NotBZ 2015, 405, 407.

20 Die Person des Dritten i. S. d. § 328 BGB muss bei Vertragsschluss (lediglich) bestimmbar sein und kann (für den Fall, dass es sich bei dem im Formulierungsbeispiel in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Recht um ein subjektiv-dingliches Recht handeln sollte) auch der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks sein; MünchKomm-BGB/Gottwald, 9. Aufl. 2022, § 328 Rdnr. 24.

Rechts), ihren jeweiligen Rechtsnachfolgern mit der Verpflichtung zur Weitergabe an etwaige weitere Rechtsnachfolger aufzuerlegen, in die vorstehenden Vereinbarungen einzutreten bzw. entsprechende Erklärungen abzugeben.

3. Vormerkungslösung

Die Vormerkungslösung, die auch das OLG Hamm als gangbaren Weg zur Beseitigung der Risiken für Dienstbarkeitsberechtigte beim Heimfall des Erbbaurechts ansieht, geht davon aus, dass der Grundstückseigentümer sich verpflichtet, das Erbbaurecht bei Eintritt des Heimfalls mit einem neuen Recht gleichen Inhalts zu belasten. Zur Sicherung dieser Verpflichtung ist am Erbbaurecht im Gleichrang mit dem betreffenden Recht eine Vormerkung zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten einzutragen.²¹

Im Hinblick auf die schuldrechtliche Ebene der Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Neubestellung bestehen keine Bedenken gegen diesen Ansatz. Schließlich ist er nach Vollzug des Heimfalls als Inhaber des (Eigentümer-)Erbbaurechts materiellrechtlich Verfügungsbefugt und grundbuchverfahrensrechtlich als von der Neueintragung der Dienstbarkeit betroffener Rechtsinhaber auch bewilligungsberechtigt. Problematisch erscheint jedoch die Ebene der Absicherung dieses Anspruchs durch Eintragung einer Vormerkung am Erbbaurecht. Dem steht nämlich das Identitätsgebot entgegen, wonach der Schuldner des Anspruchs bei Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts sein muss.²² An dieser notwendigen Identität fehlt es vorliegend, da der Schuldner des Anspruchs (der Grundstückseigentümer) und der Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts (der Erbbauberechtigte) verschiedene Personen sind.

Es sollte daher neben der Verpflichtung des Grundstückseigentümers eine entsprechende Verpflichtung des Erbbauberechtigten vereinbart werden. Die Verpflichtung des Erbbauberechtigten kann im Einklang mit dem Identitätsgebot durch eine Vormerkung am Erbbaurecht gesichert werden.²³ Diese Vormerkung sichert nicht nur die Neueintragung der Dienstbarkeit beim Heimfall am (Eigentümer-)Erbbaurecht des Grundstückseigentümers, sondern auch den Rang vor etwaigen beim Heimfall nach § 33 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbbauRG nicht erlöschenden Rechten (vgl. § 883 Abs. 3, § 888 Abs. 1 BGB).²⁴

Es verbleibt jedoch auch bei diesem Ansatz die Unsicherheit, dass die Vormerkung unter Zugrundelegung des Wortlauts von § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG beim Heimfall erlö-

schen würde. Geht man davon aus, dass § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG einer teleologischen Reduktion bzw. einer abbedingenden Vereinbarung zugänglich ist (vgl. die obigen Ausführungen unter Ziffer 2.), so muss dies auch für eine Vormerkung gelten, die zur Sicherung der Neueintragung der Dienstbarkeit bestellt wird. Auch wenn hierfür leider keine Begründung geliefert wurde, geht das OLG Hamm ebenfalls davon aus, dass trotz § 33 ErbbauRG eine solche Vormerkung beim Heimfall nicht erlischt.²⁵

Formulierungshilfe (Vormerkungslösung):

(1) Die Beteiligten nehmen auf das in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragene Recht und dessen Inhalt, wie er zur Eintragung bewilligt wurde, Bezug.

Der Eigentümer und der Erbbauberechtigte (jeder für sich) verpflichten sich jeweils (auch zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts), beim Heimfall ein neues und inhaltsgleiches Recht zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts am Erbbaurecht zu bestellen. Das Recht hat die Rangstelle zu erhalten, welche es vor Ausübung des Heimfallrechts am Erbbaurecht hatte.

Zur Sicherung des durch den Heimfall bedingten Anspruchs gegen den Erbbauberechtigten, bewilligt und beantragt der Erbbauberechtigte die Eintragung einer Vormerkung zulasten seines Erbbaurechts und zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts.²⁶ Die Vormerkung soll im Gleichrang mit der nach § (...) dieser Niederschrift zur Eintragung am Erbbaurecht bewilligten Dienstbarkeit eingetragen werden.

(2) Der Eigentümer ist damit einverstanden, dass die in Absatz (1) genannte Vormerkung am Erbbaurecht bestellt wird.

Im Hinblick auf einen etwaigen Heimfall des Erbbaurechts vereinbaren die Beteiligten, dass die Vormerkung am Erbbaurecht bestehen bleibt; die in § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG vorgesehene Folge des Erlöschens wird somit ausgeschlossen.

Die Beteiligten verpflichten sich hiermit (auch zugunsten des Vormerkungsberechtigten), diese Bestehenbleibensvereinbarung nicht ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten wieder aufzuheben.

Die Beteiligten verpflichten sich weiter (auch zugunsten des Vormerkungsberechtigten), ihren jeweiligen Rechtsnachfolgern mit der Verpflichtung zur Weitergabe an etwaige weitere Rechtsnachfolger aufzuerlegen, in die vorstehenden Vereinbarungen einzutreten bzw. entsprechende Erklärungen abzugeben.

21 Rapp, MittBayNot 2014, 412, 414; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 120; OLG Hamm, Urteil vom 27.06.2013, I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431.

22 BGH, Beschluss vom 05.12.1996, V ZB 27/96, NJW 1997, 861; OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.06.2018, 8 W 158/18, DNotZ 2018, 925.

23 Weber, NotBZ 2015, 405, 406.

24 Ott, DNotZ 2015, 341, 349.

25 OLG Hamm, Urteil vom 27.06.2013, I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431.

26 Für den Fall, dass es sich bei dem im Formulierungsbeispiel in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Recht um ein subjektiv-dingliches Recht handeln sollte, kann die Vormerkung auch für den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingetragen werden; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261i; Rapp, MittBayNot 2014, 412, 414.

III. Schritt 3 – Absicherung bei Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf

Die Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf hat für den Dienstbarkeitsberechtigten zur Folge, dass seine im (Erbbau-)Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit erlischt. Wurde die dem Erbbauberechtigten nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG zustehende Entschädigungsforderung nicht nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG ausgeschlossen und ist diese auch nicht nach § 27 Abs. 3 Satz 1 2. Hs. ErbbauRG erloschen, so haftet die Entschädigungsforderung nach § 28 ErbbauRG auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang.²⁷ Die Entschädigungsforderung verhindert somit ein Aufrücken der Dienstbarkeit im (Grundstücks-)Grundbuch mit der Folge, dass im Falle einer aus der Entschädigungsforderung betriebenen Zwangsversteigerung in das Grundstück die nachrangige Dienstbarkeit erlöschen würde.²⁸

Die sich für den Dienstbarkeitsberechtigten aus der Entschädigungsforderung ergebenden Risiken könnten zwar durch einen Ausschluss der Forderung nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG beseitigt werden. Hiergegen spricht jedoch (aus praktischer Sicht), dass die Entschädigungsforderung den Erbbauberechtigten zur (im Interesse des Grundstückseigentümers liegenden) ordnungsgemäßen Instandhaltung des Bauwerks anhalten soll und (aus rechtlicher Sicht), dass ein Ausschluss zumindest in den Fällen des § 27 Abs. 2 ErbbauRG (Erbbaurechte zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise) nicht zulässig wäre. Es werden daher andere Wege zur Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten gegen die Risiken bei Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf vorgeschlagen.²⁹

1. Bedingte Durchsetzbarkeit der Entschädigungsforderung

Nach einer Ansicht soll die Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten dergestalt erfolgen, dass der Entschädigungsanspruch erst verlangt werden kann, wenn der Erbbauberechtigte der Dienstbarkeit den ursprünglichen Rang am Grundstück wieder verschafft hat.³⁰ Eine solche Regelung bewirkt eine hinausgeschobene Fälligkeit und kann daher nach vorzugswürdiger Auffassung in der Literatur nicht nur mit schuldrechtlicher Wirkung, sondern gemäß § 27

Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG auch als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden.³¹

Vor dem Hintergrund, dass das OLG Hamm³² – ohne jedoch eine Begründung für seine Auffassung zu liefern – nur von einer schuldrechtlichen Wirkung ausgeht, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine (unter Zugrundelegung der Auffassung des OLG Hamm) unwirksame Vereinbarung zum vertragsmäßigen Inhalt hätte. Von einer Gesamtnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrags wäre nach § 139 BGB nur dann auszugehen, wenn die Parteien den Erbbaurechtsvertrag nicht ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten.³³ Da eine Vereinbarung über die bedingte Durchsetzbarkeit der Entschädigungsforderung ausschließlich der Absicherung eines nicht am Erbbaurechtsvertrag Beteiligten, nämlich dem Dienstbarkeitsberechtigten, dient, ist davon auszugehen, dass das Erbbaurecht auch ohne eine solche Vereinbarung bestellt worden wäre. Darüber hinaus könnte die unzulässigerweise zum dinglichen Inhalt vereinbarte Bestimmung in eine zulässige schuldrechtliche Vereinbarung umgedeutet werden.³⁴ Es empfiehlt sich eine entsprechende Klarstellung im Erbbaurechtsvertrag, dass die Vereinbarung bei unzulässiger Vereinbarung zum vertragsmäßigen Inhalt schuldrechtlich gelten soll.

Der Nachteil dieses Ansatzes liegt zum einen darin, dass der Erbbauberechtigte im Falle des Vorhandenseins von Gläubigern im Sinne des § 29 ErbbauRG von deren Mitwirkung abhängig ist, da diese der Rangänderung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, § 880 Abs. 3, § 876 BGB zustimmen müssen.³⁵ Zum anderen wird von Teilen der Literatur vorgebracht, dass die Vereinbarung der bedingten Durchsetzbarkeit der Entschädigungsforderung zumindest in den Fällen des § 27 Abs. 2 ErbbauRG (Erbbaurechte zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise) nicht zulässig sein soll.³⁶

Formulierungshilfe (Bedingte Durchsetzbarkeit der Entschädigungsforderung):

(1) Als Inhalt des Erbbaurechts wird gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG vereinbart, dass die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten erst geltend gemacht

27 War das Erbbaurecht bei seinem Erlöschen durch Zeitablauf noch mit Rechten im Sinne des § 29 ErbbauRG belastet, steht den in dieser Vorschrift genannten Berechtigten als Ersatz für den Wegfall ihrer dinglichen Rechte ein Pfandrecht an der Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten zu, welches im (Grundstücks-)Grundbuch als Vermerk bei der Entschädigungsforderung eingetragen werden kann; OLG Hamm, Beschluss vom 15.03.2007, 15 W 404/06, DNotZ 2007, 750.

28 BGH, Urteil vom 15.02.1974, V ZR 47/72, BeckRS 1974, 00180.

29 Für die Risiken bei Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf macht es keinen Unterschied, ob sich die Ausübungsbereiche von Dienstbarkeit und Erbbaurecht überschneiden oder nicht; vgl. Ott, DNotZ 2015, 341, 358.

30 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 100a.

31 Weber, NotBZ 2015, 405, 413; Ott, DNotZ 2015, 341, 352; Reichel, IMR 2023, 301, 308; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 100a.

32 OLG Hamm, Urteil vom 27.06.2013, I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431.

33 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 66.

34 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 67.

35 In der Praxis sollte diese Mitwirkung jedoch aufgrund des Eigeninteresses der Gläubiger regelmäßig zu erlangen sein. Denn schließlich hängt (mittelbar) auch die Durchsetzung ihrer Rechte davon ab, dass die Entschädigungsforderung (an der die Rechte der Gläubiger gemäß § 29 ErbbauRG bestehen) geltend gemacht werden kann; Weber, NotBZ 2015, 405, 413; Ott, DNotZ 2015, 341, 353.

36 BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.05.2024, § 10 ErbbauRG Rdnr. 3.3; krit. auch Weber, NotBZ 2015, 405, 413; a. A. Ott, DNotZ 2015, 341, 352; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 100a.

werden kann, wenn das in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragene Recht nach Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf wieder an derjenigen Rangstelle im Grundbuch eingetragen ist, die es derzeit hat.

(2) Sollte die Vereinbarung in Abs. 1 nicht vertragsmäßiger Inhalt des Erbbaurechts werden, so bleibt sie mit schuldrechtlicher Wirkung bestehen.

Die Beteiligten verpflichten sich hiermit (auch zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts), diese Vereinbarung nicht ohne Zustimmung des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts wieder aufzuheben.

Die Beteiligten verpflichten sich weiter (auch zugunsten des Inhabers des in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Rechts), ihren jeweiligen Rechtsnachfolgern mit der Verpflichtung zur Weitergabe an etwaige weitere Rechtsnachfolger aufzuerlegen, in die vorstehenden Vereinbarungen einzutreten bzw. entsprechende Erklärungen abzugeben.

2. Rangvereinbarung

Ein weiterer Lösungsansatz besteht darin, die Entschädigungsforderung inhaltlich mit einer Rangvereinbarung dahin gehend auszugestalten, dass die im Rang nach dem Erbbaurecht am Grundstück eingetragene Dienstbarkeit bei Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf Rang vor der Entschädigungsforderung haben soll. Auch wenn hiergegen vereinzelt ein Verstoß gegen den sachenrechtlichen Typenzwang vorgebracht wird,³⁷ so ist nach vorzugswürdiger Auffassung in der Literatur, der sich auch das OLG Hamm angeschlossen hat, eine solche Rangvereinbarung auf Grundlage des § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts und somit mit dinglicher Wirkung möglich. Denn wenn die vorgenannte Vorschrift sogar den kompletten Ausschluss der Entschädigungsforderung zulässt, so muss erst recht die Vereinbarung eines schlechteren Rangs zulässig sein.³⁸ Eine Rangvereinbarung wäre auch mit § 27 Abs. 2 ErbbauRG vereinbar, wenn das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt wird.³⁹ Würde alsdann aus der – nachrangigen – Entschädigungsforderung die Zwangsversteigerung in das Grundstück betrieben, so fiele die Dienstbarkeit in das geringste Gebot und bliebe bestehen, sodass der Dienstbarkeitsberechtigte abgesichert wäre.

Bei der Gestaltung des Erbbaurechtsvertrags sollte darauf geachtet werden, dass die Rangvereinbarung im (Grundstücks-)Grundbuch vermerkt wird, wenn die Entschädi-

gungsforderung nach Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf – im Wege der Grundbuchberichtigung – eingetragen wird. Die Entschädigungsforderung kann nämlich durch den Erbbauberechtigten abgetreten werden. Ohne Rangvermerk im Grundbuch bestünde bei einer Abtretung die Gefahr des gutgläubigen (erstrangigen) Erwerbs der Entschädigungsforderung durch den „Zessionar“.⁴⁰

Formulierungshilfe (Rangvereinbarung):

(1) Als Inhalt des Erbbaurechts wird vereinbart, dass bei einer Eintragung der Entschädigungsforderung in das Grundbuch, das derzeit in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragene Recht den Rang vor der Entschädigungsforderung hat.

(2) Der Erbbauberechtigte verpflichtet sich im Falle der Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf im Rahmen der Grundbuchberichtigung auf Eintragung seiner Entschädigungsforderung – unter Bezugnahme auf die vorstehende Rangvereinbarung – beim Grundbuchamt zu bewilligen und zu beantragen, dass ein entsprechender Vermerk über den (Nach-)Rang seiner Entschädigungsforderung im Grundbuch eingetragen wird.⁴¹

3. Rangvorbehalt bei der Entschädigungsforderung

Neben den vorstehenden Ansätzen wird vereinzelt auch die Vereinbarung eines Rangvorbehalts für die im Rang zurücktretenden Dienstbarkeiten bei der Entschädigungsforderung für möglich gehalten.⁴² Im Hinblick auf die Rechtsnatur der Entschädigungsforderung (als einem rangfähigen dinglichen Recht eigener Art)⁴³ erscheint die Möglichkeit eines Rangvorbehalts auf den ersten Blick vertretbar. Allerdings handelt es sich bei dem das Grundstück belastenden Recht im Sinne des § 881 Abs. 1 BGB nicht um die Entschädigungsforderung. Die Entschädigungsforderung entsteht zwar nach h.M. bereits mit der Entstehung des Erbbaurechts als bedingtes Recht.⁴⁴ Bis zum Zeitablauf des Erbbaurechts ist sie jedoch (lediglich) Inhalt des Erbbaurechts und infolgedessen auch nicht sonderrechtsfähig.⁴⁵ Bei dem das Grundstück belastenden Recht handelt es sich daher

37 BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.05.2024, § 10 ErbbauRG Rdnr. 3.3.

38 OLG Hamm, Urteil vom 27.06.2013, I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431; MünchKomm-BGB/Weiß, § 28 ErbbauRG Rdnr. 1; Rapp, ZfIR 2017, 89, 95; Ott, DNotZ 2015, 2015, 341, 353; Weber, NotBZ 2015, 405, 413; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1874; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 120.

39 Rapp, ZfIR 2017, 89, 95; Ott, DNotZ 2015, 2015, 341, 354; Weber, NotBZ 2015, 405, 414; a. A. Reichel, IMR 2023, 301, 309.

40 Ott, DNotZ 2015, 2015, 341, 354; Nagel/Bohlisen, ErbbauZ 2022, 62, 64.

41 Klargestellt sei an dieser Stelle, dass diese Verpflichtung – anders als die Rangvereinbarung – nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden kann. Verfahrensrechtlich erfolgt der Rangvermerk gemäß § 18 GBV sowohl bei der Entschädigungsforderung als auch bei der Dienstbarkeit.

42 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 100a; Mascherini/Dieckmann, notar 2024, 200, 206 (mit Formulierungsvorschlag).

43 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1874; Ott, notar 2015, 75, 82.

44 BGH, Beschluss vom 11.04.2013, V ZB 109/12, DNotZ 2013, 850.

45 MünchKomm-BGB/Weiß, § 27 ErbbauRG Rdnr. 5; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.05.2024, ErbbauRG § 27 Rdnr. 4; Ott, notar 2015, 75, 79.

(originär) um das Erbbaurecht und nicht die Entschädigungsforderung, sodass im Hinblick auf den Wortlaut des § 881 Abs. 1 BGB zweifelhaft ist, ob die Entschädigungsforderung (zumindest vor Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf) überhaupt ein taugliches Vorbehaltsrecht im Sinne des § 881 Abs. 1 BGB sein kann.

IV. Schlussbetrachtungen

Eine Absicherung des im Rang zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten ist in letzter Konsequenz nur dann gegeben, wenn die zu seinem Schutz in den Erbbaurechtsvertrag aufgenommenen Regelungen nicht ohne seine Mitwirkung wieder aufgehoben werden können. Soweit es sich bei den obigen Lösungsansätzen um Klauseln handelt, die zum Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden (können), wäre ein Entzug der Absicherung nur im Wege einer Inhaltsänderung des Erbbaurechts möglich, wofür es wiederum gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, §§ 877, 876 BGB einer Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten bedürfte.⁴⁶

Die Frage nach der Absicherung des im Rang zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten ist im Hinblick auf die wirksame Bestellung eines Erbbaurechts unausweichlich, da

das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden kann. Verweigert der im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeitsberechtigte seine Mitwirkung zur Rangverschaffung, so benötigt der Grundstückseigentümer einen entsprechenden Anspruch, der nach der Rechtsprechung des OLG Hamm jedoch nur besteht, wenn im Erbbaurechtsvertrag entsprechende (dinglich wirkende) Mechanismen zur Absicherung des Dienstbarkeitsberechtigten vorgesehen sind.⁴⁷

Die oben dargestellten Lösungsansätze haben ihre unterschiedlichen Vor- und Nachteile. Gemeinsam haben sie alle, dass es bislang bedauerlicherweise keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, auf die man sich in der Praxis stützen könnte. Es ist daher zu empfehlen, dass man sich bei der Vertragsgestaltung nicht nur auf einen Ansatz im jeweiligen Risikobereich festlegt, sondern die zur Absicherung entwickelten Lösungsansätze nach den jeweils gegebenen Umständen auch kumulativ einsetzt.⁴⁸

46 Ott, DNotZ 2015, 2015, 341, 355 f.; Weber, NotBZ 2015, 405, 414; zweifelnd Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1739. Bei der zur Absicherung beim Heimfall entwickelten Vormerkungslösung gewährt die Vormerkung dem Dienstbarkeitsberechtigten schon durch ihre Wirkung einen nicht ohne seine Mitwirkung entziehbaren Schutz.

47 OLG Hamm, Urteil vom 27.06.2013, I 22 U 165/12, MittBayNot 2014, 431.

48 So etwa Rapp, ZfIR 2017, 89, 94, zur kumulativen Verwendung der Vormerkungslösung und der Bestehenbleibensvereinbarung zur Absicherung beim Heimfall.



Entwirrung des Identitätsgebots im Kontext der Erwerbsvormerkung bei Erbauseinandersetzung

Von Notarassessor Dr. **Moritz Pfaffenberger**, Würzburg, und Notar
Dr. **Jannik Weitbrecht**, Oelsnitz/Vogtl.

Bisweilen finden sich in den gängigen Hand- und Formularbüchern im Kontext von Erbauseinandersetzungen über Nachlassimmobilien Formulierungen zur Bestellung von Auflassungsvormerkungen zugunsten erwerbender Miterben.¹ Auch in der Literatur wird nahezu einheitlich und ohne nähere Diskussion davon ausgegangen, dass die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Anspruchs eines Miterben auf Übertragung von Grundbesitz im Zusammenhang mit einer Erbauseinandersetzung möglich ist.² In Anlehnung an diesen Meinungsstand vollziehen die Grundbuchämter in der Praxis überwiegend auch bei Erbauseinandersetzungen die gestellten Anträge auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen.

Jedoch kommt es in jüngerer Zeit dazu, dass vereinzelt Grundbuchämter unter Bezugnahme auf einen Aufsatz von *Becker*³ die Vormerkungsfähigkeit von Ansprüchen aus Erbauseinandersetzungsverträgen anzweifeln. Dies geschieht nach Ansicht der Autoren jedoch zu Unrecht. Dieser Aufsatz widmet sich den von *Becker* vorgetragenen Zweifeln zur Eintragungsfähigkeit der Erwerbsvormerkung bei Erbauseinandersetzungsverträgen und legt dar, dass die Vormerkung ein taugliches Sicherungsmittel in diesem Kontext bietet. Nicht näher soll vorliegend das rechtliche Bedürfnis nach der Eintragung einer Vormerkung bei Erbauseinandersetzung erörtert werden. Nur der Vollständigkeit halber ist jedoch zu erwähnen, dass, obgleich keine Gefahr anderweitiger Veräußerungen des Grundstücks durch die Miterben wegen des Erfordernisses gemeinschaftlichen Handelns (§ 2040 Abs. 1 BGB) besteht, die Vormerkung gleichwohl für den Fall der Pfändung eines Erbanteils oder der Insolvenz eines Miterben dem erwerbenden Miterben Schutz vermittelt.⁴

I. Zweifel an der Vormerkungsfähigkeit von Erwerbsansprüchen im Kontext von Erbauseinandersetzungsverträgen

Nach Ansicht von *Becker* soll sich das vormerkungsrechtliche Problem der Wahrung des Identitätsgrundsatzes auf der Passivseite stellen.⁵ Dies resultiere daraus, dass im Rahmen von Erbauseinandersetzungen die (Teil-)Identität von Schuldner und Gläubiger das Entstehen eines sicheren Anspruchs gegen alle Gesamthandsberechtigten verhindere.⁶ Der Vormerkungsfähigkeit, konkret dem Identitätsgebot auf der Passivseite, soll also im Kern ein Konfusionsproblem entgegenstehen. Nach Ansicht von *Becker* liegt die richtige Wertung in § 2042 Abs. 2, § 757 BGB „versteckt“, wonach jeder der übrigen Teilhaber zu seinem Anteil in gleicher Weise wie ein Verkäufer haftet.⁷ Dies zeige, dass im Rahmen der Erbauseinandersetzung der erwerbende Miterbe (nur) Gläubiger und die restlichen Miterben Schuldner des Übereignungsanspruchs seien.⁸ Anders wäre nach *Becker* der Sachverhalt zu bewerten, wenn die Erbengemeinschaft rechtsfähig wäre, da dann ein Anspruch gegen die personenverschiedene Personeneinheit „Erbengemeinschaft“ bestehen würde.⁹

II. Identitätsgebot auf der Passivseite

Das sog. Identitätsgebot der Vormerkung (oder Identitätsgebot auf der Passivseite) verlangt im Grundsatz, dass die geschuldete Leistung in einer Verfügung über ein eigenes Recht des Schuldners bestehen muss.¹⁰ Die Vormerkung sichert die anfängliche Erfüllungsfähigkeit des Schuldners, weshalb dieser im Moment der Eintragung der Vormerkung die Erfüllungsfähigkeit besessen haben muss.¹¹ Die Vormerkung schützt also primär dagegen, dass der Schuldner nachträglich die Rechtszuständigkeit zur Erfüllung des Anspruchs verliert. Der Schuldner des durch die Vormerkung

1 Vgl. exemplarisch Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, E. Nachlassauseinandersetzung Rdnr. 192; Schulze/Grzivotz/Lauda, BGB, 5. Aufl. 2024, § 2042 Rdnr. 1; Braun/Müller-Engels in Keim/Lehmann, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2023, J. VI.2. Anm. 5; Scherer/Koslowski in Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 26 Rdnr. 172; Dietz/Sammet in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 17 Erbrecht Rdnr. 433.

2 Keim, RNotZ 2003, 375, 377 f.; Pötting, MittBayNot 2007, 273, 276; Hartlich, RNotZ 2018, 285, 294.

3 Rpfleger 2020, 3.

4 Pötting, MittBayNot 2007, 273, 276; Keim, RNotZ 2004, 344, 377 f.

5 *Becker*, Rpfleger 2020, 3, 4.

6 *Becker*, Rpfleger 2020, 3, 4.

7 *Becker*, Rpfleger 2020, 3, 4.

8 *Becker*, Rpfleger 2020, 3, 4.

9 *Becker*, Rpfleger 2020, 3, 4 (dort in Fn. 8).

10 Staudinger/Kesseler, Neub. 2020, § 883 Rdnr. 74.

11 Staudinger/Kesseler, § 883 Rdnr. 74; BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 01.08.2024, § 883 Rdnr. 87; MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 883 Rdnr. 38; Grüneberg/Herrler, 83. Aufl. 2024, § 883 Rdnr. 13.

zu sichernden Anspruchs muss daher bei Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts sein.¹² Das Identitätsgebot ist gesetzlich nicht ausdrücklich normiert, wird jedoch aus § 886 BGB abgeleitet, wonach derjenige dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen kann, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird.¹³

Das Identitätsgebot gewährleistet also im Interesse der Erhaltung der Verkehrsfähigkeit des Grundstücks, dass eine Vormerkung nur dann eingetragen werden kann, wenn derjenige, der als Schuldner des gesicherten Anspruchs zu qualifizieren ist, auch zur Erfüllung des gesicherten Anspruchs fähig ist. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn jemand ein fremdes Grundstück verkauft und der derzeitige Eigentümer (ohne Schuldner des zu sichernden Anspruchs zu sein) die Eintragung einer Vormerkung bewilligt. Während also zum Beispiel Grundpfandrechte als Drittsicherheiten ein gängiges Sicherungsmittel darstellen (vgl. dazu etwa § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO), verhindert das Identitätsgebot die Eintragung einer „Dritt Vormerkung“.

III. Kein Konfusionsproblem im Rahmen der Erbauseinandersetzung

Ausgangspunkt für die Zweifel von *Becker* an der Eintragungsfähigkeit einer Erwerbsvormerkung bei Erbauseinandersetzungen ist der Umstand, dass der erwerbende Miterbe „sein eigener Gläubiger bzw. Schuldner“ sei und daher „unweigerlich die Konfusionsproblematik“ im Raum stehe, die nur im Wege der Fiktion durchbrochen werden könne.¹⁴

Diese von *Becker* aufgestellte Ausgangsprämisse ist jedoch verfehlt. Ein Konfusionsproblem besteht bei näherer Betrachtung der dogmatischen Grundlagen nicht. Vielmehr besteht eine Gesamthandsschuld aller Miterben, welcher der erwerbende Miterbe als Gesamthandsgläubiger gegenübersteht.

1. Allgemeines zur Figur der Gesamthandsschuld der Erbengemeinschaft als Unterfall der gemeinschaftlichen Schuld

Die Erbengemeinschaft ist nach herrschender Meinung als solche nicht rechtsfähig.¹⁵ Verpflichten sich die Erben, einen

in den Nachlass fallenden Grundbesitz zu übertragen, dann sind sie hierzu gemäß § 2040 Abs. 1 BGB nur im gemeinsamen Zusammenwirken in der Lage. Die hierdurch begründete Verpflichtung der Erben stellt eine sog. Gesamthandsschuld als Unterfall der gemeinschaftlichen Schuld dar:

Bei der (gesetzlich nicht geregelten) gemeinschaftlichen Schuld schuldet jeder Schuldner die Mitwirkung am gemeinsamen Leistungserfolg.¹⁶ § 431 BGB gilt nicht für Leistungen, die aus Rechtsgründen nur von mehreren Verpflichteten gemeinsam erbracht werden können.¹⁷ Auch die Gesamthandsschuld der Erben ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht mehrere Personen nebeneinander dieselbe Leistung, sondern alle Miterben gemeinsam dieselbe Leistung schulden.¹⁸ Hinter der Gesamthandsschuld steht ein Sondervermögen zur gemeinschaftlichen Erfüllung der Schuld. Die Gesamthandsschuld trifft die Gesamthänder gerade in ihrer Verbundenheit und ist deshalb aus dem ihnen in ihrer Verbundenheit zustehenden Gesamthandsvermögen zu befriedigen.¹⁹ Die Gesamthandsschuld ist daher gemeinschaftliche Schuld, genauso wie wenn sich Personen zur Verfügung über einen einheitlichen Gegenstand verpflichten, der ihnen in Bruchteilsgemeinschaft gehört, vgl. § 747 Satz 2 BGB. Denn rechtliche Verfügungen über das Ganze können von den Gemeinschaftern nur gemeinschaftlich getroffen werden.²⁰ Die Gesamthandsschuld hat hierbei die Besonderheit, dass als Haftungsobjekt ein rechtliches Sondervermögen dient.²¹

Die Gesamthandsschuld der Miterben kann als originäre Nachlassverbindlichkeit bestehen. Sie kann aber auch durch die Miterben begründet werden, beispielsweise wenn von ihnen ein nachlasszugehöriges Grundstück veräußert wird.

2. Der erwerbende Miterbe als Gesamthandsgläubiger im Kontext von Konfusion

Anknüpfend an die vorstehenden Ausführungen stellt sich die Frage, ob tatsächlich eine (teilweise) Konfusion eintritt, wenn ein Miterbe als Gesamthandsgläubiger der „Erbengemeinschaft“ gegenübertritt. Dies wäre jedoch nur dann zu bejahen, wenn die Rechtsfolge der Konfusion an eine reine Personenidentität zwischen Schuldner- und Gläubigerseite anknüpft. Obgleich man diese Formulierung regelmäßig antrifft, ist sie in der Sache zu kurz gegriffen. Vielmehr setzt die Konfusion eine Personenidentität im Korrespondenz-

12 Staudinger/Kesseler, § 883 Rdnr. 74; der Streit, ob die sonstige Verfügungsmacht des Schuldners über ein fremdes Liegenschaftsrecht auch zur Eintragung einer Vormerkung legitimiert, ist vorliegend ohne Relevanz, vgl. dazu Staudinger/Kesseler, § 883 Rdnr. 75.

13 BGH, Beschluss vom 05.12.1996, V ZB 27/96, DNotZ 1997, 720, 724; MünchKomm-BGB/Lettmaier, § 883 Rdnr. 38; Amann, DNotZ 1995, 252, 253.

14 Becker, Rpfleger 2020, 3.

15 BGH, Urteil vom 30.06.2017, V ZR 232/16, ZEV 2017, 627; Beschluss vom 17.10.2006, VIII ZB 94/05, NZG 2006, 940; Urteil vom 11.09.2002, XII ZR 187/00, ZEV 2002, 504; Staudinger/Löhnig, § 2032 Rdnr. 8 ff., dort auch zur abweichenden Ansicht.

16 Beispielsweise zur GbR vor der Entscheidung „ARGE-Weißes Roß“ BGH, Urteil vom 18.05.1998, II ZR 380/96, ZIP 1998, 1657 Rdnr. 9.

17 BGH, Urteil vom 17.12.1998, V ZR 341/97, ZEV 1999, 280 Rdnr. 16; Staudinger/Looschelders, Neub. 2022, Vor §§ 420 ff., Rdnr. 73.

18 MünchKomm-BGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, Vor § 420 Rdnr. 8; Soergel/Gebauer, BGB, Stand: August 2009, Vorbemerkung 12 zu § 420.

19 Soergel/Gebauer, BGB, Vorbemerkung 11 zu § 420.

20 MünchKomm-BGB/Heinemeyer, § 421 Rdnr. 8.

21 Soergel/Gebauer, BGB, Vorbemerkung 12 zu § 420; MünchKomm-BGB/Heinemeyer, Vor § 420 Rdnr. 8.

verhältnis voraus.²² Konfusion setzt voraus, dass sich Gläubiger- und Schuldnerstellung nicht nur *in einer Person*, sondern auch in *derselben Vermögenssphäre* vereinigen. An Letzterem fehlt es im vorliegend diskutierten Fall.

Dies erklärt sich daraus, dass der gesamthänderisch gebundene Nachlass und das sonstige Vermögen der einzelnen Miterben (deren sog. Eigenvermögen) kraft Gesetzes voneinander getrennt bleiben.²³ Der Nachlass stellt bis zum Abschluss der Teilung ein von den Vermögen der Miterben getrenntes Sondervermögen dar.²⁴ Die Gläubigerstellung des erwerbenden Miterben gegenüber der Erbengemeinschaft ist ein von der Miterbenstellung verschiedenes rechtliches Verhältnis.²⁵ Die strikte Trennung zwischen dem gesamthänderisch gebundenen Nachlass und dem Eigenvermögen der einzelnen Miterben wirkt sich in einer Vielzahl von Fällen aus. So ist es insbesondere anerkannt, dass Forderungen des Erblassers gegen Miterben und Forderungen eines Erben gegen den Erblasser auch nach dem Erbfall fortbestehen und es zu keiner Konfusion kommt.²⁶

Aufgrund dieser strikten *Trennung zwischen* dem Gesamthandsvermögen als *Sondervermögen* und dem *sonstigen Vermögen* der jeweiligen Gesamthänder tritt Konfusion deshalb nicht (auch nicht beschränkt oder partiell) ein, wenn eine Gesamthand Schuldner eines Gesamthänders wird, weil es an einer Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit fehlt.²⁷ Auch der BGH hat im Kontext originärer Nachlassverbindlichkeiten der Erbengemeinschaft entschieden, dass die Eigenschaft als Sondervermögen kraft gesamthänderischer Bindung einer Konfusion mangels Vereini-

gungswirkung entgegensteht.²⁸ Nichts anderes kann für nach dem Erbfall entstandene Nachlassverbindlichkeiten gelten.

Die Lösung der hier diskutierten Problematik hängt folglich entgegen *Becker* nicht von der Frage der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft ab. Vielmehr erklärt sich anhand der aus der Trennung des gesamthänderischen Sondervermögens vom Eigenvermögen der Erben resultierenden fehlenden Identität zwischen Erben und Miterbengemeinschaft, dass trotz fehlender Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft in der Literatur einhellig davon gesprochen wird, dass Rechtsbeziehungen *zwischen Miterbengemeinschaft und Miterben* begründet werden können.²⁹

IV. Fazit

Vor diesem Hintergrund besteht kein Problem im Zusammenhang mit dem Identitätsgebot der Vormerkung, wenn ein Miterbe ein Nachlassgrundstück von der sog. Erbengemeinschaft erwirbt: Der Eigentumsverschaffungsanspruch (Passivseite in schuldrechtlicher Hinsicht) ist eine Gesamthandsschuld der Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, und auf der Eigentümerseite stehen diese Miterben in Erbengemeinschaft (Passivseite in dinglicher Hinsicht).

Der Erwerbsanspruch eines Miterben im Rahmen der Erbauseinandersetzung ist daher vormerkungsfähig.

Becker übersieht bereits im Ausgangspunkt, dass der im Rahmen einer Erbauseinandersetzung begründete Eigentumsverschaffungsanspruch als Gesamthandsschuld als Unterfall der gemeinschaftlichen Schuld zu qualifizieren ist. Ein Miterbe kann unproblematisch Gesamthandsgläubiger sein, ohne dass auch nur teilweise insoweit eine Konfusion eintreten würde. Für die nicht näher belegte Aussage von *Becker*, die (Teil-)Identität von Schuldner und Gläubiger verhindere „an sich“ das Entstehen eines sicherbaren Anspruchs gegen alle Gesamthandsberechtigten,³⁰ lässt sich keine dogmatische Grundlage erkennen. Vielmehr führt die rechtliche Verselbstständigung des Sondervermögens „Nachlass“ trotz fehlender Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft dazu, dass ein Miterbe als Gläubiger den übrigen Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit gegenüberreten kann.

22 Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, S. 417.

23 Burandt/Rojahn/Flechtner, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2032 Rdnr. 5; BeckOK-BGB/Lohmann, Stand: 01.05.2024, § 2032 Rdnr. 6.

24 BGH, Urteil vom 08.04.2015, IV ZR 161/14, ZEV 2015, 339, 341; BeckOGK-BGB/Preuß, Stand: 01.11.2024, § 1922 Rdnr. 131; MünchKomm-BGB/Fest, 9. Aufl. 2022, § 2058 Rdnr. 32; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1922 Rdnr. 202; MünchKomm-BGB/Gergen, § 2032 Rdnr. 11; Grüneberg/Weidlich, 84. Aufl. 2025, § 1922 Rdnr. 6.

25 Staudinger/Löhnig, § 2046 Rdnr. 12.

26 Burandt/Rojahn/Flechtner, Erbrecht, § 2032 Rdnr. 7; Staudinger/Löhnig, Vor §§ 2032 ff. Rdnr. 12 und § 2046 Rdnr. 12; BeckOK-BGB/Lohmann, § 2032 Rdnr. 6; vgl. auch MünchKomm-BGB/Fest, § 2058 Rdnr. 32.

27 Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 417; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 1922 Rdnr. 6; Staudinger/Kern, Neub. 2022, Vor §§ 362 ff. Rdnr. 37; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1922 Rdnr. 202; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2046 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Fest, § 2046 Rdnr. 4.

28 BGH, Urteil vom 08.04.2015, IV ZR 161/14, NJW 2015, 1881, 1882; Urteil vom 27.01.2016, XII ZR 33/15, NJW 2016, 2652, 2655.

29 Staudinger/Löhnig, § 2032 Rdnr. 29; MünchKomm-BGB/Gergen, § 2032 Rdnr. 37.

30 Becker, Rpfleger 2020, 3, 4.



BUCHBESPRECHUNGEN

Alexander Krafka:

Registerrecht

12. Aufl., Beck, 2024. 931 S., 119 €

Von Notar Dr. Johannes Hecht, München

Mit halber Kraft zu voller Leistung. Unter diesem Leitspruch könnte man die 12. Auflage des Standardwerks zum Registerrecht – für das sein Verfasser *Krafka* nach dem Ausscheiden des Koautors *Kühn* seit der Voraufgabe unverändert alleine verantwortlich zeichnet – prägnant zusammenfassen. Dabei erscheint der Ausdruck „volle Leistung“ angesichts der Fülle der in der Neubearbeitung berücksichtigten Rechtsprechung und Gesetzesreformen nahezu untertrieben. Um Redundanzen mit früheren Rezensionen zu vermeiden, ist das Hauptaugenmerk dieser Besprechung zunächst auf das MoPeG gerichtet, das – wie *Krafka* in seinem Vorwort feststellt – eine „Unmenge von Textänderungen“ auslöste.

So ist dem Gesellschaftsregister nunmehr ein ganzes Kapitel (Teil 5) gewidmet, welches die wesentlichen Erfordernisse aller denkbaren Anmeldungen hinsichtlich der eGfR einschließlich Formulierungsvorschlägen aufzeigt. Etwas streng erscheint indes die unter Rdnr. 2313 vertretene Auffassung, wonach in der Anmeldung zur Ersteintragung der Gesellschaft zwingend deren Gegenstand anzugeben sei, obgleich § 3 Abs. 1 GesRV eine bloße Sollvorschrift darstellt. Für die nächste Auflage wünschenswert wäre zudem ein Beispiel für den Statuswechsel einer KG in eine GbR (siehe Rdnr. 778a, 2329), verbunden mit einem Hinweis auf die Pflicht zur Abgabe einer Versicherung, dass eine anderweitige Voreintragung nicht besteht (§ 707c Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB).¹ Ein wenig ausführlicher könnten zudem die Auswirkungen des MoPeG auf die GmbH-Gesellschafterliste ausfallen (zum Erwerb eines Geschäftsanteils durch eine GbR im Rahmen einer Kapitalerhöhung siehe Rdnr. 1042).² Die gleichsam dem MoPeG geschuldete Überarbeitung der Ausführungen zur Anmeldung eines Kommanditistenwechsels (Rdnr. 747 ff.), namentlich die Erörterung des Erfordernisses einer besonderen Versicherungserklärung bei der Sonderrechtsnachfolge in einen Kommanditanteil unter Berücksichtigung der Neufassung des § 711 Abs. 1 BGB (Rdnr. 750), zeichnen sich indes durch einen bemerkenswerten dogmatischen Tiefgang aus.

Berücksichtigung findet in der Neuauflage ferner die durch das DiRUG geschaffene Möglichkeit der Videobeglaubigung bzw. -beurkundung, die – wie *Krafka* zutreffend schlussfolgert (Rdnr. 80c) – ausschließlich *deutschen* Notaren vorbehalten ist.³ In diesem Kontext wird zudem auf die

Neuregelung des § 5a DOnot hingewiesen, wonach in Registeranmeldungen Wohnanschriften nicht aufzunehmen oder unkenntlich zu machen sind (Rdnr. 80).

Der Mehrwehrt der aktualisierten Auflage spiegelt sich darüber hinaus in der berücksichtigten (Un-)Menge der jüngeren Rechtsprechung zum Registerrecht wider. Lediglich exemplarisch seien hier einige Entscheidungen ab dem Jahr 2020 zur Unwirksamkeit einer mit qualifizierter elektronischer Signatur versehenen Registeranmeldung ohne notarielle Mitwirkung (Rdnr. 80 Fn. 36), zum zulässigen Zeitraum zwischen Abgabe der persönlichen Versicherungserklärungen der GmbH-Geschäftsführer bis zur Übermittlung an das Registergericht (Rdnr. 953a Fn. 166), zur rückwirkenden Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung der Beschlussfassung auch bei Ein-Personen-Gesellschaften (Rdnr. 1029 Fn. 365), zum Umfang der Versicherungserklärung der Geschäftsführer nach § 57 Abs. 2 GmbHG für den Übergang der UG (haftungsbeschränkt) zur GmbH (Rdnr. 1051 Fn. 411) sowie zur Nichtanwendbarkeit des § 112 AktG auf die Bestellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft als Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft (Rdnr. 1087 Fn. 479) genannt.

Der hohe Anspruch des Verfassers an die rechtsdogmatische Stringenz seines Werks, unterlegt durch kontinuierliche Zitate rechtswissenschaftlicher Literatur und höchst- und obergerichtlicher Rechtsprechung, setzt sich in dessen uneingeschränkter Eignung für die praktische Arbeit aller mit dem Registerrecht befassten Berufsträger – namentlich von Notaren – fort. Als Beleg hierfür mag der Hinweis unter Rdnr. 1177 dienen, wonach vorgelegte Jahresabschlüsse⁴ (zum Beispiel der übertragenden Gesellschaft bei einer Verschmelzung) die gemäß § 245 HGB erforderlichen Unterschriften, also bei der GmbH die *sämtlicher* Geschäftsführer (§ 41 GmbHG), samt *Datum* aufweisen müssen. Überaus hilfreich ist zudem die Übersicht über prüfungsbedürftige GmbH-Satzungsklauseln (Rdnr. 976), zumal Fremdsatzungen nicht selten problematische oder gar unwirksame Bestimmungen enthalten, zum Beispiel abweichende Gewinnverteilung durch einfachen Mehrheitsbeschluss, Mindestquorum von mehr als 10 % für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, pauschale Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft

1 MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 707 Rdnr. 19.

2 Instrukтив hierzu *Bolkart*, MittBayNot 2024, 110.

3 Zu den hohen Sicherheitsstandards des deutschen insbesondere im Vergleich zum österreichischen Recht siehe *Neuhöfer*, DStR 2024, 1132, 1135.

4 In diesem Zusammenhang übermittelte Werthaltigkeitsnachweise müssen so formuliert sein, dass sie nicht nur den Zeitraum bis zur Erstellung des Jahresabschlusses abdecken, sondern sich auf den Zeitpunkt (kurz vor) der Anmeldung beziehen.



von (weit) mehr als 10 % ihres Stammkapitals, deren unkritische Übernahme im Beurkundungsverfahren regelmäßig zu durchaus vermeidbaren Zwischenverfügungen führt.

An diesem Punkt manifestiert sich zugleich einer der wesentlichsten Vorzüge des Werks, nämlich die Fähigkeit und das Geschick seines Verfassers, einerseits dem Urkundsgestalter die im Registerverfahren gebotene Sorgfalt, das nötige theoretische Wissen sowie das praktische Handwerkszeug angedeihen zu lassen, andererseits aber gleichzeitig im Lichte eines gewissen *judicial restraint* betrachtet die jeweilige Prüfungsbefugnis des Registergerichts passgenau einzugrenzen. Uneingeschränkter Zuspruch verdient insoweit die unter Verweis auf Art. 12 Abs. 1 GG großzügige Auffassung *Krafkas*, wonach bei einer Verschmelzung durch Aufnahme „der Zugang jeder Anmeldung, sogar einer nicht formgerechten (...) und selbst einer mit sonstigen gravierenden Fehlern behafteten Anmeldung fristwahrend“ sei (Rdnr. 1177). Gleiches gilt beispielsweise für die Ausführungen zum – freilich etwas weniger haftungs- und prestigeträchtigen – Vereinsrecht, das in der Neuauflage um einen Hinweis auf die Möglichkeit der Videobeglaubigung (Rdnr. 2152) erweitert wurde. Unter Rdnr. 2158 findet sich ein für Notare wie Rechtspfleger gleichermaßen hilf-

reiches Prüfungsschema zur Ersteintragung von Vereinen, ergänzt um die Klarstellung, eine Zurückweisung durch das Registergericht komme „nicht in Betracht, wenn die Satzung (...) lediglich unzweckmäßige, unklare oder (...) überarbeitungsbedürftige Regelungen“ enthalte.⁵

Eine im Vergleich zur Voraufgabe etwas übersichtlichere Gestaltung des Werks, verbunden mit einem aktualisierten, sehr ausführlichen Stichwortverzeichnis und einer Erweiterung der Anhänge um Musterbeispiele für Eintragungen in das Gesellschaftsregister runden den hervorragenden Gesamteindruck der Neubearbeitung ab.

Es mag wenig erstaunen, dass das dieser Buchbesprechung zugrunde liegende Rezensionsexemplar gemessen an seinem Druckjahr bereits erhebliche Gebrauchsspuren aufweist. Im Ergebnis fällt es mir leicht, diesen Beitrag mit einem Bonmot *Marcel Reich-Ranickis* zu schließen: „Ein sehr gutes Buch!“

⁵ Ebenfalls lesenswert sind die unter Rdnr. 2182a aufgeführten exemplarischen Gründe für die Nichtigkeit von Beschlüssen der Mitgliederversammlung.

Andreas Albrecht/Elisabeth Albrecht/Horst Böhm/Ulrike Böhm-Rößler:

Die Patientenverfügung. FamRZ-Buch Bd. 32

3. Aufl., Giesecking, 2024. 334 S., 59 €

Von Richter am KG Dr. Martin Menne, Berlin

Anzuzeigen ist die Neuauflage eines echten, interdisziplinären Werks. Es wird (unverändert) von einer Palliativmedizinerin (*Elisabeth Albrecht*), einer Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizin- und Arbeitsrecht (*Ulrike Böhm-Rößler*), einem (altersbedingt aus dem Amt ausgeschiedenen) bayerischen Notar (*Andreas Albrecht*) und einem (mittlerweile pensionierten) Präsidenten eines LG mit großer Erfahrung im Betreuungsrecht (*Horst Böhm*) verfasst. Das Autorenteam hat nicht vier, aus der jeweiligen fachlichen Perspektive verfasste Textteile miteinander kombiniert, sondern von ihnen wurde, wie sie bereits im Vorwort der Voraufgabe dargelegt haben, gemeinschaftlich ein professionsübergreifendes Werk aus einem Guss verfasst, bei dem eine aktuelle Thematik – die Patientenverfügung – von allen Seiten – von der der juristisch-beschreibenden, der rechtsvorsorgend-gestaltenden und der ärztlichen bzw. palliativmedizinischen – betont praxisgerecht ausgeleuchtet wird: Im Band wird ausführlich die Selbstbestimmung eines Menschen entweder in Anbetracht einer schweren, potenziell lebensbedrohlichen Erkrankung oder – allgemeiner – an dessen Lebensende behandelt und die Gestaltungsmöglichkeiten des Betroffenen über Art und Umfang ärztlicher Behandlungsmaßnahmen sowie eine von ihm selbst gewünschte, eigenverantwortliche Vorsorge für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit erläutert. Von dem sehr empfehlenswerten Band profitieren in erster Linie Notare, die mit der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht oder einer Patientenverfügung beauftragt werden, aber auch Ärzte und Palliativmediziner, die bei der Ausübung ihres Berufs mit entsprechenden Situationen konfrontiert werden. Und der Band nützt natürlich auch Betreuern, Betreuungsvereinen sowie Betreuungsgerichten und nicht zuletzt Betroffenen und Angehörigen, die Wert auf eine umfassende, abgewogene Information unter ausführlicher Einbeziehung aller maßgeblichen Aspekte legen.

Das Interesse an dieser Thematik und der Bedarf nach kompetenter Information und Beratung hierzu sollen in der Bevölkerung stark zunehmen: Die Autoren verweisen dazu auf Berichte von Ärzten, wonach Patienten heute zunehmend eine Verfügung über die Behandlung bei schwerer Erkrankung verfasst hätten und deren Beachtung einforderten. Die Anzahl der im Zentralen Vorsorgeregister der BNotK registrierten Vollmachten und Patientenverfügungen habe in den vergangenen Jahren stark zugenommen: Inzwischen sollen dort über sechs Mio. verbindliche Anordnungen registriert sein, in denen Menschen ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, von wem und wie sie bei Krankheit und am Lebensende vertreten und versorgt werden wollen (Rdnr. 2, 82 ff., 393): Die Zahlen zeigen, dass entsprechende Wünsche in der Bevölkerung zunehmend Verbreitung finden. Das sollte insbesondere für den rechtsvorsorgenden-kaufmännischen Berater Grund genug

sein, sich mit diesem Fragenkreis intensiv auseinanderzusetzen, um dem rechtssuchenden Publikum profunde, gut informierte Antworten und fachkundigen Rat anbieten zu können.

Der bestehende Informationsbedarf wird durch den Band gut abgedeckt: Das Werk bietet für alle mit einer Patientenverfügung, einer Vorsorgeverfügung bzw. der schriftlichen Niederlegung eines Behandlungswunsches befassten Personen und Institutionen wie u. a. Notaren, Rechtsanwältinnen, Betreuungsrichtern sowie Ärzten und Krankenhausträgern oder den Mitarbeitern von Hospiz- und Palliativeinrichtungen eine gut lesbare, tiefeschürfende Einführung in die Thematik aus (palliativ-)medizinischer bzw. ärztlicher und aus juristischer Sicht. Die umfassende, breit angelegte Darstellung unter Einschluss beispielsweise auch des Strafrechts (Rdnr. 421 ff.) ist mit zahlreichen Beispielen und lebensnahen, ausgesprochen praktischen Fallschilderungen angereichert, anhand derer die zugrunde liegende Problematik auch für die jeweils andere Profession – die medizinische Seite für den Juristen; das „Juristische“ für den Arzt – gut nachvollziehbar erläutert wird. Die Darstellung mündet in einen ausführlich erläuterten Formulierungsvorschlag für die Beurkundung einer Vorsorgevollmacht bzw. einer Patientenverfügung/eines Behandlungswunsches (Rdnr. 449 ff.),¹ in Merksätze und plakative Kernaussagen für Vorsorgewillige und deren Vertreter, für Richter und Berater sowie für Ärzte und Pflegekräfte (Rdnr. 452 ff.) und in verschiedene Notfallpläne mit Handlungsanweisungen für Einrichtungen, Krankenhäuser und Mediziner im „Akutfall“. Daran schließen sich Ratschläge und Handlungsempfehlungen für Betroffene, Angehörige und Ärzte an (Rdnr. 455 ff.). Abgerundet wird das Ganze durch einen kurzen Anhang mit den einschlägigen gesetzlichen und untergesetzlichen Normierungen.

Ausgangspunkt der Darstellung ist die Diskussion um die Verabschiedung von § 1901a BGB im Jahr 2009. Vor diesem Hintergrund wird die Entwicklung der gesellschaftlichen Akzeptanz und die am Anfang überwiegend strafrechtliche Rechtsprechung zur „Sterbehilfe“ (Rdnr. 429 ff.) informativ und gehaltvoll, unter Einbeziehung u. a. ethischer Erwägungen, erörtert und erste „Problemschwerpunkte“ aus ärztlicher, aber auch aus juristischer Sicht herausgearbeitet. Daran schließt sich ein Überblick über § 1901a BGB an, in dem die Problematik einer Patientenverfügung anhand von Beispielen nachvollziehbar und lebensnah aufbereitet wird (u. a. Rdnr. 41, 69, 89). An manchen Stellen wäre es für den Juristen möglicherweise hilfreich, wenn die palliativmedizinischen Aspekte eines Falles verstärkt behandelt werden

¹ Die Empfehlung baut auf einem ersten, in MittBayNot 2003, 348 ff. vorgestellten Formulierungsvorschlag auf und entwickelt ihn fort.

könnten; ggf. auch mit einer Übersicht über die in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Diagnosen und deren Erläuterungen für den medizinischen Laien. Im anschließenden vierten Kapitel (Rdnr. 85 ff.) wird sodann sehr genau auf die Einzelheiten der Errichtung einer Patientenverfügung eingegangen: Die diesbezüglichen Ausführungen überzeugen, weil sehr sorgfältig und lebensnah auch die Interessen einer Einrichtung, beispielsweise eines Pflegeheims, etwa bei der Durchführung von Pflegemaßnahmen, die sich von ihrer „Qualität“ einem Eingriff annähern, oder bei Behandlungsvereinbarungen bei psychischen Erkrankungen in die Darstellung einfließen und schließlich auch die einschlägigen sozialrechtlichen Regelungen berücksichtigt werden: Hier zeigt sich der große Vorteil eines interdisziplinären, durch eine Ärztin verstärkten Autorenteam und einer fach- bzw. rechtsgebietsübergreifenden Darstellung. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt bei der Anwendung der Patientenverfügung in der Praxis: Mit zahlreichen Beispielen und weiterführenden Hinweisen unterlegt, zeigen die Verfasser auf, wie eine bestehende Patientenverfügung im Alltag umgesetzt wird und vor allem, welche Probleme hierbei auftreten können. Das „Beziehungsgeflecht“ zwischen Patient, Arzt, Patientenangehörigen und -vertretern oder einem Betreuer sowie das Zusammenwirken mit dem Betreuungsgericht wird plastisch und gut nachvollziehbar aufbereitet (Rdnr. 323 ff.). Besonders eindrucksvoll zeigt sich das an dem plakativ mit „Theorie trifft auf Praxis“ (Rdnr. 393 ff.) überschriebenen Kapitel, in dem eindringlich die praktischen Herausforderungen für den Arzt, aber auch die Verunsicherungen in der tagtäglichen (Pflege-)Praxis anhand eines Beispielfalles aufgezeigt und Hinweise für ein sachgerechtes Vorgehen gegeben werden.

In der Neuauflage wird ausführlich auf den neuen § 1358 BGB und das dort normierte Ehegattenvertretungsrecht eingegangen (Rdnr. 300 ff.): Die Autoren sehen die Neuregelung für den hier in Rede stehenden Fragenkomplex eher kritisch; Ärzten wird geraten, sich bei der Umsetzung einer

Patientenverfügung nicht auf das Ehegattenvertretungsrecht zu verlassen (Rdnr. 306). Abgerundet wird der informative, ausgesprochen gehaltvolle Band durch ein Kapitel, in dem auf Fälle mit Auslandsbezug eingegangen wird (Rdnr. 395 ff.): Die hohe praktische Bedeutung des grenzüberschreitenden Erwachsenenschutzes zeigt sich u. a. daran, dass aktuell die EU-Kommission eine Regelung zum Erwachsenenschutz in grenzüberschreitenden Fällen vorbereitet,² und dass es in Deutschland seit Kurzem zwei Verbindungsrichter gibt, die Betreuungsgerichten in allen Fragen des internationalen Betreuungsrechts und bei Problemen mit dem grenzüberschreitenden Erwachsenenschutz nach dem Haager Erwachsenenschutzübereinkommen 2000 mit Rat und Tat zur Hilfe stehen.³ Sehr zu begrüßen ist, dass der Band auf die spezifischen Probleme bei der Beteiligung von ausländischen Betroffenen wie beispielsweise Migranten oder Flüchtlingen eingeht (Rdnr. 407). Auf das Spannungsverhältnis zwischen Patientenverfügung und postmortalen Organspende (Rdnr. 409 ff.) wird ebenfalls hingewiesen. Im abschließenden, mit „offen gebliebene Fragen“ überschriebenen Kapitel (Rdnr. 413 ff.) wird die Rechtslage noch einmal kritisch beleuchtet und bestehende Defizite u. a. im Sozialrecht, in der Palliativ- und Hospizversorgung sowie im Strafrecht aufgezeigt.

Im Ergebnis überzeugt das Werk in jeder Hinsicht: Die vier Autoren sind mit der praktischen Seite der Materie außergewöhnlich gut vertraut und bereiten den Stoff zum Vorteil der Nutzer mit viel Einfühlungsvermögen sachgerecht auf. Von einem betont breit angelegten, interdisziplinären Ansatz ausgehend zeigen sie auf, wo in der Praxis die Probleme und „Fallgruben“ liegen, die bei der rechtsvorsorgenden Gestaltung zu berücksichtigen sind: Alles in allem bleibt auch die Neuauflage ein sehr empfehlenswertes Werk.

2 Vgl. Kohler/Pintens, FamRZ 2024, 1413, 1414.

3 Vgl. näher Erb-Klünemann, BtR 2023, 137 ff.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Zur Widerlegung der Vermutung des § 139 BGB bei Formmangel einer Vorauszahlungsabrede

BGH, Urteil vom 14.06.2024, V ZR 8/23 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 12.12.2022, 22 U 15/22)

BGB §§ 139, 311 b Abs. 1 Satz 1

ZPO § 139 Abs. 2 Satz 1, § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. Die wegen des Formmangels einer Vorauszahlungsabrede zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrages führende Vermutung des § 139 BGB ist bereits dann widerlegt, wenn der Käufer die im Voraus geleistete Zahlung auf den Kaufpreis zu beweisen vermag (Bestätigung von Senat, Urteil vom 17.03.2000, V ZR 362/98, NJW 2000, 2100).
2. Die Widerlegung der Vermutung kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Verkäufer die Zahlung quittiert hat; entscheidend ist, dass der Käufer aus seiner Sicht zweifelsfrei nachweisen kann, vor Vertragsschluss auf die noch nicht bestehende Kaufpreisschuld gezahlt zu haben.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 908.

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Zum Ersterrichtungsanspruch beim steckengebliebenen Bau

BGH, Urteil vom 20.12.2024, V ZR 243/23 (Vorinstanz: LG Koblenz, Urteil vom 20.11.2023, 2 S 29/22 WEG)

BGB § 242

WEG § 18 Abs. 2, § 22

LEITSÄTZE:

1. Grundsätzlich kann jeder Wohnungseigentümer von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die erstmalige Errichtung des Gemeinschaftseigentums verlangen. Bei einem sog. steckengebliebenen Bau werden wohnungseigentumsrechtliche Ansprüche dieser Art allerdings erst begründet, wenn mindestens ein Erwerber die Stellung eines (werdenden) Wohnungseigentümers erlangt hat.
2. § 22 WEG ist auf den Anspruch auf erstmalige Errichtung des Gemeinschaftseigentums nicht analog anwendbar.

3. Begrenzt wird der Anspruch auf erstmalige Errichtung des Gemeinschaftseigentums auch im Fall des sog. steckengebliebenen Baus durch den Grundsatz von Treu und Glauben. Danach entfällt der Anspruch, wenn seine Erfüllung den übrigen Wohnungseigentümern nach den Umständen des Einzelfalls nicht zuzumuten ist.
4. In einem von einem bauwilligen Wohnungseigentümer gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer angestrebten Beschlussersetzungsverfahren ist es Sache des Tatgerichts, unter umfassender Würdigung der Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Gesamtabwägung über die Unzumutbarkeit der erstmaligen Errichtung zu entscheiden.

3. Keine Korrektur des Grundbucheintrags nach Änderung der Urkunde

BGH, Beschluss vom 07.11.2024, V ZB 6/24 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 30.01.2024, 2 Wx 12/24)

BeurkG § 44a

GBO §§ 22, 71 Abs. 2

LEITSATZ:

Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Grundbuchberichtigungsantrags, der auf die ursprüngliche Unrichtigkeit einer unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehenden Eintragung gestützt wird, ist gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO unzulässig.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Mit notarieller Urkunde vom 28.04.2023 bestellten die Beteiligten zu 1 und 2 zugunsten der Beteiligten zu 3 eine Gesamtgrundschuld mit Brief i. H. v. 258.000 €. Die Gesamtbriefgrundschuld (nachfolgend: Briefgrundschuld) wurde am 09.05.2023 in das Grundbuch eingetragen und die Aushändigung des Grundschuldbriefes veranlasst. Am 02.06.2023 erstellte der Notar einen Nachtragsvermerk, der wie folgt lautet:

„Auf Seite 1 Abs. 1 Satz 1 der Niederschrift habe ich (Gesamt-)Grundschuld mit Brief in (Gesamt-)Buchgrundschuld als offensichtliche Unrichtigkeit gemäß § 44 a Abs. 2 BeurkG berichtet.“

2 Unter Beifügung der mit dem Nachtragsvermerk verbundenen Urkunde vom 28.04.2023 hat der Notar sodann die Berichtigung des Grundbuchs dahin gehend beantragt, dass es sich bei der eingetragenen Grundschuld um eine Buchgrundschuld handele. Das AG – Grundbuchamt – hat den Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das OLG zurückgewiesen. Mit



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten ihren Berichtigungsantrag weiter.

3 Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in FGPrax 2024, 56 veröffentlicht ist, hält die Beschwerde für zulässig, allerdings für unbegründet. Die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO lägen nicht vor. Die Eintragung habe das Grundbuchamt auf der Grundlage der ursprünglich eingereichten notariellen Urkunde vom 28.04.2023 zutreffend vorgenommen. Darin hätten die Beteiligten die Eintragung einer Briefgrundschuld vereinbart und bewilligt. Hiervon habe das Grundbuchamt bei Vornahme der Eintragung auszugehen, und es sei nicht seine Aufgabe, zu ermitteln, ob die Bezeichnung des Eintragungsgegenstandes dem wirklichen Willen der Beteiligten entspreche. Daran ändere auch der Nachtragsvermerk des Notars gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG nichts. Zwar könne der Notar eine Urkunde nach dieser Vorschrift zeitlich unbegrenzt berichtigen. Der Nachtragsvermerk stelle auch eine Urkunde gemäß § 418 ZPO dar und genüge dem Grundbuchverfahren gemäß § 29 GBO. Da aber aufgrund der ursprünglichen Urkunde eine seinerzeit richtige Eintragung erfolgt und somit das Vertrauen in die Richtigkeit des Grundbuchs entstanden sei, scheide eine Berichtigung des Grundbuchs allein aufgrund des Nachtragsvermerks gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG aus. Zudem sei zweifelhaft, ob die Verwechslung von beurkundeter Briefgrundschuld und gewollter Buchgrundschuld eine nach § 44a Abs. 2 BeurkG berichtigungsfähige offensichtliche Unrichtigkeit darstelle.

4 Die Rechtsbeschwerde ist infolge ihrer Zulassung durch das Beschwerdegericht nach § 78 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässig. In der Sache hat die Rechtsbeschwerde jedoch keinen Erfolg. Sie ist unbegründet, weil bereits die Beschwerde der Beteiligten gegen die Ablehnung der Berichtigung des Grundbuchs unzulässig war.

5 1. Die Zulässigkeit der (Erst-)Beschwerde ist im Verfahren der Rechtsbeschwerde von Amts wegen zu prüfen. Ist die Beschwerde unzulässig, fehlt es an der Sachentscheidungsvoraussetzung für das Beschwerdeverfahren (vgl. Senat, Beschluss vom 22.09.2016, V ZB 70/16, juris Rdnr. 5; Beschluss vom 19.09.2024, V ZB 29/23, WM 2024, 2063 Rdnr. 22).

6 2. Die Beschwerde der Beteiligten war, anders als das Beschwerdegericht meint, unzulässig.

7 a) Die Zulässigkeit einer Beschwerde bemisst sich auch dann nach § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO, wenn sie nicht direkt gegen eine Eintragung, sondern gegen die Zurückweisung eines auf eine ursprüngliche Unrichtigkeit der Eintragung gestützten Berichtigungsantrags gerichtet ist. Denn in beiden Fällen soll das Beschwerdegericht die Vornahme der Eintragung in das Grundbuch überprüfen, was nur in den Grenzen des § 71 Abs. 2 GBO zulässig ist (vgl. Senat, Beschluss vom 07.12.2017, V ZB 59/17, NZM 2018, 759 Rdnr. 6 f.). Nach § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO ist die Beschwerde gegen eine Eintragung, die unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht, grundsätzlich unzulässig (vgl. Senat, Beschluss vom 16.04.1975, V ZB 22/74, BGHZ 64, 194, 198

m. w. N.). Sie ist nur beschränkt, nämlich mit dem Ziel zulässig, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 53 GBO einen Widerspruch gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs einzutragen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO). Das gilt auch dann, wenn die ursprüngliche Unrichtigkeit des Grundbuchs auf neue Tatsachen oder später bekannt gewordene Beweismittel gestützt wird (vgl. Bauer/Schaub/Sellner, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 68 m. w. N.; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 77; KEHE/Sternal, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 71 GBO Rdnr. 39).

8 b) So ist es hier.

9 aa) Die Beteiligten wenden sich gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Berichtigung einer ursprünglichen Unrichtigkeit gemäß § 22 GBO. Sie stützen den Berichtigungsantrag und die gegen den Zurückweisungsbeschluss gerichtete Beschwerde darauf, dass die Beurkundung der Grundschuldbestellung durch den Notar fehlerhaft gewesen sei, weil statt der Briefgrundschuld eine Buchgrundschuld hätte bestellt werden sollen. Sie verlangen aber weder die Löschung der eingetragenen Briefgrundschuld noch die (Neu-)Eintragung einer Buchgrundschuld und auch nicht den nachträglichen Ausschluss des Grundschuldbriefs (§ 1116 Abs. 2, § 1192 Abs. 1 BGB). Sie sind vielmehr der Auffassung, dass durch die notarielle Berichtigung der Urkunde vom 28.04.2023 gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG das Grundbuch rückwirkend unrichtig und deshalb zu berichtigen sei. Mit diesem Rechtsschutzziel ist die Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO unzulässig. Die Eintragung der Briefgrundschuld unterliegt nach §§ 892, 1155, 1192 Abs. 1 BGB nämlich dem öffentlichen Glauben. Der Umstand, dass der Notar die Urkunde, die Grundlage für die Eintragung war, nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG berichtigt hat, führt nicht zur Zulässigkeit der Beschwerde. Der Berichtigung mag zwar rückwirkende Kraft zukommen (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.09.2024, § 44a Rdnr. 41 f.; Grziwotz/Sauer/Heinemann, BeurkG, 4. Aufl., § 44a Rdnr. 38; Winnen in Breckamp/Kindler/Winnen, BeurkG, § 44a Rdnr. 48). Gleichwohl ist die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Grundbuchberichtigungsantrags, der – wie hier – auf die ursprüngliche Unrichtigkeit einer unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehenden Eintragung gestützt wird, aus den bereits genannten Gründen (oben Rdnr. 7) gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO unzulässig.

10 bb) Die Beschwerdebeschränkung des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO gilt nicht erst dann, wenn im Einzelfall ein gutgläubiger Erwerb stattgefunden hat oder droht, sondern schon dann, wenn eine bloß abstrakte Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs besteht. Sie greift nur dann ausnahmsweise nicht ein, wenn eine Rechtsänderung durch gutgläubigen Erwerb nach dem konkreten Inhalt des Grundbuchs rechtlich ausgeschlossen ist (vgl. zum Ganzen Beschluss vom 07.12.2017, V ZB 59/17, NZM 2018, 759 Rdnr. 9 m. w. N.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

11 IV. 1. Da das Beschwerdegericht die Beschwerde als zulässig behandelt und in der Sache beschieden hat, ist die Rechtsbeschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird

(vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 139; Beschluss vom 26.02.2015, V ZB 86/13, FGPrax 2015, 150 Rdnr. 5; Beschluss vom 24.03.2022, V ZB 60/21, BGHZ 233, 145 Rdnr. 6).

(...)

4. Zur Konkurrenz von einem dinglichen Vorkaufsrecht und einem Mietervorkaufsrecht

BGH, Urteil vom 27.09.2024, V ZR 48/23 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 07.03.2023, 9 U 383/22)

BGB § 577 Abs. 1, § 883 Abs. 2, §§ 888, 1098 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Ein dingliches Vorkaufsrecht hat jedenfalls dann Vorrang vor dem Mietervorkaufsrecht, sofern der Eigentümer es zugunsten eines Familienangehörigen im Sinne von § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB bestellt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Vorrang des dinglichen Vorkaufsrechts des Familienangehörigen gilt auch dann, wenn dieses erst nach Überlassung der Wohnung an den Mieter bestellt wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Im Zuge der Trennung vereinbarten sie im Jahre 2016 in notarieller Urkunde die Teilung ihres gemeinsamen Hauses in Meißen in Wohnungseigentum. Dabei wurden drei Wohnungen gebildet, von denen der Beklagte zwei Wohnungen (Nr. 2 und Nr. 3) und die Klägerin eine Wohnung erhielt. Die Parteien bewilligten sich gegenseitig dingliche Vorkaufsrechte. Unter anderem wurde für die Klägerin im Dezember 2016 ein Vorkaufsrecht an der Wohnung Nr. 3 in das Grundbuch eingetragen. Im Jahre 2019 verkaufte der Beklagte seine beiden Wohnungen an Dritte. Für die Wohnung Nr. 3 (im Folgenden: Wohnung) wurde ein Kaufpreis von 27.000 € vereinbart. Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 25.06.2019 an den beurkundenden Notar die Ausübung des Vorkaufsrechts für die Wohnung, die bereits vor Aufteilung in Wohnungseigentum an einen Dritten (nachfolgend Mieter) vermietet worden war. Der Mieter übte das Mietervorkaufsrecht gegenüber dem Beklagten aus. Im Oktober 2019 schlossen der Beklagte und der Mieter einen notariellen Vertrag, in dem die Einzelheiten zu dem durch den Vorkauf zustande gekommenen Kauf geregelt wurden. Der Mieter wurde als Eigentümer in das Wohnungsgrundbuch eingetragen. Am 31.03.2022 wurde das für die Klägerin eingetragene Vorkaufsrecht gelöscht. Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wies der Senat das Grundbuchamt an, einen Widerspruch gegen die Löschung des Vorkaufsrechts einzutragen (Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, NJW-RR 2023, 863).

2 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – von dem Beklagten die Auflassung des Eigentums an der Wohnung Zug um Zug gegen Zahlung von 27.000 € und Bewilligung der Eintragung als Eigentümerin in das Grundbuch (Antrag 1), Zahlung von weiteren 5.600 € nebst Zinsen wegen vereinnahmter Mieten bis Juni 2021 (Antrag 5), Zahlung einer Nutzungsschädigung von 280 € im Monat nebst Zinsen ab Juni 2021 (Antrag 6) sowie die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für eventuelle weitere Schäden wegen der Nichtüberreignung der Wohnung (Antrag 8). Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat den Beklagten auf den Antrag zu 7 verurteilt, an die Klägerin 4.610,90 € nebst Zinsen zu zahlen, und die Berufung der Klägerin im Übrigen zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter, soweit sie bislang erfolglos geblieben sind, mit Ausnahme der Teilabweisung des Klageantrags zu 7 und der Abweisung des Klageantrags zu 11.

3 Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Auflassung der Wohnung, da ein Kaufvertrag durch die Ausübung ihres dinglichen Vorkaufsrechts nicht zustande gekommen sei. Die Klägerin habe das Vorkaufsrecht zwar fristgerecht ausgeübt und der Notar sei auch empfangsberechtigt gewesen. Der Wirksamkeit stehe aber das Vorkaufsrecht des Mieters aus § 577 Abs. 1 BGB entgegen. Dieses sei nicht nach § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil der Beklagte die Wohnung nicht an die Klägerin, sondern an Dritte verkauft habe. Das Vorkaufsrecht des Mieters aus § 577 BGB gehe dem gewillkürten dinglichen Vorkaufsrecht jedenfalls dann vor, wenn letzteres – wie hier – bei Überlassung der Wohnung noch nicht bestanden habe. Auf die zeitliche Reihenfolge der Ausübung der Vorkaufsrechte komme es nicht an. Der Mieter habe das Vorkaufsrecht fristgerecht ausgeübt. Mangels Kaufvertrags zwischen der Klägerin und dem Beklagten seien auch die weiteren geltend gemachten Ansprüche hinsichtlich der Wohnung nicht gegeben.

4 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Auflassung nicht verneint werden.

5 1. Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass sich ein Anspruch der Klägerin auf Auflassung des Wohnungseigentums nur aus einem durch die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts zwischen ihr und dem Beklagten zustande gekommenen Kaufvertrag (i. V. m. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) ergeben kann. Richtig ist auch, dass das Zustandekommen eines solchen Kaufvertrags voraussetzt, dass – wovon das Berufungsgericht offenbar ausgeht und was jedenfalls für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist – die Klägerin ihr Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hat und dass das dingliche Vorkaufsrecht der Klägerin gegenüber dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des Mieters Vorrang genießt. Dann käme die Klägerin in den Genuss der Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB i. V. m. § 883 Abs. 2, § 888 BGB und wäre die zugunsten des Mieters vorgenommene Verfügung des Beklagten

ihr gegenüber unwirksam (vgl. Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, NJW-RR 2023, 863 Rdnr. 37). Die zu Unrecht erfolgte (vgl. Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, a. a. O. Rdnr. 7 ff., 37) Löschung des Vorkaufsrechts hätte die Vormerkungswirkung nicht beseitigt (vgl. Senat, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46 zur Auflassungsvormerkung; Grüneberg/Herrler, 83. Aufl., § 883 Rdnr. 19 a. E.). Die Klägerin könnte von dem Beklagten weiterhin die Auflassung des Wohnungseigentums Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen. Dieser wäre aufgrund der relativen Unwirksamkeit der Veräußerung an den Dritten auch in der Lage, den Anspruch zu erfüllen und der Klägerin das Eigentum zu verschaffen.

6 2. Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, diese Voraussetzungen lägen nicht vor, weil das Vorkaufsrecht des Mieters gegenüber dem dinglichen Vorkaufsrecht der Klägerin Vorrang genieße.

7 a) Wie der Senat zwischenzeitlich in einem zwischen der hiesigen Klägerin und dem Mieter als Beteiligten geführten Rechtsbeschwerdeverfahren entschieden hat (Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, NJW-RR 2023, 863), genießt das dingliche Vorkaufsrecht jedenfalls dann Vorrang vor dem Vorkaufsrecht des Mieters, wenn es von dem Eigentümer zugunsten eines Familienangehörigen im Sinne von § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB bestellt wurde. So liegt es hier, denn Eheleute sind auch dann als Familienangehörige im Sinne dieser Regelung anzusehen, wenn sie geschieden sind (Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, a. a. O. Rdnr. 31 m. w. N.).

8 b) Soweit die Revisionserwiderung mit dem Berufungsgericht der Ansicht ist, das für den Familienangehörigen bestellte dingliche Vorkaufsrecht könne jedenfalls dann keinen Vorrang vor dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des Mieters haben, wenn es – wie hier – bei Überlassung der Wohnung an den Mieter noch nicht bestanden habe, trifft dies ebenso wenig zu wie die Annahme der Revisionserwiderung, der Senat habe diese Frage noch nicht entschieden. Der Beschluss des Senats vom 27.04.2023, der keine Einschränkung hinsichtlich der zeitlichen Reihenfolge enthält, ist just zu dem auch in diesem Verfahren gegenständlichen Sachverhalt ergangen, und ihm lässt sich zweifelsfrei entnehmen, dass der Vorrang des dinglichen Vorkaufsrechts des Familienangehörigen auch dann gilt, wenn dieses erst nach Überlassung der Wohnung an den Mieter bestellt wurde. Der Senat begründet die Vorrangigkeit des für den Familienangehörigen bestellten dinglichen Vorkaufsrechts nämlich mit dem gesetzgeberischen Regelungskonzept in § 577 BGB und der wertungsmäßigen Gleichstellung des Verkaufs der an den Mieter überlassenen Wohnung durch den Vermieter an eine ihm nahestehende Person mit der Bestellung eines Vorkaufsrechts für eine solche Person (vgl. Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, NJW-RR 2023, 863 Rdnr. 34 f.). Wenn der Vermieter das Wohnungseigentum auch nach Überlassung der Wohnung an den Mieter direkt an den Familienangehörigen verkaufen könnte, ohne dass der Mieter zum Vorkauf berechtigt wäre, ist nicht ersichtlich, warum das Mietervorkaufsrecht Vorrang gegenüber einem nach Überlassung

der Wohnung an den Mieter für einen Familienangehörigen bestellten dinglichen Vorkaufsrecht haben sollte (vgl. Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, a. a. O. Rdnr. 35). Für die Annahme, der Senat habe sich mit dieser Konstellation nicht befasst, ist somit kein Raum.

9 1. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil noch weitere Feststellungen zu treffen sind. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

10 2. Das Berufungsgericht wird nunmehr die Voraussetzungen des Auflassungsanspruchs zu prüfen und sich dann ggf. auch mit den weiteren Klageanträgen zu befassen haben, die es bislang – aus seiner Sicht folgerichtig – schon mangels Zustandekommen eines Kaufvertrags zwischen den Parteien als unbegründet angesehen hat.

5. Grundbucheintragung einer Grundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

OLG Braunschweig, Beschluss vom 06.08.2024, 2 W 35/24
GBO §§ 15, 39, 40

LEITSATZ:

Für die Eintragung einer aufgrund transmortalen Vollmacht bestellten Grundschuld bedarf es keiner Voreintragung der Erben im Grundbuch.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die am (...) 07.2022 verstorbene Frau M ist eingetragene Eigentümerin des im Wohnungsgrundbuch des AG Helmsstedt für K Blatt (...)2 unter lfd. Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Grundbesitzes. Ihre Kinder, Frau B und Herr B, sind die gesetzlichen Erben. Mit notarieller Urkunde vom 20.07.2022 (UR-Nr. 7/22 des Notars E, Helmsstedt) hat die Verstorbene ihrer Tochter, Frau B, eine die Vermögensangelegenheiten umfassende Vollmacht erteilt, die über den Tod hinaus wirksam sein sollte. Mit notariellem Kaufvertrag vom 04.04.2024 (UR-Nr. 8/24 der Notarin D, Hannover) hat Frau B, handelnd für die verstorbene Frau M, den Grundbesitz an Herrn S veräußert und diesem eine Belastungsvollmacht erteilt. Auf dieser Grundlage hat Herr S sodann mit notarieller Urkunde vom 04.04.2024 (UR-Nr. 9/24 der Notarin D, Hannover) für die Gläubigerin eine auf dem im Wohnungsgrundbuch von K Blatt (...)2 eingetragenen Grundbesitz lastende Grundschuld über 50.000 € nebst Zinsen bestellt.

2 Unter dem 10.04.2024 ist Antrag auf Eintragung der ebenfalls bewilligten Auflassungsvormerkung sowie im Namen des Eigentümers und der Gläubigerin auf Eintragung des Grundpfandrechts gestellt worden. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 14.06.2024 auf Eintragungshindernisse hingewiesen und die Auffassung vertreten, hin-

sichtlich der Eintragung der Finanzierungsgrundschild sei die Voreintragung der Erben aufgrund eines geeigneten Erbnachweises erforderlich.

3 Hiergegen richtet sich die unter dem 21.06.2024 eingelegte Beschwerde. Die Rechtsauffassung des Grundbuchamts sei unzutreffend und stehe im Widerspruch zur herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.

4 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 23.07.2024 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Braunschweig als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

5 1. Die zulässige Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfG i. V. m. §§ 71 Abs. 1, 73 GBO) ist begründet.

6 a) Obwohl der Notar anzugeben hat, für wen er die Beschwerde führt (vgl. BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, BReg 2 Z 86/89, NJW-RR 1989, 1495; *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 15 Rdnr. 20), hat sich die Notarin im vorliegenden Fall darauf beschränkt, selbst das Rechtsmittel einzulegen, ohne die Personen zu bezeichnen, für die sie handelt. Fehlt eine solche Angabe, so sind – sofern sich, wie hier, aus den Umständen nichts anderes ergibt – als Beschwerdeführer alle Antragsberechtigten anzusehen (BGH, Beschluss vom 24.01.1985, V ZB 5/84, NJW 1985, 3070; BayObLG, Beschluss vom 24.04.1985, BReg 3 Z 30/85). Insofern ist zu berücksichtigen, dass aus § 15 GBO dem Notar kein eigenständiges Antragsrecht erwächst und somit auch keine Beschwerdebefugnis (BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, BReg 2 Z 86/89, a. a. O.; OLG München, Beschluss vom 28.06.2017, 34 Wx 421/16; KG, Beschluss vom 11.02.2014, 1 W 130/13; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.03.2024, 15 Wx 2176/23, ErbR 2024, 551, 552).

7 b) Aufgrund der transmortalen Vollmacht vom 20.07.2022 ist die Tochter der Erblasserin, Frau B, während der Dauer der Bevollmächtigung ohne Weiteres befugt, nach dem Tod ihrer Mutter als Vollmachtgeberin im Namen der Erben zu handeln und über die Nachlassgegenstände zu verfügen (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3571). Da sie nicht Alleinerbin geworden ist, ist die Vollmacht nicht durch Konfusion erloschen (siehe *Schaub* in *Bauer/Schaub*, GBO, 5. Aufl., § 35 Rdnr. 50 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3572a). Stattdessen ermöglicht die Vollmacht ein Handeln für die Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Verweist der Erklärende – wie hier – auf eine solche transmortale Vollmacht, gibt er die Erklärung im Namen der Erben des Vollmachtgebers ab, und zwar unabhängig davon, wer tatsächlich Erbe ist, und ohne die Notwendigkeit, diese namhaft zu machen (vgl. zum Beispiel OLG Rostock, Beschluss vom 23.11.2023, 3 W 127/22, FGPrax 2024, 108; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2023, 20 W 155/22, NJW-RR 2024, 690 Rdnr. 13).

8 c) Für den Vollzug der beantragten Eintragung der Grundschild ist die Voreintragung der Erben nicht erforderlich.

9 aa) Grundsätzlich soll im Grundbuchverfahren gemäß § 39 Abs. 1 GBO eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigte eingetragen ist. Zweck des Voreintragungsgrundsatzes ist

es zum einen, dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung bei nachfolgenden Eintragungen zu erleichtern, und zum anderen, die Entwicklungsschritte im Grundbuch abzubilden (vgl. zum Beispiel *Wilsch* in *Beck'sches Notar-Handbuch*, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 143). Von der an sich gebotenen Voreintragung lässt § 40 GBO jedoch Ausnahmen zu. Hiernach ist § 39 GBO nicht anzuwenden, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Gleiches gilt nach § 40 Abs. 2 GBO für eine Eintragung aufgrund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers oder aufgrund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels, sofern die Bewilligung oder der Titel gegen den Erben wirksam ist.

10 bb) Vorliegend ist zwar keiner dieser Ausnahmefälle gegeben, doch ist anerkannt, dass im Falle der Veräußerung eines vererbten Grundstücks zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber die Voreintragung der Erben nicht erforderlich ist, weil die Vormerkung nur die endgültige Übertragung vorbereiten soll und vom Bestand des entsprechenden Anspruchs abhängig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 05.07.2018, V ZB 10/18, NJW 2018, 3310; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 142c). Umstritten ist indes, ob eine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz auch bei der Eintragung von Finanzierungsgrundschilden auf dem verkauften Grundbesitz in Betracht kommt, wenn sie von einem durch den Erblasser transmortal Bevollmächtigten bestellt werden.

11 (1) Von einer vornehmlich in der Literatur vertretenen Auffassung wird dies abgelehnt, weil die als Ausnahmeregelung eng auszulegende Vorschrift des § 40 GBO dem Berechtigten die Voreintragung nur deshalb ersparen solle, weil er sogleich wieder aufhöre, Berechtigter zu sein (vgl. *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 142c und Fn. 318; *Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 21; *Zeiser* in *BeckOK-GBO*, § 40 Rdnr. 30b; *Schaub* in *Bauer/Schaub*, GBO, § 35 Rdnr. 49; *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 59 f.; *Keim*, ErbR 2024, 170, 179).

12 Demgegenüber wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung überwiegend eine Analogie zu § 40 Abs. 1 GBO für zulässig erachtet (vgl. zum Beispiel OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.10.2021, 19 W 72/21, FGPrax 2022, 5; KG, Beschluss vom 20.10.2020, 1 W 1357/20, ErbR 2021, 702; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, FGPrax, 2019, 13; OLG Hamburg, Beschluss vom 20.01.2023, 13 W 59/22, DNotZ 2023, 296; OLG Celle, Beschluss vom 15.08.2019, 18 W 33/19, DNotZ 1020, 672).

13 (2) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Eine Ausnahme von dem Voreintragungsgrundsatz ergibt sich aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 1. und 2. Fall GBO analog.

14 (a) Die Voraussetzungen einer Analogie liegen vor. Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt

in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, 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 (std. Rspr., vgl. zum Beispiel BGH, Beschluss vom 25.01.2022, VIII ZR 359/20, NJW 2022, 1620 Rdnr. 21 m. w. N.; *Grüneberg* in *Grüneberg*, 83. Aufl., Vor § 1 Rdnr. 48).

15 (b) Eine gesetzliche Regelung zur Lage bei Bewilligungen aufgrund postmortalen oder transmortalen Vollmachten besteht nicht (vgl. *Zeiser* in BeckOK-GBO, § 40 Rdnr. 30a). Dafür, dass der Gesetzgeber diese Konstellation ebenfalls bedacht hat und bewusst nicht in gleicher Weise regeln wollte wie die in § 40 GBO normierten, ist nichts ersichtlich (ebenso OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.10.2021, 19 W 72/21, FGPrax 2022, 5, 6).

16 Der Gesetzgeber wollte mit den Regelungen in § 40 GBO, die nicht gemäß § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO die Übertragung oder Aufhebung des Rechts betreffen, solche Fälle erfassen, in denen die Person des Erben noch nicht feststeht, aber die Erklärung des Verfügenden (Erblasser, Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker) für und gegen die Erben bindend ist. Für diese Fälle sollte die Lage desjenigen, der eine Eintragung verlangen kann, erleichtert werden. Dabei hat der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung nicht auf den Fall beschränkt, dass tatsächlich die Person des oder der Erben noch nicht bekannt ist, sondern im gesetzlichen Tatbestand solche Fälle aufgeführt, in denen ein anderer als der zur Zeit der Eintragung berechnigte Erbe die Bewilligung mit Wirkung für und gegen die Erben, unabhängig von deren Ermittlung und deren Willen, abgeben konnte (vgl. KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, ErbR 2021, 702, 703 f.).

17 Der hier zu beurteilende, gesetzlich nicht geregelte Sachverhalt ist in den entscheidenden Punkten vergleichbar, so dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei seiner gesetzlichen Ausgestaltung zum gleichen Abwägungsergebnis gelangt.

18 (aa) Der vorliegende Fall, in dem der Erblasser zwar nicht selbst bereits verfügt hat, jedoch transmortal einen Dritten zur Verfügung über sein Vermögen oder nach seinem Tod über seinen Nachlass mit Wirkung für und gegen die Erben bevollmächtigt hat, liegt im Ähnlichkeitskreis der Norm. Die Erblasserin hat zwar nicht selbst die Bewilligung erklärt, sondern transmortal ihre Tochter, Frau B, hierzu bevollmächtigt. Die Bewilligung der Finanzierungsgrundschild durch Herrn S aufgrund der ihm von der transmortal Bevollmächtigten eingeräumten Belastungsvollmacht ist für die Erben aber ebenso bindend, wie es eine Bewilligung durch die Erblasserin selbst gewesen wäre, was eine entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2, 1. Fall GBO rechtfertigt.

19 (bb) Ebenso kommt eine entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2 2. Fall GBO in Betracht, weil das Handeln des transmortal Bevollmächtigten mit dem Handeln des Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar ist. Wie

der Nachlasspfleger soll der transmortal Bevollmächtigte die Erben – gerade auch im Grundbuchverkehr – vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zu der – unter Umständen recht zeitaufwendigen – Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechnigte Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des § 40 GBO ist es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist. Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolgt, um gegen die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, FGPrax 2019, 13, 14).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

Der Fall des OLG Braunschweig beschäftigt sich mit der Abwicklung von Immobilienverkäufen unter Einsatz einer post- bzw. transmortalen Vollmacht. Für den Erben bietet dies den Vorteil, sich ggf. die Erteilung eines kostenpflichtigen Erbnachweises zu ersparen, da nach § 40 Abs. 1 GBO die an sich erforderliche Voreintragung des Erben entbehrlich ist, wenn die Eigentumsumschreibung auf den Käufer oder die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu dessen Gunsten erfolgen soll.¹

1. Analoge Anwendung des § 40 GBO auf die Bestellung einer Finanzierungsgrundschild

Als problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang die Bestellung einer vor Eigentumsumschreibung einzutragenden Finanzierungsgrundschild, weil der Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO die Belastung eines Grundstücks nicht erfasst. Die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung befürwortet inzwischen auch hier eine Ausnahme von dem Voreintragungsgebot des § 39 Abs. 1 GBO.² Begründet wird dies überwiegend mit einer Analogie zu § 40 Abs. 1 Alt. 2 2. Fall GBO, denn das Handeln des post- bzw. transmortal Bevollmächtigten sei rechtskonstruktiv mit dem Handeln eines Nachlasspflegers ver-

1 Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 40 Rdnr. 21 ff.; zum Erwerberschutz und den bestehenden Schutzlücken siehe *Woinar*, NotBZ 2021, 166 ff.

2 KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, MittBayNot 2021, 245; OLG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2021, 13 W 162/21, FamRZ 2023, 165; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.10.2021, 19 W 72/21 (Wx), FamRZ 2023, 650; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.2020, I-3Wx103/20, FamRZ 2021, 1675; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, MittBayNot 2019, 343; OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19, MittBayNot 2020, 137; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, MittBayNot 2018, 247; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, I-2 Wx 123/18, MittBayNot 2018, 538; OLG Dresden, Beschluss vom 18.08.2020, 17 W 605/20, NotBZ 2020, 472; *Wendt*, ErbR 2018, 137; *ders.*, ErbR 2020, 99; *ders.*, ErbR 2022, 18.



gleichbar.³ Das OLG Braunschweig schließt sich der überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung an, wählt aber einen weitergehenden Begründungsansatz und stützt sein Ergebnis auch auf § 40 Abs. 1 Alt. 2 1. Fall GBO. Hat der Erblasser zwar nicht selbst bereits verfügt, jedoch post- bzw. transmortal einen Dritten zur Verfügung über sein Vermögen oder nach seinem Tod über seinen Nachlass mit Wirkung für und gegen die Erben bevollmächtigt, so liegt dies im Ähnlichkeitskreis der Norm und ist für die Erben ebenso bindend ist wie eine Bewilligung durch den Erblasser selbst.

Diesem erweiterten Begründungsansatz des OLG Braunschweig ist zuzustimmen, wobei auch die Regelung des § 40 Abs. 2 GBO, wonach Eintragungen aufgrund einer Bewilligung durch den Testamentsvollstrecker nach § 40 Abs. 2 GBO keiner Voreintragung des Erben bedürfen, ebenfalls in die Betrachtung mit einbezogen werden kann. Wie *Wendt* bereits zutreffend dargelegt hat,⁴ trägt die Ausdehnung in § 40 GBO auf Bewilligungen durch den Nachlasspfleger und den Testamentsvollstrecker dem Umstand Rechnung, dass der durch die Eintragung Begünstigte ein Recht auf Eintragung hat und es nur noch an dem Grundbucheintrag zu seiner Verwirklichung fehlt. Bewilligungen des Testamentsvollstreckers und des Nachlasspflegers werden den Bewilligungen des Erblassers gleichgestellt, weil sie unmittelbar in einen Teil der Rechtsmacht des Erblassers eingetreten sind und ihre Handlungsmacht nicht aus einer Ermächtigung des Erben herleiten. So gesehen steht der post- bzw. transmortal Bevollmächtigte dem Erblasser sogar noch wesentlich näher als der Nachlasspfleger, da er anders als dieser seine Verpflichtungsmacht, die ebenfalls auf den Nachlass begrenzt ist,⁵ bereits unmittelbar vom Erblasser verliehen bekommen hat.⁶

2. Folgen eines erweiterten Begründungsansatzes

Das OLG Köln hat bisher die Auffassung vertreten, dass von der erweiternden Anwendung des § 40 GBO allein Fälle erfasst werden können, in denen die Grundschuldbestellung mit einer Auflassung im Zusammenhang stand, sodass eine Anwendung des § 39 GBO nur zu einer „Durchgangseintragung“ der Erben geführt hätte. Nicht vergleichbar sei dagegen der Fall, dass eine isolierte nicht im Zusammenhang mit einer Veräußerung stehende Grundschuld bestellt wird.⁷ Dieser Ansatz soll sich

aus der zum Nachlasspfleger gezogenen Analogie gemäß § 40 Abs. 1 Alt. 2 2. Fall GBO erklären. Zweck des § 40 GBO sei es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist. Der Nachlasspfleger wird dabei für einen Übergangszeitraum bis zum Feststehen des endgültigen Erben bestellt.⁸ Insofern ist nach dem OLG Köln eine analoge Anwendung ebenfalls nur für einen Übergangszeitraum denkbar und daher auf solche Fälle begrenzt, in denen der Erbe nur eine vorübergehende Eigentümerstellung innehat.

Fraglich an dieser Argumentation ist bereits, dass die Bewilligung des Nachlasspflegers nicht nur zur Eintragung von Finanzierungsgrundschulden, sondern (vorbehaltlich nachlassgerichtlicher Genehmigung) zu Eintragungen jeder Art berechtigt.⁹ Bejaht man die Analogie dagegen richtigerweise aufgrund einer Gesamtbetrachtung des § 40 GBO, kann die erweiterte Anwendung des § 40 GBO nicht nur für die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten im Rahmen der Weiterveräußerung eines Grundstücks an einen Dritten gelten. Denn Eintragungen aufgrund einer Bewilligung des Erblassers oder eines Testamentsvollstreckers, der wie häufig beim Behinderntestament auf Lebensdauer des Erben bestellt ist, lassen sich nicht auf die Fälle eines Durchgangserwerbs beim Erben beschränken. Konsequenterweise sind daher auch Bewilligungen eines post- bzw. transmortal Bevollmächtigten ohne vorherige Berichtigung auf den Erben nach § 39 Abs. 1 GBO in den Fällen möglich, in denen eine isolierte Grundschuldbestellung oder die Eintragung anderer Belastungen, wie zum Beispiel ein Nießbrauchsrecht, erfolgen soll. Ein Zusammenhang mit einem Eigentumswechsel ist dabei nicht erforderlich.¹⁰

3. Fazit

Das Abstellen auf einen Übergangszeitraum zur Heranziehung einer vergleichbaren Interessenlage erweist sich, wie vorstehend dargelegt, als zu eng. Der erweiterte Begründungsansatz des OLG Braunschweig ist daher zu begrüßen und zeigt in die richtige Richtung. Mangels einer vergleichbaren Interessenlage ist die Grenze der analogen Anwendung allerdings dort erreicht, wo der Erbe selbst oder ein von ihm Bevollmächtigter die Eintragung eines Rechts im Grundbuch bewilligt. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Erbe kurz nach dem Erbfall die geerbte Immobilie veräußert. Hier muss es konsequenterweise bei dem Erfordernis einer Voreintragung nach § 39 Abs. 1 GBO bleiben.¹¹

3 A. A. OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21 (GB), ZEV 2021, 644; OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21, MittBayNot 2022, 339 auch unter Verneinung des Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke; siehe hiergegen *Weidlich*, ZEV 2022, 159.

4 ErbR 2020, 461, 464 ff.

5 Siehe BGH, Urteil vom 18.06.1962, II ZR 99/61, NJW 1962, 1718, 1719; FamRZ 1983, 476, 477.

6 *Wendt*, ErbR 2020, 461, 464 f.

7 OLG Köln, Beschluss vom 11.03.2019, I-2 Wx 82/19, MittBayNot 2020, 51; ebenso, MittBayNot 2020, 437 in Bezug auf die Bestellung eines Nießbrauchsrechts.

8 So ausdrücklich OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, MittBayNot 2019, 343, 345.

9 Siehe *Ott*, MittBayNot 2020, 52, 53.

10 So auch KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, MittBayNot 2021, 245, 246; *Wendt*, ErbR 2020, 461, 461 f.

11 Siehe auch OLG Hamm, Beschluss vom 25.11.2022, 15 W 114/22, MittBayNot 2023, 362; OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21 (GB), ZEV 2021, 644, 645.

6. Kein Nachweis der Ermächtigung des Verwalters durch einen Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer für die Eintragung der Auflassung

OLG München, Beschluss vom 11.07.2024, 34 Wx 155/24e

BGB §§ 164, 925

GBÖ § 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 1, §§ 19, 20, 29

WEG § 9b Abs. 1, § 26 Abs. 4

LEITSÄTZE:

1. § 9b Abs. 1 WEG beinhaltet eine umfassende organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.
2. Bei Erwerb von Grundeigentum durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, vertreten durch den Verwalter, ist für die Eintragung der Auflassung im Grundbuch kein Nachweis einer durch Mehrheitsbeschluss erfolgten Verwalterermächtigung erforderlich (Abgrenzung zu OLG München vom 16.11.2016, 34 Wx 305/16, ZWE 2017, 93).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten zu 2 und 3 sind im Grundbuch als Miteigentümerinnen von Grundbesitz zu je 1/2 eingetragen.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 04.01.2024 verkauften die Beteiligten zu 2 und 3 den Grundbesitz an die Beteiligte zu 1, eine Eigentümergemeinschaft, zu deren Gunsten am 19.01.2024 eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde. Für die Beteiligte zu 1 handelte bei der Beurkundung die Hausverwaltung H. GmbH & Co. KG als Verwalterin. In der Urkunde vom 04.01.2024 wurde von den Beteiligten auch die Einigung über den Eigentumsübergang erklärt und der Notar bevollmächtigt, für sie die vorstehende Einigung zur grundbuchamtlichen Eintragung zu bewilligen und zu beantragen.

3 Mit Schreiben vom 19.03.2024 beantragte die Urkundsnotarin gemäß § 15 GBO den Vollzug der Auflassung und die Löschung der für den Käufer eingetragenen Auflassungsvormerkung. Beigefügt war dem Schreiben neben der notariellen Auflassungsbewilligung ein Protokoll der Eigentümerversammlung vom 30.09.2022 mit notariell beglaubigten Unterschriften des organschaftlichen Vertreters der Hausverwaltung, der Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats und einer weiteren Miteigentümerin. Gemäß Ziffer 5 des Protokolls wurde die Hausverwaltung H. GmbH & Co. KG für den Zeitraum 01.01.2023 bis 31.12.2027 einstimmig zum Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft bestellt.

4 Ferner beigefügt war ein Protokoll der Eigentümerversammlung vom 10.11.2023, wonach unter Ziffer 6 der Erwerb des Grundstücks von den Grundstücksnachbarn [= die Beteiligten zu 2 und 3] und der Zuschlag der Fläche zum Gemeinschaftseigentum mehrheitlich beschlossen wurde. Die Verwaltung wird gemäß dem Beschluss ferner beauftragt und, soweit dies rechtlich möglich ist auch bevollmächtigt, den Kaufvertrag im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft abzuschließen. Dieses Protokoll ist ebenfalls –

jeweils unbeglaubigt – vom organschaftlichen Vertreter der Hausverwaltung, der Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats und einer weiteren Miteigentümerin unterzeichnet.

5 Mit Zwischenverfügung vom 03.05.2024 beanstandete das Grundbuchamt das Fehlen der Unterschriftsbeglaubigungen auf dem WEG-Beschluss, welcher den Verwalter zur Vertretung der WEG ermächtigt.

6 Hiergegen wendet sich die von der Notarin im Auftrag der Beteiligten zu 1 eingelegte Beschwerde vom 17.05.2024, ergänzt mit Schreiben vom 24.05.2024. Eine Unterschriftsbeglaubigung unter dem Beschluss, welcher den Verwalter zum Erwerb des Grundstücks ermächtigt, sei gesetzlich nicht vorgeschrieben und daher nicht erforderlich. § 26 Abs. 4 WEG schreibe nur für den Nachweis der Verwaltereigenschaft ein beglaubigtes Protokoll vor. § 9b WEG enthalte für den Beschluss über die Ermächtigung zum Abschluss eines Kaufvertrages gerade keine entsprechende Formvorschrift. Auch aus § 29 GBO ergebe sich keine Pflicht, den Beschluss öffentlich beglaubigt vorzulegen. § 9b WEG beziehe sich allein auf den schuldrechtlichen Kaufvertrag, jedoch nicht auf die Auflassung. Letztere sei von der allgemeinen Vertretungsmacht des Verwalters gedeckt, sodass diese unabhängig vom Beschluss der Wohnungseigentümer wirksam erklärt sei. Eine Prüfungspflicht des Grundbuchamtes bestehe insoweit nicht.

7 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 05.06.2024 nicht abgeholfen. Das Protokoll der Beschlussfassung zum Grundstückserwerb und zur Ermächtigung des Verwalters entspreche nicht der Form des § 29 GBO. Dies werde auch in der Literatur überwiegend so vertreten und sei auch vom OLG München so entschieden worden (Beschluss vom 16.11.2016, 34 Wx 305/16).

8 Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

9 1. Die Beschwerde ist zulässig.

10 a) Sie ist insbesondere statthaft gemäß § 71 Abs. 1 GBO. Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung sind auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (Senat vom 11.04.2011, 34 Wx 160/11, FGPrax 2011, 173; OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 1; *Hügel/Kramer*, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 68).

11 b) Die im Eintragungsverfahren tätig gewordene Notarin gilt nach § 15 Abs. 2 GBO ebenso als ermächtigt, Beschwerde einzulegen (Senat, NJW-RR 2021, 42, 43; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 74; *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 226). Die Beteiligte zu 1 ist beschwerdeberechtigt, weil sie als „gewinnender Teil“ der erstrebten Rechtsänderung zum Kreis der nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO Antragsberechtigten gehört (vgl. *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 193).

12 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Voraussetzung für den Erlass einer Zwischenverfügung ist nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO, dass der begehrten Eintragung ein Hindernis entgegensteht. Dies ist bei der verfahrensgegenständlichen Zwischenverfügung nicht der Fall, weil es der geforderten Unterschriftsbeglaubigungen nicht bedarf.

13 a) Im Fall der Übertragung eines Grundstücks durch Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) erfordert das materielle Konsensprinzip des § 20 GBO, dass – zusätzlich zu der Bewilligung des verlierenden Teils (§ 19 GBO, formelles Konsensprinzip) – eine materiellrechtliche Einigung, die den Verfahrensvorschriften der §§ 20, 29 GBO genügt, nachgewiesen wird. Wird ein Beteiligter durch einen Bevollmächtigten vertreten, sind die gesetzliche Vertretungsmacht bzw. die Wirksamkeit und der Umfang einer Vollmacht vom Grundbuchamt selbstständig zu prüfen (Senat vom 07.11.2018, 34 Wx 395/17, DNotZ 2019, 197; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2015, 648; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 74b; *Hügel/Reetz*, GBO, Vertretungsmacht Rdnr. 127).

14 b) Die Vertretungsberechtigung der Hausverwaltung H. GmbH & Co. KG für die Beteiligte zu 1 im Rahmen der Auflassungserklärung ergibt sich vorliegend aus § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG in Verbindung mit dem Protokoll der Eigentümerversammlung vom 30.09.2022.

15 aa) Seit Inkrafttreten des WEMoG zum 01.12.2020 regelt § 9b Abs. 1 WEG eine inhaltlich umfassende Vertretungsmacht des Verwalters für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. § 9b WEG begründet die organschaftliche Vertretungsmacht, die den Verwalter zur Abgabe von Willenserklärungen für die Gesellschaft entsprechend § 164 BGB befugt (*Staudinger/Jacoby*, Neub. 2023, § 9b WEG Rdnr. 9; *Dötsch/Schultzy/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 3 Rdnr. 62). Der Verwalter vertritt kraft Gesetzes – grundsätzlich unbeschränkt und gemäß § 9b Abs. 1 Satz 3 WEG unbeschränkbar – die Gemeinschaft. Eine Beschränkung des gesetzlich geregelten Umfangs der Vertretungsmacht ist im Außenverhältnis nicht möglich (*BeckOGK-WEG/Greiner*, Stand: 01.06.2024, § 9b Rdnr. 2; *MünchKomm-BGB/Burgmair*, 9. Aufl., § 9b WEG Rdnr. 3). Ausgenommen hiervon ist nach § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG lediglich der Abschluss von Grundstückskauf- oder Darlehensverträgen. Vertretungsmacht hat der Verwalter in diesen Fällen nur dann, wenn er durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft ermächtigt ist. Dies beschränkt sich allerdings nach dem klaren Wortlaut und der eindeutigen Begründung dieser Vorschrift allein auf das schuldrechtliche Rechtsgeschäft. Nicht betroffen von der Ausnahme ist das dingliche Geschäft, also insbesondere die Erklärung der Auflassung beim Grundstückskaufvertrag (*Bremkamp/Echternach*, DNotZ 2021, 162, 164 f.; *Dötsch/Schultzy/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 3 Rdnr. 62; BT-Drucks. 19/22634, S. 43).

16 bb) Dementsprechend war die Hausverwaltung H. GmbH & Co. KG gemäß § 9b Abs. 1 WEG im Außenverhältnis zur Erklärung der Auflassung für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer befugt, ohne dass es darauf ankommt, ob im Innenverhältnis diesbezüglich ein wirksamer Beschluss vorliegt. Die Bestellung der Hausverwaltung H. GmbH & Co. KG zum Verwalter wurde durch das Protokoll der Eigentümerversammlung vom 30.09.2022 nachgewiesen. Die vorgelegte Niederschrift entspricht den Anforderungen des § 26 Abs. 4 WEG, eine öffentlich beglaubigte Urkunde im Sinne des § 29 GBO liegt damit vor.

17 cc) Soweit die Hausverwaltung gemäß der in § 9b Abs. 1 WEG geregelten Ausnahme zum Abschluss des Kaufver-

trages eines wirksamen Beschlusses der Wohnungseigentümer bedurfte, ist das Grundbuchamt zu einer Prüfung dieses Beschlusses bzw. des wirksamen Abschlusses des Kaufvertrages nicht befugt. Das Grundbuchamt hat nur zu prüfen, ob die Auflassung ordnungsgemäß erklärt wurde. Ob das schuldrechtliche Kausalgeschäft unter Beachtung von § 925a BGB vorgelegen hat, unterliegt nicht seiner Prüfungskompetenz (*Hügel/Hügel*, GBO, § 20 Rdnr. 64).

18 c) Angesichts der nunmehr in § 9b Abs. 1 WEG geregelten umfassenden Organvertretungsmacht des Verwalters für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer hält der Senat nicht daran fest, dass im Grundbuchverfahren bei Erwerb von Grundeigentum durch die Gemeinschaft – vertreten durch den Verwalter – der Nachweis der durch Mehrheitsbeschluss erfolgten Verwalterermächtigung durch Protokollvorlage gemäß § 26 Abs. 3 WEG i. V. m. § 24 Abs. 6 WEG geführt werden muss (Senat vom 16.11.2016, 34 Wx 305/16, ZWE 2017, 93). Die Entscheidung des Senats hatte ihre Grundlage in der vor dem Inkrafttreten des WEMoG eingeschränkten organschaftlichen Vertretungsmacht des Verwalters für die Gemeinschaft nach § 27 Abs. 3 Nr. 1-6 WEG in der damals gültigen Fassung. Auflassungserklärungen waren davon nicht umfasst und bedurften gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG a. F. eines Ermächtigungsbeschlusses durch die Eigentümergeinschaft (*Armbrüster*, NZG 2017, 441, 446). Zwar wird vereinzelt in der Literatur weiterhin ein solcher Nachweis gefordert (*Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 9b Rdnr. 9; *Erman/Grziwotz*, BGB, 17. Aufl., § 9b WEG Rdnr. 2). Mit der seit dem Inkrafttreten des WEMoG zum 01.12.2020 neu geregelten umfassenden organschaftlichen Vertretungsmacht des Verwalters für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist dem aber die Grundlage entzogen. Die Frage, ob dem Verwalter die Rechtshandlungen – mit Ausnahme der in § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG genannten Verträge – durch einen Beschluss der Wohnungseigentümer gestattet sind und er deshalb die Gemeinschaft wirksam vertreten kann, stellt sich nicht mehr (*Dötsch/Schultzy/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 3 Rdnr. 62). Im Grundbuchverfahren ist damit der Nachweis der Vertretungsmacht anlässlich der Auflassung an den Verband entbehrlich (*Hügel/Kral*, WEG Rdnr. 160; *BeckOGK-WEG/Greiner* § 9b Rdnr. 14; *Bärmann/Becker*, WEG, 15. Aufl., § 9b Rdnr. 61; *BeckOK-WEG/Leidner*, Stand: 02.04.2024, § 9b Rdnr. 15a; *MünchKomm-BGB/Burgmair*, § 9b WEG Rdnr. 18). Ob und in welcher Form ein Nachweis im Beurkundungsverfahren zu erbringen ist (vgl. hierzu *Bremkamp/Echternach*, DNotZ 2021, 162, 166 f.), bedarf hier keiner Erörterung.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stephan Wendt**, Freinsheim

Eines der Ziele des WEMoG besteht darin, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Rechtsverkehr zu stärken.¹ Nach altem Recht waren Rechtsgeschäfte mit der Wohnungseigentümergeinschaft oftmals mit Unsicherheiten für die Vertragspartner behaftet, was vor allem daraus resultierte, dass der Verwalter zumeist nur dann berechtigt war, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu vertreten, wenn er hierzu durch Vereinbarung oder Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG a. F. ermächtigt wurde. Die Vertretungsmacht des Verwalters war daher für Vertragspartner nicht immer klar erkennbar.² Das WEMoG versucht, diese Unsicherheiten zu beseitigen, indem es den Verwalter in § 9b Abs. 1 Satz 1 und 3 WEG mit einer grundsätzlich unbeschränkten und unbeschränkbarer Vertretungsmacht für die Wohnungseigentümergeinschaft ausrustet. Eine Einschränkung erfährt die Vertretungsbefugnis jedoch in § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG. Gewissermaßen als „Relikt des alten Rechts“³ ist der Verwalter weiterhin auf einen ermächtigenden Beschluss der Wohnungseigentümer angewiesen, wenn er einen Darlehensvertrag oder – aus notarieller Sicht besonders relevant – einen Grundstückskaufvertrag namens der Gemeinschaft abschließen möchte. Fehlt in diesen Bereichen ein entsprechender Beschluss, handelt der Verwalter als Vertreter ohne Vertretungsmacht.⁴

Der Ermächtigungsbeschluss ist in Anlehnung an § 167 Abs. 2 BGB nicht beurkundungsbedürftig.⁵ Im Schrifttum umstritten ist, ob der Beschluss jedoch der Form des § 29 Abs. 1 GBO genügen muss, was dann der Fall wäre, wenn er zum Nachweis der Vertretungsmacht des Verwalters der Prüfung des Grundbuchamtes unterliegen würde. Mit der Entscheidung des OLG München liegt nun erstmals Rechtsprechung zu dieser Fragestellung vor. Das Gericht verneint zu Recht und mit zutreffender Begründung ein Nachweiserfordernis für den Fall, dass der Verwalter namens der Wohnungseigentümergeinschaft ein Grundstück kauft. Die rechtlichen Erwägungen des Gerichts sollen nachfolgend näher betrachtet werden. Dabei ist auch zu beleuchten, ob die vom OLG München aufgestellten Grundsätze gleichermaßen gelten, wenn der Verwalter im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft ein Grundstück verkauft, und welche Prüfungspflichten den Notar im Hinblick auf den Ermächtigungsbeschluss treffen.

1. Reichweite der verwalterlichen Vertretungsmacht

Zutreffend und im Einklang mit der allgemeinen Auffassung im Schrifttum⁶ stellt das OLG München zunächst fest, dass sich die Einschränkung der Vertretungsmacht in § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG nur auf den schuldrechtlichen „Grundstückskaufvertrag“ bezieht, nicht aber auch auf dingliche Rechtsgeschäfte. Der Beachtung des zivilrechtlichen Trennungsprinzips kommt daher bei der Anwendung der Norm besondere Bedeutung zu. Allein ausgehend von Sinn und Zweck des Beschlusserfordernisses, die Wohnungseigentümergeinschaft und die einzelnen Wohnungseigentümer vor einem eigenmächtigen Handeln des Verwalters zu schützen,⁷ erscheint auch das gegenteilige Ergebnis vertretbar: Der Schutzzweck wäre nämlich nur unzulänglich verwirklicht, wenn der Verwalter zwar mangels Beschlusses keinen wirksamen Kaufvertrag abschließen, dennoch aber namens der Gemeinschaft das Eigentum an einem Grundstück erwerben oder übertragen könnte (und dieser Vorgang so dann bereicherungsrechtlich rückabgewickelt werden müsste). Denn bekanntermaßen infiziert die (schwebende) Unwirksamkeit des Kaufvertrags die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts wegen des Abstraktionsprinzips grundsätzlich nicht.⁸ Diesen teleologischen Erwägungen kommt jedoch kein durchschlagendes Gewicht zu. Wie das OLG München zu Recht betont, beschränken sowohl der Wortlaut des § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG als auch die zugehörigen Gesetzesmaterialien das Beschlusserfordernis auf den schuldrechtlichen Kaufvertrag. In der Gesetzesbegründung zu § 9b WEG heißt es hierzu kurz und prägnant:

„[A]uch dingliche Rechtsgeschäfte sind von der Beschränkung nicht erfasst“.⁹

Im Übrigen streitet zudem der Charakter des § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG als Ausnahmetatbestand von der grundsätzlich unbeschränkten organschaftlichen Vertretungsmacht des Verwalters für eine enge, am Wortlaut orientierte Auslegung.

Für das dingliche Rechtsgeschäft, insbesondere also für die Auflassung nach § 925 Abs. 1 BGB oder die Einigungserklärung gemäß § 873 Abs. 1 BGB zur Bestellung dinglicher Rechte, ist der Verwalter folglich mit einer uneingeschränkten organschaftlichen Vertretungsmacht ausgestattet und bedarf insoweit keines ihn ermächtigenden Beschlusses.¹⁰

1 BT-Drucks. 19/18791, S. 30.

2 Vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 30 und 48.

3 Staudinger/Jacoby, Neub. 2023, § 9b Rdnr. 41.

4 Staudinger/Jacoby, § 9b Rdnr. 70 f.

5 BeckOK-WEG/Leidner, Stand: 18.10.2024, § 9b Rdnr. 15a; siehe zum alten Recht auch BGH, Urteil vom 18.03.2016, V ZR 75/15, NJW 2016, 2177 Rdnr. 30 f.

6 Statt vieler Jennißen/Zscheschack, WEG 8. Aufl. 2024, § 9b Rdnr. 19 f.; Erman/Grziwotz, BGB, 17. Aufl. 2023, § 9b WEG Rdnr. 2 f.

7 BeckOK-WEG/Leidner, § 9b Rdnr. 14; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 185.

8 MünchKomm-BGB/Gaier, 9. Aufl. 2023, Einl. SachenR Rdnr. 16.

9 BT-Drucks. 19/22634, S. 43.

10 Bremkamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 165; MünchKomm-BGB/Burgmair, § 9b WEG Rdnr. 8.

Vom OLG München nicht näher betrachtet wird die Frage, ob der Verwalter kraft seiner organschaftlichen Vertretungsmacht auch befugt ist, die zum Vollzug des Kaufvertrags erforderlichen Grundbucheintragungen, also Antrag und Bewilligung gemäß § 13 Abs. 1, § 19 GBO, abzugeben. Diese Erklärungen sind weder Bestandteil des schuldrechtlichen Vertrags noch der dinglichen Einigung.¹¹ Sie dienen jedoch der grundbuchrechtlichen Umsetzung des dinglichen Rechtsgeschäfts. Die Vertretungsmacht des Verwalters erstreckt sich daher auch auf diese verfahrensrechtlichen Erklärungen, die Einschränkungen des § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG gelten insoweit nicht.¹²

2. Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt

Das OLG München weist des Weiteren zutreffend darauf hin, dass für den Vollzug des Grundstückskaufvertrags im Grundbuch, insbesondere für die Auflassungserklärung, dem Grundbuchamt die Verwaltereigenschaft des für die Wohnungseigentümergeinschaft Handelnden nachgewiesen werden muss. Dies geschieht – wie auch bei Zustimmungen des Verwalters im Rahmen des § 12 Abs. 1 WEG – durch Vorlage einer Niederschrift über den Beststellungsbeschluss, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, vgl. § 26 Abs. 4 WEG.¹³

Der Ermächtigungsbeschluss zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags muss dem Grundbuchamt nach vielfach vertretener Auffassung nicht vorgelegt werden, da der Verwalter für das dingliche Rechtsgeschäft bereits kraft Gesetzes vertretungsberechtigt ist und die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Kaufvertrags nicht der Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes unterliegt.¹⁴ Die Gegenauffassung¹⁵ vertritt hingegen, der Ermächtigungsbeschluss sei vom Grundbuchamt zu prüfen und diesem daher analog § 26 Abs. 4 WEG vorzulegen, und beruft sich dazu in erster Linie auf die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung aus der Zeit vor dem Inkrafttreten

des WEMoG.¹⁶ Diese verlangte zum grundbuchlichen Vollzug der vom Verwalter namens der Wohnungseigentümergeinschaft abgegebenen Auflassungserklärung die Vorlage eines Ermächtigungsbeschlusses, bei dem analog § 26 Abs. 3 WEG a. F. die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sein mussten.¹⁷ Grundlage dieser Judikatur war jedoch die eingeschränkte organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 6 WEG a. F., die die Erklärung der Auflassung nicht umfasste. Nach alter Rechtslage war der Verwalter daher nicht nur für den Kaufvertragsabschluss, sondern auch zur Abgabe der dinglichen Erklärungen auf einen ihn ermächtigenden Beschluss gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG a. F. angewiesen.¹⁸ Wie das OLG München zutreffend feststellt, kann diese Rechtsprechung unter dem Regime des § 9 Abs. 1 Satz 1 WEG und der nunmehr grundsätzlich unbeschränkten Vertretungsmacht des Verwalters nicht aufrechterhalten bleiben.

Als weiteres Argument für eine Analogie zu § 26 Abs. 4 WEG wird der Schutz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer angeführt: Die Beschränkung der Vertretungsmacht des Verwalters für den Kaufvertragsabschluss drohe faktisch ins Leere zu laufen, wenn der Ermächtigungsbeschluss nicht vom Grundbuchamt geprüft werde.¹⁹ Dieser Sichtweise kann jedoch aus drei Gründen nicht gefolgt werden: Zum einen ist der Ausnahmetatbestand des § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG bewusst eng gefasst worden. Hätte der Gesetzgeber eine Prüfung des Ermächtigungsbeschlusses durch das Grundbuchamt gewollt, hätte er die Beschränkung der Vertretungsmacht ohne Weiteres auch auf das dingliche Rechtsgeschäft erstrecken können. Zum anderen ist es rechtsdogmatisch nicht überzeugend, etwaige Schutzlücken des materiellen Rechts auf Ebene des Grundbuchverfahrensrechts schließen zu wollen. Darüber hinaus besteht für eine Analogie auch gar kein Bedürfnis, da der Schutz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bereits durch das notarielle Beurkundungsverfahren gewährleistet wird. Es ist Aufgabe des Notars, die Vertretungsmacht des Verwalters für den Abschluss des Kaufvertrags und damit auch die Existenz des Ermächtigungsbeschlusses zu prüfen.²⁰

Richtigerweise ist daher die Existenz des Ermächtigungsbeschlusses dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen. Diese Sichtweise ist spätestens seit der Entscheidung des OLG München als herrschende Meinung einzustufen, zumal in Reaktion hierauf mit *Hügel* und *Elzer* zwei bishe-

11 Vgl. Bauer/Schaub/Kilian, GBO, 5. Aufl. 2023; § 19 Rdnr. 28 ff.

12 Bärmann/Becker, WEG, 15. Aufl. 2023, § 9b Rdnr. 43; *Bremkamp/Echternach*, DNotZ 2021, 162, 164; vgl. auch *Wobst*, MittBayNot 2021, 1, 7.

13 Bärmann/Becker, WEG, § 9b Rdnr. 61; BeckOGK-WEG/Greiner, Stand: 01.12.2024, § 9b Rdnr. 14; *Wobst*, MittBayNot 2021, 1, 7.

14 *Bremkamp/Echternach*, DNotZ 2021, 162 ff.; Bärmann/Becker, WEG, § 9b Rdnr. 44, 61 f.; BeckOGK-WEG/Leidner, § 9b Rdnr. 15a; BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rdnr. 14; *Böhringer*, ZfIR 2020, 773, 776 f., *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 195.

15 Erman/Grziwotz, BGB, § 9b Rdnr. 2; *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2021, § 9b Rdnr. 9; Staudinger/Jacoby, § 9b Rdnr. 45; *Abramenko*, Das neue Wohnungseigentumsrecht, 2020, § 5 Rdnr. 44; *Naumann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 3 Rdnr. 209; *Hügel/Elzer*, DNotZ 2021, 3, 19; *Rothermel*, NotBZ 2021, 81, 83; *Spieker*, notar 2024, 191, 195.

16 *Hügel/Elzer*, DNotZ 2021, 3, 19 mit Fn. 56; *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2021, § 9b Rdnr. 9 (anders nun *Hügel/Elzer*, WEG, 4. Aufl. 2025, § 9b Rdnr. 9).

17 OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2009, I-15 Wx 81/09, DNotZ 2010, 130, 132 f.; OLG München, Beschluss vom 16.11.2016, 34 Wx 305/16, ZWE 2017, 93 f.

18 *Göhmman*, RNotZ 2012, 251, 271.

19 Vgl. *Elzer*, ZfIR 2024, 459, 460.

20 Hierzu nachstehend unten Ziffer 4.

rige Vertreter der Gegenansicht ihre Meinung geändert haben und nun ebenfalls eine Pflicht des Grundbuchamtes zur Prüfung des Ermächtigungsbeschlusses ablehnen.²¹

3. Verkauf durch die Wohnungseigentümergeinschaft

Lassen sich die vorstehenden Ausführungen auf den umgekehrten Fall, also auf den Verkauf eines der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehörenden Grundstücks durch den Verwalter, übertragen? Grundsätzlich stellt sich die Rechtslage hier nicht anders dar. Für die Anwendung des § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG spielt es keine Rolle, ob die Wohnungseigentümergeinschaft als Käufer oder als Verkäufer handelt.²² Der Verwalter benötigt also auch zum Verkauf eines im Eigentum der Gemeinschaft stehenden Grundstücks einen Ermächtigungsbeschluss. Auf Ebene des dinglichen Rechtsgeschäfts und der grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärungen ist er hingegen wiederum kraft Gesetzes uneingeschränkt vertretungsberechtigt. Er kann in Vertretung der verkaufenden Wohnungseigentümergeinschaft die Auflassung erklären, dingliche Rechte wie zum Beispiel Finanzierungsgrundschulden oder Dienstbarkeiten gemäß § 873 Abs. 1 BGB bestellen und die entsprechenden Eintragungen beantragen und bewilligen.²³ Dem Grundbuchamt ist auch insoweit grundsätzlich nur die Verwalterbestellung, nicht aber auch der Ermächtigungsbeschluss nachzuweisen.

Problematisch ist jedoch, dass bei fehlendem Beschluss und der damit einhergehenden fehlenden Vertretungsbefugnis des Verwalters zum Abschluss des Kaufvertrags die Vormerkung nicht wirksam entstehen kann. Der Kaufvertrag wäre schwebend unwirksam, sodass es wegen der fehlenden Bindung des Verkäufers keinen durch Vormerkung sicherbaren Anspruch im Sinne des § 883 Abs. 1 BGB gäbe.²⁴ Zum Teil wird daher im Schrifttum vertreten, dass bei einem Verkauf durch den Verwalter dem Grundbuchamt für die Eintragung der Vormerkung die Existenz des Ermächtigungsbeschlusses analog § 26 Abs. 4 WEG nachzuweisen sei.²⁵

Diese Ansicht überzeugt wegen des formellen Konsensprinzips des § 19 GBO und der daraus resultierenden eingeschränkten Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes nicht. Bei der Eintragung einer Auflassungsvormerkung darf das Grundbuchamt die Wirksamkeit des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs grundsätzlich nicht prüfen, eine Eintragung darf nur dann versagt werden, wenn das Grundbuchamt positive Kenntnis von der

Unwirksamkeit des Vertrags hat.²⁶ Aus der fehlenden Vorlage des Ermächtigungsbeschlusses gegenüber dem Grundbuchamt kann aber nicht automatisch die fehlende Existenz des Beschlusses gefolgert werden. Eine positive Kenntnis des Grundbuchamtes von der Unwirksamkeit des Kaufvertrags scheidet damit regelmäßig aus.²⁷ Auch für die Eintragung einer vom Verwalter bewilligten Auflassungsvormerkung bedarf es daher keines förmlichen Nachweises des Ermächtigungsbeschlusses gegenüber dem Grundbuchamt.²⁸

4. Nachweisführung gegenüber dem Notar

Abschließend zu klären ist die vom OLG München ausdrücklich offen gelassene Frage, ob und in welcher Form der Verwalter seine Vertretungsmacht gegenüber dem beurkundenden Notar nachweisen muss.

Der Notar ist aufgrund seiner allgemeinen Prüfungs- und Belehrungspflichten aus § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG verpflichtet, die Vertretungsmacht des bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts Handelnden zu prüfen.²⁹ Ebenso wie das Grundbuchamt muss sich auch der Notar vergewissern, dass eine Bestellung des Verwalters durch die Wohnungseigentümer erfolgt ist. Anders als das Grundbuchamt darf sich der Notar aber nicht mit der Feststellung begnügen, dass der Verwalter kraft seiner organchaftlichen Vertretungsmacht in der Lage ist, alle für den Grundbuchvollzug notwendigen Erklärungen abzugeben. Vielmehr hat er auch die Vertretungsmacht des Verwalters für den Abschluss des zu beurkundenden Kaufvertrags zu prüfen. Die Prüfungspflichten des Notars einerseits und die des Grundbuchamtes andererseits sind somit nicht kongruent.

Zur Prüfung der Vertretungsmacht des Verwalters muss sich der Notar den Ermächtigungsbeschluss vorlegen lassen.³⁰ Mit einer bloßen Versicherung des Verwalters, ein entsprechender Beschluss sei gefasst, darf sich der Notar dagegen nicht zufriedengeben.³¹ Die rechtliche Prüfung, ob überhaupt ein Beschluss im Sinne des § 9b

21 Hügell/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 9b Rdnr. 9; BeckOK-BGB/Hügel, Stand: 01.08.2024, § 9b WEG Rdnr. 5.

22 Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 192.

23 Breckamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 164 f.

24 MünchKomm-BGB/Lettmaier, § 883 Rdnr. 34; Staudinger/Kesseler, Neub. 2020, § 883 Rdnr. 217.

25 Bärmann/Becker, WEG, § 9b Rdnr. 63; so wohl auch Grziwotz, IMR 2024, 478.

26 Vgl. OLG München, Beschluss vom 05.08.2020, 34 Wx 310/20, RNotZ 2020, 510, 512; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1514.

27 Anders würde es sich ausnahmsweise verhalten, wenn der Verwalter in der Kaufvertragsurkunde erklärt, dass noch kein Ermächtigungsbeschluss gefasst ist und er den Kaufvertrag als Vertreter ohne Vertretungsmacht abschließt.

28 Breckamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 164.

29 BGH, Urteil vom 21.01.1988, IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 6. Aufl. 2024, § 12 BeurkG Rdnr. 1 ff.

30 Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 195; Bärmann/Becker, WEG, § 9b Rdnr. 60.

31 Heinemann, MietRB 2024, 254 f.; a. A. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rdnr. 14, wenngleich auch dieser davon ausgeht, dass die Vorlage des Beschlusses der Normalfall sein sollte.

Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG vorliegt³² und ob dieser möglicherweise Bestimmungen enthält, die die Vertretungsmacht des Verwalters für den Abschluss des Kaufvertrags im Außenverhältnis beschränken,³³ zum Beispiel dahingehend, dass ein bestimmter Kaufpreis nicht zu über- oder unterschreiten ist, sollte nicht dem Verwalter überlassen bleiben, sondern durch den Notar erfolgen.

In formaler Hinsicht ist zu beachten, dass das Beurkundungsrecht keine Vorgaben macht, in welcher Form der Nachweis der Vertretungsbefugnis zu erbringen ist.³⁴ § 12 Abs. 1 BeurkG regelt nur die Behandlung vorgelegter Vollmachten und Ausweise über die Vertretungsberechtigung. Soweit weder das materielle Recht noch das Verfahrensrecht besondere Anforderungen an den Nachweis der Vertretungsmacht stellen, ist auch der Notar nicht verpflichtet, hierfür eine besondere Form zu verlangen.³⁵ Es steht vielmehr in seinem verfahrensrechtlichen Ermessen, ob er sich mit einem privatschriftlichen Protokoll begnügt oder ob er eine Beglaubigung der Unterschriften der Unterzeichner entsprechend § 26 Abs. 4 WEG verlangt.³⁶ Im Rahmen von Vollmachten und Zustimmungserklärungen ist anerkannt, dass der Notar grundsätzlich keine Beglaubigung der Unterschrift verlangen muss, wenn weder das materielle Recht noch das Verfahrensrecht eine solche Form erfordern. Er darf vielmehr auf die Echtheit der privatschriftlichen Vollmacht bzw. Zustimmungserklärung vertrauen.³⁷ Diese Grundsätze lassen sich auf den Ermächtigungsbeschluss im Sinne des § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG übertragen. Im Normalfall ist daher die Vorlage in privatschriftlicher Form ausreichend.³⁸ Dabei ist der Notar nicht verpflichtet, sich das Protokoll in Urschrift vorlegen zu lassen,³⁹ zumal diesem keine Gutgläubenswirkung gemäß § 172 BGB zukommt.⁴⁰ Nach dem Ermessen des Notars kann er die Vorlage einer einfachen Kopie genügen lassen.⁴¹ Hegt der Notar jedoch Zweifel an der Existenz des Beschlusses, ist er berech-

tigt, eine öffentliche Beglaubigung der Unterschriften entsprechend § 26 Abs. 4 WEG zu verlangen.⁴²

5. Fazit

Angesichts der eindeutigen Gesetzeslage sollte mit der Entscheidung des OLG München für die Praxis geklärt sein, dass der Verwalter für den Vollzug eines Grundstückskaufvertrags dem Grundbuchamt nur seine Bestellung als Verwalter, nicht aber auch den Ermächtigungsbeschluss im Sinne des § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG nachweisen muss. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Verkäufer oder Käufer auftritt. Ob der Verwalter zum Vertragsabschluss ermächtigt wurde, obliegt vielmehr der Prüfung des den Kaufvertrag beurkundenden Notars. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt dabei weniger auf der Form des vorzulegenden Beschlusses – insoweit steht dem Notar ein Ermessen zu – als vielmehr auf dessen Inhalt, da hierdurch der Umfang der Vertretungsmacht des Verwalters auf schuldrechtlicher Ebene festgelegt wird.

42 Bremkamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 167.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

7. Ablehnung der Adoption eines Kindes durch die Ehefrau der Kindesmutter wegen der Nichtbeteiligung des Samenspenders am Adoptionsverfahren

BGH, Beschluss vom 31.07.2024, XII ZB 147/24 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.03.2024, 11 UF 17/24)

BGB § 1600 d Abs. 2 Satz 1, § 1741 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 3, § 1747 Abs. 1 und 4

FamFG § 7 Abs. 4, §§ 26, 27, 188 Abs. 1 Nr. 1 lit. b

GG Art. 6 Abs. 1 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Das grundrechtlich geschützte Interesse des möglichen leiblichen Vaters, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einnehmen zu können, ist verfahrensrechtlich dadurch zu sichern, dass dieser vom Familiengericht entsprechend § 7 Abs. 4 FamFG vom Adoptionsverfahren benachrichtigt werden muss, um ihm eine Beteiligung am Verfahren zu ermöglichen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 18.02.2015, XII ZB 473/13, FamRZ 2015, 828).
2. Von einer solchen Benachrichtigung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn aufgrund der umfassend aufgeklärten Umstände unzweifelhaft ist, dass eine Beteiligung des möglichen leiblichen Vaters nicht in Betracht kommt. Das ist der Fall, wenn dieser auf sein grundrechtlich geschütztes Interesse, die rechtliche Vaterstellung zu erlangen, verzichtet

32 Der Ermächtigungsbeschluss gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG ist vom Verwaltungsbeschluss im Sinne des § 19 Abs. 1 WEG, ein Grundstück zu kaufen bzw. zu verkaufen, zu unterscheiden, auch wenn eine kombinierte Beschlussfassung zulässig ist, siehe Hügell/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 9b Rdnr. 7.

33 Dies ist rechtlich möglich, siehe Staudinger/Jacoby, § 9b Rdnr. 47; Jennißen/Zschieschack, WEG, § 9b Rdnr. 30.

34 BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Stand: 01.03.2024, § 12 Rdnr. 11; BeckOKG-BeurkG/Bord, Stand: 01.10.2024, § 12 Rdnr. 7 mit Fn 13.

35 BeckOK-BeurkG/Bremkamp, § 12 Rdnr. 11; Bremkamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 166 f.

36 BeckOK-BeurkG/Bremkamp, § 12 Rdnr. 11; Kölner Formularbuch WEG/Weber, 2. Aufl. 2023, Kap. 4 Rdnr. 299.

37 Mayer, MittBayNot 2014, 114, 119; Thelen/Hermanns, DNotZ 2019, 725, 736.

38 Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 195.

39 A. A. wohl Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 195.

40 Heinemann, MietRB 2024, 254 f.; Grziwotz, IMR 2024, 478.

41 Bremkamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 167 mit Fn. 20.

hat. Darüber hinaus ist eine Benachrichtigung vom Adoptionsverfahren regelmäßig nur unter den Voraussetzungen des § 1747 Abs. 4 BGB entbehrlich (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 18.02.2015, XII ZB 473/13, FamRZ 2015, 828).

3. Bloße Erklärungen der Annehmenden und der Kindesmutter, der diesen bekannte private Samenspenden sei mit der Adoption einverstanden und lege keinen Wert auf eine Beteiligung am Adoptionsverfahren, sowie von diesen vorgelegte, nicht auf ihre Authentizität überprüfbare Textnachrichten entsprechenden Inhalts entbinden das Tatgericht nicht ohne Weiteres von der Benachrichtigung des Samenspenders von dem Adoptionsverfahren (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 18.02.2015, XII ZB 473/13, FamRZ 2015, 828).

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 911.

8. Keine Erforderlichkeit der Betreuung bei bestehender Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 08.05.2024, XII ZB 577/23 (Vorinstanz: LG Lüneburg, Beschluss vom 28.11.2023, 8 T 52/23)

BGB § 1814 Abs. 3, § 1815 Abs. 3, § 1820 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. Sind in einer Vorsorgevollmacht mehrere einzelvertretungsberechtigte Bevollmächtigte bestellt und erweist sich (nur) einer von ihnen als ungeeignet, kommt die Einrichtung einer Vollbetreuung in den von der Vorsorgevollmacht umfassten Aufgabenbereichen regelmäßig nicht in Betracht, wenn und soweit für die Besorgung der Angelegenheiten des Betroffenen noch ein geeigneter Bevollmächtigter mit Einzelvertretungsbefugnis zur Verfügung steht.
2. Die Einrichtung einer Kontrollbetreuung kann sich auch auf einen von mehreren Vorsorgebevollmächtigten beziehen.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

6 a) Ein Betreuer darf nach § 1814 Abs. 3 Satz 1 BGB nur bestellt werden, wenn dies erforderlich ist. An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten gleichermaßen besorgt werden können (§ 1814 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB). Eine wirksame Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Eine Betreuung kann aber gleichwohl erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte mangels

Befähigung oder wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint.

7 b) Diesen Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung schon deshalb nicht gerecht, weil sie keine Ausführungen dazu enthält, warum die Angelegenheiten des Betroffenen nicht wenigstens durch die Beteiligten zu 2 als Vorsorgebevollmächtigte gleichermaßen wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

8 In der notariellen Vollmachtsurkunde vom 12.12.2022 ist sowohl der Beteiligten zu 1 als auch der Beteiligten zu 2 die Befugnis zur Einzelvertretung eingeräumt. Zwar hat das AG auch die Beteiligten zu 2 als ungeeignet zur Ausübung der Vorsorgevollmacht angesehen, ohne diese Beurteilung aber näher zu begründen. Soweit das AG dabei möglicherweise auf die Amtsführung der Beteiligten zu 2 als früherer Ersatzbetreuerin für den Aufgabenbereich Vermögenssorge abstellen will, vermag dies ohne weitere tatrichterliche Feststellungen keine Bedenken an der Befähigung oder Redlichkeit der Beteiligten zu 2 zu begründen. Denn als Ersatz- oder Verhinderungsbetreuerin (§ 1899 Abs. 4 BGB a. F.; vgl. Senatsbeschluss vom 25.09.2019, XII ZB 251/19, FamRZ 2020, 47 Rdnr. 11 f.; seit dem 01.01.2023: § 1817 Abs. 4 Satz 1 BGB) kam der Beteiligten zu 2 nur dann eine vorübergehende Entscheidungsverantwortlichkeit zu, wenn die Beteiligten zu 1 als Hauptbetreuerin aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Führung des Betreueramtes gehindert war. Es ist weder festgestellt, dass ein solcher Verhinderungsfall überhaupt eingetreten wäre, noch sind Feststellungen dazu getroffen, dass eine Amtsführung der Beteiligten zu 2 im Aufgabenbereich Vermögenssorge während einer etwaigen Verhinderungszeit besonderen Beanstandungen unterlegen hätte. Steht indessen für die Besorgung der Angelegenheiten des Betroffenen (zumindest) ein geeigneter Bevollmächtigter mit Einzelvertretungsbefugnis zur Verfügung, kommt die Einrichtung einer Vollbetreuung mit den von der Vorsorgevollmacht umfassten Aufgabenbereichen nicht in Betracht.

9 3. Die angefochtene Entscheidung kann daher keinen Bestand haben, da das Beschwerdegericht weitere Feststellungen zur Eignung der Beteiligten zu 2 zu treffen hat. Für das weitere Verfahren sind noch die folgenden rechtlichen Hinweise veranlassend:

10 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats, die dieser in Fortbildung des bis zum 31.12.2022 gültigen Rechts entwickelt hatte, durfte der Betreuer zur Wahrung des aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Selbstbestimmungsrechts des Betreuten und im Hinblick auf die Schwere des in der Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf liegenden Grundrechtseingriffs die Vorsorgevollmacht nur dann widerrufen, wenn ihm die Befugnis hierzu durch das Betreuungsgericht als eigenständiger Aufgabenbereich ausdrücklich zugewiesen worden war (grundlegend Senatsbeschluss BGHZ 206, 321 = FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 10 ff.). Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber des reformierten Betreuungsrechts nicht aufgegriffen, nachdem er den Widerruf einer Vorsorgevollmacht durch den Betreuer abweichend vom früheren Rechtszustand von der Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht hat (§ 1820 Abs. 5

Satz 2 BGB) und er danach eine zweifache Befassung des Betreuungsgerichts mit dem Sachverhalt vermeiden wollte. Nach der Reform besitzen daher sowohl der Kontrollbetreuer als auch jeder andere Betreuer im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises gleichzeitig die rechtliche Befugnis zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht, ohne dass dies bei der Betreuerbestellung besonders angeordnet werden müsste (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 248).

11 b) Sind mehrere einzelvertretungsberechtigte Bevollmächtigte vorhanden und erweist sich (nur) einer von ihnen nicht als geeignet, kann grundsätzlich das Bedürfnis nach einer Überwachung des ungeeigneten Bevollmächtigten und ggf. einem auf ihn beschränkten Teilwideruf der Vollmacht bestehen. Ob die anderen Einzelbevollmächtigten hierzu befugt sind, ist eine Frage der Auslegung der konkreten Vorsorgevollmacht, die in vielen Fällen dahin gehend zu beantworten sein dürfte, dass dem Bevollmächtigten jedenfalls die Möglichkeit zum Widerruf der gleichrangigen Vollmacht eines anderen Bevollmächtigten nicht eingeräumt werden soll (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2022, 736 f. und FamRZ 2010, 1762, 1763; vgl. hierzu auch *Spernath*, MittBayNot 2021, 425, 429 f., 436 f.; *Stascheit*, RNotZ 2020, 61, 83 f. m. w. N.). Dann kann die gerichtliche Bestellung eines Kontrollbetreuers nach § 1815 Abs. 3, § 1820 Abs. 3 BGB geboten sein, dessen Tätigkeit sich auch auf einen von mehreren Bevollmächtigten beziehen kann (vgl. *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Ehegattennotvertretungsrecht, 4. Aufl., Rdnr. 124).

9. Zur Erforderlichkeit einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.12.2024, 20 W 130/24
BGB § 1850

LEITSATZ:

Der Senat hält an seiner Rechtsauffassung fest, dass die vom Betreuungsgericht erteilte Genehmigung eines notariellen Kaufvertrags, der eine Belastungsvollmacht enthält, die Genehmigungsbedürftigkeit der nachfolgenden und in Ausnutzung dieser Vollmacht durchgeführten Grundpfandrechtsbestellung nicht entfallen lässt (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.06.2011, 20 W 251/11; Abweichung von OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2023, I-3 Wx 86/23).

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Nachweis der Erbfolge durch ein Europäisches Nachlasszeugnis im Grundbuchverfahren

OLG Bremen, Beschluss vom 18.04.2024, 3 W 10/24

EuErbVO Art. 69, 70
GBO § 35 Abs. 1

LEITSATZ:

Das Europäische Nachlasszeugnis ist auch dann als Nachweis gemäß Art. 69 Abs. 5 EuErbVO geeignet, wenn das Formblatt nicht vollständig ausgefüllt ist, die fehlenden Angaben sich aber aus einer mit dem Formblatt verbundenen Erklärung des ausstellenden Notars ergeben. Auch ein solches Europäisches Nachlasszeugnis erbringt gemäß § 35 Abs. 1 GBO den vollen Nachweis für die darin angegebene Erbfolge.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Beschwerdeführer begehrt seine Eintragung als Eigentümer in das verfahrensgegenständliche Wohnungsgrundbuch.

2 Als Eigentümerin eingetragen ist gegenwärtig Frau X, geb. am (...)1948, die am (...)2021 in M verstorbene Mutter des Beschwerdeführers. Die eingetragene Eigentümerin war deutsche Staatsbürgerin und hatte im Zeitpunkt ihres Todes ihren gewöhnlichen Aufenthalt in M/Spainien.

3 Unter dem 26.10.2021 eröffnete das AG Bremen (Nachlassgericht) ein gemeinsames Testament der Verstorbenen vom (...)1992 (...). Dabei handelte es sich um ein gemeinsames Testament mit ihrem – vorverstorbenen – Ehemann. Nach der Eröffnung versandte das AG Bremen (Nachlassgericht) den Vorgang – mangels letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Bremen – an die spanische Botschaft in Berlin. In der Grundbuchakte befinden sich vom Grundbuchamt gesiegelte und beglaubigte Abschriften der mit dem Eröffnungsprotokoll verbundenen letztwilligen Verfügung vom (...)2021 (...) und vom (...)2022 (...).

4 In der Vorbemerkung zu diesem Testament heißt es:

„Wir haben jeder am 01.12.1975 – (...) des Notars (...) in M/Spainien – ein notarielles Testament errichtet, worin unsere jeweilige Erbfolge bezüglich des in Spanien belegenen Vermögens geregelt wird. Hierbei soll es verbleiben, d. h. die Gültigkeit und Wirksamkeit der vorgenannten spanischen Testamente soll durch diese Urkunde in keiner Weise berührt werden.“

§ 3 lautet:

„Ich, die Erschienene zu 2 (Anm.: die Mutter des Beschwerdeführers) setze meinen Ehemann, den Erschienenen zu 1 zu meinem alleinigen und ausschließlichen Vollerben ein.

Für den Fall seines Todes oder unseres gleichzeitigen Versterbens soll unser gemeinsamer Sohn (...) (Anm.: Beschwerdeführer) alleiniger Schlusserbe sein.“

5 Unter dem 06.05.2022 forderte das AG Bremen (Grundbuchamt) den Beschwerdeführer auf, die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen und die dazu erforderlichen Unterlagen zu beschaffen.

6 Das sodann vom Beschwerdeführer unter dem 08.03.2023 vorgelegte Europäische Nachlasszeugnis (...) erkannte das Grundbuchamt nicht an, weil darin das in Deutschland bekannte Testament vom (...).1992 nicht erwähnt war (sondern nur das in Spanien errichtete Testament vom [...].1975).

7 Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 08.12.2023 (3 W 19/23) darauf hingewiesen, dass die Eröffnung des Testaments aus dem Jahre 1992 durch das – für die Eröffnung – zuständige Nachlassgericht erfolgt war, sodass das Grundbuchamt zu prüfen hatte, ob die Erbfolge durch dieses Testament zusammen mit dem Europäischen Nachlasszeugnis als nachgewiesen erachtet werden könne.

8 Nach erneuter Prüfung hat das Grundbuchamt unter dem 07.02.2024 die mit der Beschwerde angegriffene Zwischenverfügung erlassen und dem Beschwerdeführer aufgegeben, innerhalb von sechs Monaten ein neues Europäisches Nachlasszeugnis oder einen gegenständlich beschränkten Erbschein beizubringen.

9 Zur Begründung hat es ausgeführt, die Eintragung könne nicht auf das eröffnete Testament vom (...).1992 gestützt werden, weil dieses nicht vom zuständigen Nachlassgericht übersandt worden sei (gemeint ist: vom für den letzten Aufenthalt der Erblasserin zuständigen Nachlassgericht).

10 Das vorgelegte Europäische Nachlasszeugnis wiederum könne nicht als Erbenachweis herangezogen werden, weil weder erkennbar sei, wer es erstellt habe, noch wann es erstellt worden sei. Gerade (auch) Letzteres sei aber von entscheidender Bedeutung, weil das Europäische Nachlasszeugnis nur eine Wirksamkeit von sechs Monaten habe gemäß Art. 70 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (im Folgenden: EuErbVO).

11 Schließlich sei in dem vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnis das in Bremen eröffnete Testament vom (...).1992 nicht erwähnt, sodass es inhaltlich falsch sei. Das Grundbuchamt sei „bösgläubig“, weil dort dieses Testament vorliege. Deshalb sei auch der restliche Inhalt des vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnisses für das Grundbuchamt „nicht aussagekräftig“.

12 Die gemäß § 71 GBO statthafte Beschwerde ist zulässig und auch begründet.

13 Zu Unrecht verlangt das Grundbuchamt ein neues Europäisches Nachlasszeugnis bzw. einen gegenständlich beschränkten Erbschein des Nachlassgerichts Bremen.

14 Einen Erbschein des Nachlassgerichts Bremen könnte der Beschwerdeführer ohnehin nicht erhalten, weil dieses Gericht unter Berücksichtigung der EuErbVO nicht für die Erteilung eines Erbscheins zuständig ist (vgl. EuGH, Urteil vom 21.06.2018, C-20/17 (Oberle), NJW 2018, 2309).

15 Nach Ansicht des Senats ist auch ein neues Europäisches Nachlasszeugnis nicht erforderlich, vielmehr hat das Grundbuchamt das vorliegende Europäische Nachlasszeugnis vom 28.10.2022 zu berücksichtigen (1.) und kann damit auch die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach der Grundstückseigentümerin feststellen (2.):

16 1.) Das vorliegende Europäische Nachlasszeugnis ist wirksam. Es ist daher auch vom Grundbuchamt zu berücksichtigen.

17 Zuständig für die Erteilung derartiger Zeugnisse sind in Spanien auch die Notare (vgl. <https://e-justice.europa.eu/380/DE/succession?SPAIN&member=1>). Das vorliegende Dokument ist als beglaubigte Abschrift bezeichnet, vom Notar unterzeichnet und mit einer Apostille versehen.

18 Allerdings hat der ausstellende Notar das Europäische Nachlasszeugnis nicht durchgehend in dem vorgesehenen Formular ausgefüllt. Einige Angaben, so etwa die Aktennummer, der Name des Notars, das Ausstellungsdatum und die Gültigkeit der beglaubigten Ablichtungen sind nicht im Formular, sondern in einer mit diesem in der Abschrift festverbundenen Erklärung des spanischen Notars enthalten, die in einer deutschen Übersetzung (übersetzt durch eine allgemein ermächtigte Übersetzerin) vorliegt.

19 Allerdings gilt hinsichtlich des Europäischen Nachlasszeugnisses eine Verwendungspflicht hinsichtlich des in Anhang 5 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014 vorgesehenen Formblatts V (EuGH, Urteil vom 09.03.2023, C-354/2, m. w. N.). Diese Pflicht dient dem Ziel der Vereinheitlichung der Abläufe in den Mitgliedsstaaten, insbesondere soll einerseits der Wille, ein derartiges Europäisches Nachlasszeugnis gemäß Art. 62 ff. EuErbVO ausstellen zu wollen, deutlich zum Ausdruck kommen, andererseits soll in allen Mitgliedsstaaten der Inhalt des Zeugnisses unschwer erkennbar sein.

20 Der ausstellende Notar hat hier das Formular V verwendet und sowohl dadurch als auch durch die Bezeichnung der Niederschrift deutlich gemacht, dass ein Europäisches Nachlasszeugnis erstellt werden soll.

21 Der Senat lässt es dahingestellt, ob grundsätzlich ein solches Zeugnis keine Wirkung entfalten kann, wenn nicht alle erforderlichen Angaben in dem Formblatt enthalten sind. Jedenfalls in einem Einzelfall wie dem hier zu entscheiden, in dem die fehlenden Angaben unschwer einer verbundenen Erklärung des Notars entnommen werden können, widerspricht es nach Ansicht des Senats dem Ziel der EuErbVO, das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu erleichtern und die zügige, unkomplizierte und effiziente Abwicklung von Erbsachen mit grenzüberschrei-

tendem Bezug zu ermöglichen (siehe Erwägungsgründe Nr. 7 und Nr. 67), auf der vollständigen Ausfüllung des Formulars zu bestehen.

22 Die oben erwähnten und vom Grundbuchamt vermissten Angaben sind aus der notariell beglaubigten Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses erkennbar. So ist etwa die Gültigkeit der beglaubigten Ablichtungen danach auf sechs Monate, d. h. bis zum 27.03.2023, begrenzt. Für die Verwendung kommt es entscheidend darauf an, dass das Zeugnis im Zeitpunkt seiner erstmaligen Vorlage in dem Verfahren gültig war (EuGH, Urteil vom 01.07.2021, C-301/20, Rdnr. 37). Die beglaubigte Abschrift des Zeugnisses ist hier erstmals am 10.03.2023 zum Verfahren eingegangen und damit noch innerhalb der angegebenen Gültigkeitsfrist.

23 2.) Mit dem Europäischen Nachlasszeugnis wird auch die Rechtsnachfolge des Beschwerdeführers in die rechtliche Position der Erblasserin gemäß Art. 69 Abs. 5 EuErbVO nachgewiesen. Grundsätzlich muss nach dieser Vorschrift das Europäische Nachlasszeugnis im Rahmen der Beweis- und Vermutungswirkung gemäß Art. 69 Abs. 2 EuErbVO für Zwecke einer Registereintragung von Nachlassvermögen in allen Mitgliedstaaten als Nachweis akzeptiert werden (vgl. BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Stand: 01.12.2023, Art. 69 Rdnr. 57). Auf eine „Bösgläubigkeit“ des Grundbuchamts kommt es schon deshalb nicht an, weil Art. 69 Abs. 3 und 4 EuErbVO nicht auf registerführende Stellen anzuwenden ist.

24 Allerdings gilt die Wirkung des Art. 69 Abs. 5 EuErbVO gemäß dessen Wortlaut nicht für die nationalen Regelungen zur Eintragung von Vermögensgegenständen in ein Register, d. h. hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen, dem Eintragungsverfahren und der Eintragungswirkung im Übrigen. Insoweit gilt hier § 35 GBO. Nach dieser Regelung erbringen Erbschein und Europäisches Nachlasszeugnis im Grundbuchverfahren die volle Beweiskraft für das Bestehen des Erbrechts in dem bezeugten Umfang (OLG München, Beschluss vom 21.12.2015, 34 Wx 245/15, juris Rdnr. 22ff.). Auch danach erbringt das Europäische Nachlasszeugnis vom 28.10.2022 hier den vollen Nachweis für die Erbenstellung des Beschwerdeführers.

25 Das Grundbuchamt braucht im Übrigen auch nicht aufgrund des – von dort eigentlich gar nicht als eröffnet anerkannten – Testaments vom (...).1992 Zweifel am Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses zu haben, weil darin letztlich die gleiche Erbfolge bestimmt ist. Der Beschwerdeführer soll danach Erbe seiner nach dem Vater verstorbenen Mutter, d. h. der Grundstückseigentümerin, werden.

(...)

11. Sittenwidrigkeit eines notariellen Testaments zugunsten der Berufsbetreuerin

OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2024, 6 W 175/23

BGB § 138 Abs. 1, § 2229 Abs. 4, § 2231 Nr. 1

LEITSATZ:

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung (Urteil vom 07.01.2021, 6 U 22/20) fest, dass ein (notarielles) Testament sittenwidrig sein kann, wenn eine Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einem von ihr herangezogenen Notar in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen (hier: 92-jährige, kranke Erblasserin, nach dem unmittelbar vor Einrichtung der Betreuung eingetretenen Tod ihrer Tochter ohne Angehörige, testiert vor einem von der Betreuerin beauftragten Notar zwei Wochen nach Einrichtung der Betreuung zugunsten der Betreuerin).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die am (...) 1930 geborene Erblasserin, deren Ehemann 2004 verstorben war, lebte mit ihrer einzigen Tochter zusammen. Weitere nähere Angehörige hatte die Erblasserin nicht. Die Tochter, geschieden und kinderlos, verstarb nach längerer Krankheit am 24.09.2022 im Alter von 71 Jahren im Klinikum N in H.

2 Die Erblasserin befand sich vom 02.09. bis 03.10.2022 im Klinikum N, und zwar in den letzten Tagen vor dem Tod der Tochter mit dieser in einem Krankenzimmer. Zwei Tage nach dem Tod der Tochter, die sich um die Angelegenheiten der Erblasserin gekümmert hatte, wurde für die Erblasserin auf Anregung des Krankenhauses N eine Betreuung eingerichtet und die der Erblasserin bis dahin unbekannte Beteiligte zu 1, die nach eigenen Angaben seit 09.12.2022 ihren jetzigen Namen trägt, zur Betreuerin der Erblasserin bestellt (...). Bei ihrer Anhörung durch die Betreuungsrichterin am 23.09.2022 hatte die Erblasserin, dort als „sehr verzweifelt“ beschrieben, angegeben, sie beabsichtige, ein Testament zugunsten der Kirche zu machen (...). Vom 03. bis zum 18.10.2022 befand sich die Erblasserin im DRK-Krankenhaus C in H; dort war sie mit Notarztbegleitung eingeliefert worden (...). Nur kurz war sie zwischen den beiden Krankenhausaufenthalten in einer Pflegeeinrichtung untergebracht.

3 Die Beteiligte zu 1 beauftragte den Notar P mit der Erstellung eines notariellen Testaments der Erblasserin. Zu diesem Zweck begab sich der Notar am 11.10.2022 ins Krankenhaus und beurkundete ein Testament, das dem Senat im Original vorliegt (...). In diesem setzte die Erblasserin die Beteiligte zu 1 zu ihrer „alleinigen und uneingeschränkten Erbin meines gesamten Nachlasses ein. Hintergrund der Erbeinsetzung ist die Dankbarkeit über die Pflege, welche die Erbin mir seit ihrer Bestellung als Betreuerin zukommen lässt.“ Der Ev.-luth. N. Kirchengemeinde in H wandte sie einen Betrag von 10.000 € als Vermächtnis zu. Den Reinwert ihres Vermögens gab die Erblasserin mit ca. 350.000 € an.

4 Nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus am 18.10.2022 nahm die Beteiligte zu 1 die Erblasserin bei sich zu Hause auf. Mit notarieller Urkunde des Notars P vom 20.10.2022 beantragte die Beteiligte zu 1 in ihrer Eigenschaft als Betreuerin der Erblasserin einen Erbschein, wonach die Tochter der Erblasserin von dieser allein beerbt worden sei; der Erbschein wurde mit Datum vom 07.12.2022 antragsgemäß erteilt (...), wo sich [...] auch der Hinweis findet, dass die Beteiligte zu 1 den Tod der Erblasserin dem Nachlassgericht nicht angezeigt habe). Die Erblasserin starb am 22.10.2022 im Haus der Beteiligten zu 1.

5 Unter Verweis darauf, dass die Erblasserin im Betreuungsverfahren geäußert habe, sie beabsichtige, ein Testament zugunsten der Kirche zu machen, sowie darauf, dass die Errichtung des Testaments sehr früh nach Beginn der Betreuung und der Kontaktaufnahme der Betreuerin, der Beteiligten zu 1, zur Erblasserin erfolgt sei, sodass das notarielle Testament sittenwidrig sein könne, ordnete das AG mit Beschluss vom 03.02.2023 Nachlasspflegschaft an und bestellte den Beteiligten zu 2, Rechtsanwalt, zum Nachlasspfleger mit den Aufgabenkreisen Sicherung sowie Verwaltung des Nachlasses. Mit Beschluss vom 20.07.2023 erweiterte das AG den Wirkungskreis auf die Erbenermittlung. Beschwerde wurde dagegen nicht eingelegt.

6 Den notariellen Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 vom 31.08.2023 hat das AG mit Beschluss vom 10.10.2023 zurückgewiesen. Das notarielle Testament sei sittenwidrig, was näher ausgeführt wird.

7 Gegen den Beschluss hat die Beteiligte zu 1 unter dem 02.11.2023 Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 30.11.2023 begründet.

8 Die Beschwerde ist unbegründet.

9 1. Der Senat folgt nicht der Auffassung der Beschwerde, dass es keine Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin gebe.

10 Nach § 2229 Abs. 4 BGB „kann ein Testament nicht errichten“, „wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“.

11 a) Konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin am 11.10.2022 ergeben sich aus verschiedenen Arztberichten. So findet sich im Arztbrief des C-Hauses vom 14.10.2022 (drei Tage nach Beurkundung des Testaments) der Hinweis auf den Verdacht einer senilen Depression, weswegen eine antidepressive Therapie mit Mirtazapin eingeleitet worden sei. In seiner ärztlichen Bescheinigung vom 14.09.2023 hat Dr. P, nach eigenen Angaben seit April 2015 betreuender Hausarzt der Erblasserin, sich zur Testierfähigkeit wie folgt geäußert:

„Sollte das Testament im Oktober unterzeichnet worden sein, so kann man nach meiner Einschätzung schon Zweifel an der Testierfähigkeit haben, alleine aufgrund des schlechten Allgemeinzustandes mit Todes-

wunsch (stand im Entlassungsbrief der Klinik) und unter der bestehenden Medikation.“

12 b) Einer Entscheidung über die Testierfähigkeit der Erblasserin bedarf es allerdings nicht. Entgegen der Auffassung der Beschwerde kommt es für die im Anschluss zu erörternde Frage der Sittenwidrigkeit auch nicht auf eine fortbestehende Testierfähigkeit der Erblasserin an. Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 07.01.2021 (6 U 22/20) vor Erörterung und Bejahung der Sittenwidrigkeit auch die Testierunfähigkeit des Erblassers bejaht. Allerdings hat er dabei in keiner Weise einen Zusammenhang dergestalt hergestellt, dass die Annahme der Sittenwidrigkeit die Feststellung der Testierunfähigkeit voraussetzt.

13 2. Das notarielle Testament der Erblasserin vom 11.10.2022 ist unter Würdigung aller konkreten Umstände des Falls sittenwidrig, § 138 BGB, und damit nichtig, sodass die Beteiligte zu 1 daraus nichts für sich herleiten und insbesondere keinen Erbschein ausgestellt erhalten kann.

14 a) In seinem – rechtskräftigen – Urteil vom 07.01.2021 in 6 U 22/20 hat der Senat die Auffassung vertreten, dass ungeachtet der nach wie vor fehlenden Wertung des Gesetzgebers, dass Zuwendungen des Betreuten an den Betreuer als sittenwidrig anzusehen sind, ein notarielles Testament zugunsten einer Berufsbetreuerin sittenwidrig sein kann, wenn eine Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einer von ihr herangezogenen Notarin in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen. Daran hält der Senat fest.

15 aa) *Reichenberg* erkennt in seiner Anmerkung (NJW 2021, 1686), von der Fragwürdigkeit der Bedeutung seines „Rechtsgefühls“ ganz abgesehen, dass der von ihm gewählte Obersatz, die Verfügung des Erblassers selbst müsse sittenwidrig sein, zu kurz greift. Es geht auch nicht um die Frage, ob es eine allgemeine Wertung gibt, wonach die Erbinsetzung eines Berufsbetreuers (objektiv) sittenwidrig ist. Es geht darum, ob im konkret zu betrachtenden Fall Sittenwidrigkeit aufgrund der Gesamtumstände angenommen werden muss.

16 Anerkanntermaßen kann sich Sittenwidrigkeit aus einer Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts ergeben, in die Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts einzubeziehen sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 19.12.1989, IVb ZR 91/88, juris), womit einem Abstellen allein auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts eine Absage erteilt ist. Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit auch die Umstände, die zur Vornahme des Rechtsgeschäfts geführt haben, wohingegen das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit und eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich sind (vgl. nur BGH, Urteil vom 07.01.1999, IX ZR 199/91, juris).

17 Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich auch aus den Umständen ergeben, in welche das Rechtsgeschäft eingebettet ist. „So können Rechtsgeschäfte mit dem gleichen unmittelbaren Inhalt je nach den Umständen sittenwidrig oder gültig sein“ (*Flume*, Allgemeiner Teil des

Bürgerlichen Rechts, II. Band, 4. Aufl. 1992, § 18 2. c), S. 372). Wird die Möglichkeit einer solchen Umstandssittenwidrigkeit anerkannt (so auch *Leipold*, ZEV 2021, 485), ist der oben genannte Obersatz, die Verfügung des Erblassers selbst müsse sittenwidrig sein, unrichtig.

18 Die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit eines Testaments im Sinne einer Umstandssittenwidrigkeit findet sich bereits in der Entscheidung des BayObLG vom 18.12.1997 in 1 Z BR 73/97. Dort allerdings bedurfte die Frage, „unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, wenn der Betreuer seine Stellung dazu missbraucht hat, die Entscheidungsfreiheit des Betreuten in rechtlich anstößiger Weise zu beeinträchtigen“, keiner Entscheidung.

19 Und in der vom Senat bereits in seinem Urteil vom 07.01.2021 zitierten BGH-Entscheidung vom 04.07.1990 in IV ZR 121/89 heißt es:

„Auch unentgeltliche Geschäfte der hier vorliegenden Art können im Einzelfall durchaus sittenwidrig und gemäß § 138 Abs. 1 BGB ohne rechtliche Wirkung sein. Maßgebend für ein derartiges Unwerturteil sind hier allerdings weniger der objektive Inhalt der Geschäfte als solcher oder die Motive und die damit verfolgten Zwecke der Erblasserin als vielmehr die Motive des Beklagten, die von ihm verfolgten Zwecke und die Art und Weise seines Vorgehens. Wie das Berufungsgericht im Ansatz erkannt hat (...), kann es sich um einen Fall handeln, in dem aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen werden (...). Hier kann es darauf ankommen, ob die Erblasserin sich etwa den Wünschen des Beklagten nach vermögenswerten Zuwendungen nach ihrer Persönlichkeitsstruktur (ihrem Zustand) seinerzeit nicht (oder kaum) hätte entziehen können, ob der Beklagte dies gewusst (oder sich einer derartigen Erkenntnis leichtfertig verschlossen) hat und ob er eine etwa fehlende (oder geschwächte) Widerstandskraft (gesteigerte Beeinflussbarkeit) der Erblasserin eigensüchtig ausgenutzt (oder es sogar darauf angelegt) hat.“

20 bb) Auch die Kritik von *Litzenburger* (FD-ErbR 2021, 437206) an der Senatsentscheidung überzeugt nicht. Es gibt keinen überzeugenden Grund, die Umstandssittenwidrigkeit überhaupt zu leugnen oder auf mehrseitige Rechtsgeschäfte zu beschränken (auch *Flume*, a. a. O., nimmt eine solche Beschränkung nicht vor, siehe außerdem *Leipold*, ZEV 2021, 485, 486). Dann könnte ein Erbvertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, ein Testament aber nicht, was nicht einleuchtet.

21 Die Möglichkeit der Anfechtung gemäß § 2078 BGB schließt die Annahme der Sittenwidrigkeit nicht notwendigerweise aus; jedenfalls kann der Vorrang nur so weit gehen, wie der Anwendungsbereich von § 2078 BGB reicht. Die Vorschrift schützt aber nicht vor der Entstehung psychischer Zwangslagen (siehe auch BVerfG, Beschluss vom 03.07.1998, 1 BvR 434/98, juris).

22 cc) Mit dem Hinweis der Beschwerde darauf, dass die Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden könne (so auch

Centner, ZEV 2021, 392, unter Verweis auf BGH, IV ZR 231/92, wo sich diese Begrifflichkeit allerdings nicht findet), ist für die praktische Rechtsanwendung wenig geholfen. In BGH, IV ZR 231/92, ging es um die Frage der Sittenwidrigkeit von Behindertentestamenten. Um Fälle, in denen die Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung aufgrund einer (angeblich) verwerflichen Gesinnung des Testierenden selbst, wie etwa auch in der (früheren) Fallgruppe der sog. „Geliebtentestamente“ (vgl. nur BGHZ 53, 369), in Rede steht, geht es vorliegend aber nicht.

23 dd) Soweit die Beschwerde die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 19.07.2023 (15 Wx 988/23) in Bezug nimmt, überzeugt dies nicht. Die Kritik an der Senatsentscheidung vom 07.01.2021 beschränkt sich dort im Wesentlichen auf die Feststellung, dass die Entscheidung „in der Kommentierung und Literatur mit nachvollziehbarer Begründung auf Ablehnung gestoßen“ sei. Der Senat beschränkt sich daher auf den Verweis auf die kritische Anmerkung von *Leipold* (ZEV 2023, 823 f.).

24 ee) Auch der wiederholt erfolgte Hinweis auf den Schutz der Testierfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG, überzeugt nicht.

25 Die Testierfreiheit schützt das Recht des Erblassers, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln (BVerfG, Beschluss vom 22.03.2004, 1 BvR 2248/01, juris). Von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt werden nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen (BVerfG, Beschluss vom 19.01.1999, 1 BvR 2161/94, juris). Dabei können auch Testierverbote Ausdruck der Testierfreiheit sein (BVerfG, Beschluss vom 03.07.1998, 1 BvR 434/98 zu § 14 HeimG: „Die [verfassungsgemäße] Vorschrift soll alte Menschen davor bewahren, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird.“).

26 Die Testierfreiheit des Erblassers wird nicht durch eine formale Betrachtungsweise geschützt, die letztlich nur darauf hinausläuft, auf die nicht widerlegte Testierfähigkeit abzustellen und Umstände außerhalb der Urkunde auszublenden, obwohl sie Einfluss auf das Zustandekommen bzw. den Inhalt der Urkunde genommen haben. Mit einer rein formalen Argumentation wird die Testierfreiheit in Fällen wie dem vorliegenden in ihr Gegenteil verkehrt. Geschützt werden muss die „faktische Testierfreiheit“ (BVerfG, Beschluss vom 03.07.1998, 1 BvR 434/98, juris).

27 Formalismus verbietet sich anerkanntermaßen im Hinblick darauf, dass sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes eine objektive Wertordnung verkörpert, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der vor allem auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zukommt; indem solche Generalklauseln wie



§ 138 BGB ganz allgemein etwa auf die guten Sitten verweisen, verlangen sie von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden (st. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 ff.: „Lüth“). Bedeutung entfaltet diese Rechtsprechung etwa bei der Inhaltskontrolle von Bürgschaften naher, aber einkommens- und vermögensloser Angehöriger (BVerfGE 89, 215 ff.); das BVerfG sah in der bewusst unterlassenen Inhaltskontrolle durch den BGH eine Verkenntung der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie. Diese Grundsätze finden Anwendung auch im Erbrecht (Beschluss vom 22.03.2004, 1 BvR 2248/01, juris: „Hohenzollern“: die „Ebenbürtigkeitsklausel“ darf keinen unzumutbaren Druck bei Eingehung einer Ehe erzeugen). Dabei gibt es keinen Grund, die Rechtsprechung zur objektiven Wertordnung der Grundrechte auf Verträge zu begrenzen (Beschluss vom 14.02.1973, 1 BvR 112/65, juris: „Soraya“). Ein Verzicht auf die Kontrolle von Inhalt und Abschlussbedingungen von Rechtsgeschäften kann damit nie allein mit dem formalen Verweis auf Grundrechtsbestimmungen begründet werden.

28 ff) Bestätigt sieht sich der Senat (mit *Leipold*, ZEV 2023, 824) durch ein neueres Urteil des BGH vom 15.11.2022 (X ZR 40/20). Dort heißt es für einen Schenkungsvertrag, dass sich die Sittenwidrigkeit eines unentgeltlichen Geschäfts gemäß § 138 Abs. 1 BGB nicht nur aus Motiven des Zuwendenden, sondern auch und sogar in erster Linie aus den Motiven des Zuwendungsempfängers ergeben könne. So könne es sich um einen Fall handeln, indem aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen würden. Hierfür könne von Bedeutung sein, ob der Schenker sich den Wünschen des Beschenkten aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur nicht oder kaum hätte entziehen können, ob der Beschenkte dies gewusst oder sich einer derartigen Erkenntnis leichtfertig verschlossen habe und ob er die fehlende oder geschwächte Widerstandskraft des Schenkers eigensüchtig ausgenutzt oder es sogar darauf angelegt habe. In diesem Zusammenhang könnten die in § 138 Abs. 2 BGB besonders hervorgehobenen Gesichtspunkte insbesondere im Hinblick auf das Verhalten des Zuwendungsempfängers auch im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB von Bedeutung sein. Es handele sich um einen Nichtigkeitsgrund, der ggf. auch die (bloße) Anfechtbarkeit nach § 123 Abs. 1 BGB überlagere, weil nicht die Drohung mit einem künftigen Übel, sondern die Ausnutzung der vorhandenen Zwangslage im Vordergrund stehe oder hinzutrete.

29 Diese Überlegungen lassen sich ohne Weiteres auch auf die Beurteilung von Zuwendungen durch letztwillige Verfügung übertragen, zu denen der Anstoß vom Zuwendungsempfänger (also dem Berufsbetreuer) unter Ausnutzung der Situation des Erblassers ausging (so auch *Leipold*, ZEV 2023, 824).

30 b) Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen ist für vorliegenden Sachverhalt in Anknüpfung an das Senatsurteil vom 07.01.2021 von einer Sittenwidrigkeit des notariellen Testaments vom 11.10.2022 auszugehen.

31 Die Erblasserin war bei Beurkundung des notariellen Testaments 92 Jahre alt. Angehörige hatte sie, nachdem ihre

Tochter als ihre einzige Angehörige wenige Wochen zuvor verstorben war, nicht mehr. Sie hatte schon vor dem Tod ihrer Tochter „keinen Lebenswillen mehr“ (...). Die Tochter war es gewesen, „die sich um die finanziellen Belange einschließlich der Verwaltung von Eigentum kümmerte“ (...). Die Erblasserin hielt sich seit mehreren Wochen in verschiedenen Krankenhäusern auf. Ihr Gesundheitszustand war schlecht. Im Arztbrief des Klinikums N. vom 30.09.2022 (...) ist neben Herzinsuffizienz von Aorteninsuffizienz und Hypertonie sowie Vorhofflimmern die Rede, außerdem von einer chronisch depressiven Erkrankung und einer derzeit schweren Episode in Kombination mit Trauerreaktion. „Zur bereits bestehenden schweren depressiven Episode kam somit eine Trauerreaktion der Patientin hinzu“ (...). Im Arztbrief des C-hauses vom 14.10.2022 (...) heißt es unter Vor-diagnosen u. a.: „Herzinsuffizienz mit schwer eingeschränkter Pumpfunktion, paroxysmales Vorhofflimmern, schwere depressive Episode nach Verlust der Tochter“. Es könne bereits vorher eine senile Depression bestanden haben. Eine Medikation mit Mirtazapin, einem Antidepressivum, sei indiziert. In Anwesenheit der Berufsbetreuerin sei mit der Patientin eine Therapielimitierung besprochen worden. „Hinweise auf schwere depressive Symptome“ wurden vom Krankenhaus N bereits bei einem psychologischen Gespräch am 15.09.2022 gefunden (...). In der „ärztlichen Bescheinigung“ des behandelnden Hausarztes Dr. P vom 14.09.2023 (...) heißt es unter anderem, er habe die Erblasserin seit April 2015, vorwiegend per Hausbesuch, betreut. „Sie war über die Jahre hin weltfremd geworden, konnte schlecht hören und lebte mit ihrer psychisch kranken und körperlich immer mehr verfallenden Tochter in einer Wohnung.“

32 Von Bedeutung für die Annahme der Sittenwidrigkeit ist für den Senat weiter, dass die Beauftragung des Notars P nicht durch die Erblasserin erfolgte, obwohl diese unter Zugrundelegung des gesamten Akteninhalts dazu ohne Weiteres in der Lage gewesen wäre, sondern durch die Beteiligte zu 1. Nach Angaben des beurkundenden Notars in seiner Stellungnahme vom 09.02.2023 gegenüber dem Nachlassgericht (...) hatte sie ihn nicht nur kontaktiert, ihm Unterlagen zur Verfügung gestellt und ihm das Anliegen geschildert, sondern auch bereits den Wunsch der Erblasserin mitgeteilt, dass sie, die Beteiligte zu 1, als Erbin eingesetzt werden solle. Bestätigt hat der Notar dies in seiner weiteren Stellungnahme vom 12.04.2023 (...), wo es heißt, die Beteiligte zu 1 „hat gewusst, dass sie als Erbin eingesetzt werden soll, dies hat sie mir schon bei der Terminvereinbarung für die Vorbesprechung telefonisch berichtet“. Weiter heißt es in den Stellungnahmen des Notars, dass sie „flankierend dabei“ gewesen sei, ihn im Krankenhaus angemeldet und zum Krankenzimmer gebracht habe. Sie habe ihn bei der Vorbesprechung kurz bei der Erblasserin als Notar vorgestellt, dann aber das Zimmer verlassen. Weiter heißt es in der Stellungnahme vom 12.04.2023, die Beteiligte zu 1 habe eine Bankvollmacht gehabt (...). Folglich kannte die Beteiligte zu 1 auch die finanziellen Verhältnisse der nicht unvermögenden Erblasserin.

33 Zwar heißt es am Schluss der Stellungnahme des Notars, er habe „keinen Anhaltspunkt für eine Sittenwidrigkeit gefunden“, er macht dabei aber nicht deutlich, was er in

diesem Zusammenhang konkret geprüft haben will, um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen. Dies ist umso bemerkenswerter, als der Notar selbst davon ausgegangen war, dass es sich um einen „sehr ungewöhnlichen Vorgang“ handelte (...).

34 In Anbetracht der Angaben des Notars kann der Senat der schriftlichen Erklärung der Beteiligten zu 1 vom 13.02.2023 gegenüber dem Nachlassgericht (...) keinen Glauben schenken, wonach ihr „definitiv nicht bewusst“ gewesen sei, dass die Erblasserin sie als Alleinerbin eingesetzt habe. Der Senat sieht darin den Versuch, ihren Einfluss auf die Erblasserin zu verschleiern.

35 Die persönliche Aufnahme der Erblasserin bei der Beteiligten zu 1 nach Entlassung aus dem Krankenhaus für die letzten verbleibenden Tage wertet der Senat als ein mindestens unprofessionelles Verhalten der Berufsbetreuerin (was sie möglicherweise gar nicht anders sieht, wenn sie gegenüber dem Nachlassgericht schreibt, „das ging weit über die Tätigkeit der Berufsbetreuung hinaus“, [...]). Ihre Aufgabe bestand nicht darin, sich persönlich wie eine Pflegekraft um die Erblasserin zu kümmern (es war nach ihren eigenen Angaben ohnehin auch ein ambulanter Pflegedienst beauftragt). Sie war, und das musste sie als Berufsbetreuerin auch wissen, „nur“ rechtliche Betreuerin. Des persönlichen Kontakts bedarf es nur, soweit dies für die rechtliche Besorgung der Angelegenheiten des Betreuten erforderlich ist. Dies bestimmt ausdrücklich § 1816 Abs. 1 BGB n. F. Dass die Vorschrift erst ab 01.01.2023 gilt, ist dabei ohne entscheidende Bedeutung, weil mit der Regelung keine wesentliche Veränderung der bisherigen Rechtslage verbunden ist. Mit der Aufnahme bei ihr war es praktisch ausgeschlossen, dass die Erblasserin, etwa ihrem am 23.09.2022 gegenüber der Betreuungsrichterin geäußerten Wunsch entsprechend, anderweit testieren würde.

36 Die Beteiligte zu 1 kann sich auch nicht auf eine mit der Beschwerde behauptete Unerfahrenheit stützen. Sie wurde mit Schreiben der Region Hannover vom 22.09.2022 dem Betreuungsgericht als Betreuerin vorgeschlagen. Dort heißt es auch, sie führe aktuell 13 Betreuungen (...).

37 Hinzu kommt der zeitliche Ablauf. Zwischen der Bestellung der Beteiligten zu 1 als Betreuerin der Erblasserin und der Beurkundung des Testaments beim zweiten Besuch des Notars lagen nur rund zwei Wochen. In dieser Zeit hielt sich die Erblasserin jedenfalls überwiegend im Krankenhaus auf, sodass es besonders unverständlich erscheinen muss, dass es im Testament heißt, die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 erfolge aus Dankbarkeit für die Pflege, welche die Erbin ihr, der Erblasserin, seit ihrer Bestellung als Betreuerin habe zukommen lassen. Der Senat kann auch nicht der Auffassung der Beteiligten zu 1 aus ihrem Schreiben vom 13.02.2023 an das Nachlassgericht folgen, wonach sich zwischen ihr und der Erblasserin „ein sehr inniges und herzliches Verhältnis entwickelt“ habe (...). Darüber geht die Beschwerde sogar noch hinaus, wenn es dort ungeachtet des zeitlichen Ablaufs heißt, es habe sich nach dem Tod der Tochter „so etwas wie ein zweites Mutter-Tochter-Verhältnis entwickelt“. Solche beschönigenden Beschreibungen entbehren aber jeder tatsächlichen Grundlage. Der

Erstkontakt hatte nur zwei Wochen vor der Testamentserrichtung stattgefunden, und zwar in einer für die Erblasserin besonders schwierigen Situation. Sie war nach dem Tod der Tochter vereinsamt, ohne Angehörige, befand sich außerhalb der ihr bekannten und vertrauten Umgebung und war auf die Beteiligte zu 1 angewiesen.

38 Der Nachlasspfleger hat sich in einer Mail vom 08.03.2023 (...) an das Nachlassgericht dahin gehend geäußert, dass er ein längeres Gespräch mit der Beteiligten zu 1 geführt habe, er ihr die Angabe, dass es ihr nicht ums Geld gehe und sie nur den Willen der Erblasserin durchsetzen wolle, „schlicht und ergreifend nicht“ geglaubt habe. Aus der Mail ergibt sich weiter, dass die Beteiligte zu 1 100.000 € (zur Begleichung der Erbschaftsteuer) bereits auf ein separates Konto übertragen habe. Die Rückzahlung habe die Beteiligte zu 1 zugesagt.

39 Die genannten Umstände reichen im Rahmen einer Gesamtwürdigung dem Senat aus, um auch für vorliegenden Sachverhalt zur Annahme der Sittenwidrigkeit und damit der Nichtigkeit des notariellen Testaments zugunsten der Beteiligten zu 1 zu gelangen. Eine noch weitergehende Aufklärung dazu, wie sich die Einwirkung der Beteiligten zu 1 auf die Erblasserin im Einzelnen gestaltete, hält der Senat nicht für erforderlich (selbst im Strafverfahren wäre dies nicht erforderlich, vgl. BGH, Beschluss vom 24.07.2018, 3 StR 132/18, juris Rdnr. 20).

40 Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde nicht zu, weil die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG nicht vorliegen. Die Möglichkeit, dass Testamente sittenwidrig sein können, dürfte außer Frage stehen. Ob dies der Fall ist, ist letztlich eine Frage des konkreten Einzelfalls. Von Entscheidungen anderer Gerichte zu vergleichbaren Sachverhalten weicht der Senat nicht ab.

41 Der bereits erwähnte Beschluss des BayObLG vom 18.12.1997 in 1 Z BR 73/97 hat die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung verneint, allerdings für einen Sachverhalt, der unter anderem dadurch gekennzeichnet war, dass zwischen der Erblasserin und dem Betreuer eine langdauernde Lebensgemeinschaft bestanden hatte und der Betreuer auf den ausdrücklichen Wunsch der Erblasserin zu ihrem Betreuer bestellt worden war, weil er schon bisher ihre Angelegenheiten in vermögensrechtlichen Fragen für sie erledigt hatte und sie ihm vertraute.

42 Vom Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 21.12.2023 (21 W 91/23) liegt dem Senat nur eine Presseerklärung des Gerichts vom 03.01.2024 vor. Danach soll die Erbeinsetzung eines behandelnden Arztes nicht zur Nichtigkeit eines Testaments führen. Der Sachverhalt ist allerdings nicht vergleichbar; die Beziehung zwischen Arzt und Patient unterscheidet sich deutlich von dem Verhältnis zwischen Betreutem und (von dritter Seite ausgesuchtem) Berufsbetreuer. Überdies lässt sich der Presseerklärung nicht entnehmen, dass § 138 BGB überhaupt geprüft wurde.

43 Der Beteiligten zu 1 bleibt unbenommen, Erbenfeststellungsklage zu erheben.

(...)



12. Keine Nichtigkeit eines Testaments zugunsten eines behandelnden Arztes

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.12.2023, 21 W 91/23

BGB § 134

BO § 32

GG § 14

LEITSÄTZE:

1. Ein Verstoß gegen § 32 BO-Ä führt nicht zur Nichtigkeit eines Testaments zugunsten des behandelnden Arztes.
2. Zwar stellen die Regelungen in den §§ 30 ff. der Berufsordnungen der Ärztekammern Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB dar. Ein Verstoß des Arztes führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit einer offenen Testierung eines Dritten, da dies eine unverhältnismäßige Einschränkung einer Testierfreiheit begründen würde.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Erblasserin war verwitwet und kinderlos. Die einzige Schwester der Erblasserin verstarb im November 2016. Bei den Beteiligten zu 1 und 4 handelt es sich um Cousins der Erblasserin, die Beteiligte zu 6 ist die Ehefrau des Beteiligten zu 1. Der Beteiligte zu 2 war seit 1997 der Hausarzt der Erblasserin. Diese hatte dem Beteiligten zu 2 im Jahr 2017 eine Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht erteilt (...). Der Beteiligte zu 3 ist ein Nachbar der Erblasserin, dessen Tochter die Erblasserin pflegerisch unterstützt hatte. Die Beteiligte zu 5 ist eine Freundin der Erblasserin, die sich in den letzten Monaten um die Erblasserin gekümmert hatte.

2 Die Erblasserin hatte verschiedene handschriftliche Testamente errichtet.

3 Ein mit ihrem vorverstorbenen Ehemann errichtetes gemeinschaftliches Testament vom 20.05.2011 enthielt keine Regelungen für den Tod des Längstlebenden (...)

4 Nach dem Tod ihrer noch im Testament vom 08.12.2014 (...) als Erbin vorgesehenen Schwester hatte die Erblasserin mit Testament vom 30.06.2017 u. a. die Beteiligten zu 1, 4 und 6 in Höhe von 20 % und den Beteiligten zu 2 in Höhe von 10 % als Erben berücksichtigt. Wegen der Verfügungen im Einzelnen wird auf das Testament (...) Bezug genommen, welches nur noch in Kopie vorliegt und nicht eröffnet wurde (...).

5 Ein in Kopie vorliegendes Testaments vom 09.09.2018 enthielt Verfügungen zugunsten von fünf Miterben zu jeweils 20 %, darunter die Beteiligten zu 1, 2, 4 und 6 (...). Ein privatschriftliches Testament vom 31.07.2019 wurde am 12.10.2021 aus der amtlichen Verwahrung genommen (...) und liegt noch in Kopie vor (...). Darin waren die Beteiligten zu 1 und 4 als Miterben zu 30 % sowie die Beteiligten zu 2 und 5 als Miterben zu 20 % vorgesehen.

6 In dem den Gegenstand des nunmehrigen Beschwerdeverfahrens bildenden Testament vom 20.09.2021 hatte die

Erblasserin die Beteiligten zu 1 bis 5 jeweils zu Erben in Höhe von 20 % eingesetzt. Auf dem Testament hatte der Beteiligte zu 2 bestätigt, dass die Erblasserin das Testament im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte angefertigt hat (...). Dieses Testament hatte die Erblasserin in amtliche Verwahrung gegeben (...) und es wurde am 04.10.2022 eröffnet (...). Der Beteiligte zu 1 war im Besitz einer weiteren Version des Testaments vom 20.09.2021 ohne den Bestätigungsvermerk und einer Korrektur des Datums, welches in Kopie vorliegt (...).

7 Des Weiteren hatte die Erblasserin am 16.07.2018 dem Beteiligten zu 2 mit der Bezeichnung als Betreuer eine Vollmacht über ihr Barvermögen erteilt und Anordnungen für die Verteilung verbliebenen Geldes nach ihrem Tode getroffen (...), worauf in dem Testament vom 20.09.2021 Bezug genommen wurde.

8 Noch vor dem Tod der Erblasserin hatte der Beteiligte zu 5 in einer seiner Tochter übergebenen Erklärung vom 15.07.2022 ausgeführt, auf ein Erbe nach der Erblasserin zugunsten seiner Tochter zu verzichten (...).

9 Der Beteiligte zu 1 erklärte mit Schreiben vom 13.09.2022 (...) die Anfechtung des Testaments vom 20.09.2021 und beantragte einen Erbschein über 50 %. Hierbei hat er Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin geäußert und die Auffassung vertreten, dass Betreuer kein Erbe antreten dürften. Die Erblasserin sei zunehmend verwirrt gewesen und habe sich bestohlen gefühlt und Angst gehabt, vergiftet zu werden. Zudem würde es zwei Testamente vom 20.09.2021 geben, eines mit den Zusätzen des Arztes und ohne durchgestrichenem Tag und eines ohne Zusätze des Arztes aber mit durchgestrichenem Tag. Des Weiteren läge hinsichtlich der Einsetzung des Beteiligten zu 2 ein Verstoß gegen § 32 der ärztlichen Berufsordnung (BO-Ä) vor.

10 Sodann beantragte der Beteiligte zu 1 mit notarieller Urkunde vom 24.10.2022 (...) die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins auf der Grundlage des Testaments vom 30.06.2017 unter Hinweis auf seine erklärte Anfechtung des Testaments vom 20.09.2021.

11 Die Beteiligten zu 2, 3 und 5 beantragten ihrerseits mit notarieller Urkunde vom 06.11.2022 (...) die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins auf der Grundlage des Testaments vom 20.09.2021. Der Beteiligte zu 2 hat geltend gemacht, der körperliche und geistige Gesundheitszustand der Erblasserin sei bis März 2022 altersentsprechend gewesen und sie habe erst nach einem Krankenhausaufenthalt im April 2022 im A-Krankenhaus abgebaut. Daraufhin sei sie in ein Altenheim zur Kurzzeitpflege gebracht worden. Nach Erholung sei sie ihrem Wunsch entsprechend in die Wohnung zurückgekehrt, wo die Tochter des Beteiligten zu 3 diese unter Einbeziehung eines Pflegedienstes betreut habe. Ende Juli 2022 sei sie im Anschluss an eine Corona-Erkrankung erneut in ein Pflegeheim verbracht worden. Bei dem Termin vor der Rechtspflegerin am 12.10.2021 habe diese nach einem Gespräch keinen Zweifel an der Testierfähigkeit gehabt.

12 Nach wechselseitigen Widersprüchen und einem Hinweis des Nachlassgerichts zu den Erfolgsaussichten der

Erbscheinsanträge mit Verfügung vom 12.12.2022 (...) hat das Nachlassgericht mit dem angefochtenen Beschluss beide Erbscheinsanträge zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das Testament aus dem Jahr 2017 sei durch das Testament aus dem Jahr 2021 wirksam widerrufen worden. Hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit der Erblasserin, die Anlass zu Ermittlungen von Amts wegen geben würden, lägen nicht vor. Das Testament aus dem Jahr 2021 sei allerdings teilweise unwirksam, da die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 gemäß § 32 Berufsordnung der Ärzte i. V. m. §§ 17, 19 Hessisches Heilberufsgesetz gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen würde. Hinsichtlich der Auslegung des § 32 der Berufsordnung der Ärzte seien die zu § 14 HeimG entwickelten Grundsätze anzuwenden. Dem Beteiligten zu 2 sei seine Erbeinsetzung bekannt gewesen. Die Teilunwirksamkeit führe gemäß § 2085 BGB nicht zur Unwirksamkeit des Testaments im Übrigen, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen würden, dass die Erblasserin die übrigen Verfügungen ohne die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 nicht getroffen haben würde. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf den Beschluss vom 24.05.2023 (...) Bezug genommen.

13 Gegen diesen Beschluss, der dem Beteiligten zu 2 am 12.06.2023 zugestellt worden ist (...), hat dieser am 12.07.2023 Beschwerde eingelegt (...). Er macht geltend, es sei schon zweifelhaft, ob der Berufsordnung Gesetzesqualität im Sinne des § 134 BGB zukomme. Keinesfalls habe er jedoch den Eindruck erweckt, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinträchtigt werde. Eine Beeinflussung der Erblasserin sei nicht erfolgt, diese sei von sich aus bei ihm mit dem Testament vorstellig geworden und habe um Bestätigung gebeten. Er sei für die Erblasserin eine wichtige Vertrauensperson und insoweit bereits im Testament aus dem Jahr 2018 bedacht gewesen. Dass durch den Zusatz auf dem Testament im Jahr 2021 die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst werde, sei daher bereits abwegig. Des Weiteren hat er die Betreuungsverfügung vom 28.11.2017 (...) sowie einen – verschlüsselten – Ausdruck der Patientenakte der Erblasserin vorgelegt.

14 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 24.07.2023 nicht abgeholfen, sondern das Verfahren dem OLG zur Entscheidung vorgelegt (...). Zur Begründung hat es ausgeführt, es komme nicht darauf an, ob es tatsächlich zu einer Beeinflussung gekommen sei.

15 Der Beteiligte zu 1 ist der Beschwerde entgegengetreten. Er ist der Auffassung, diese setze sich schon nicht mit der Entscheidung auseinander, welches zur Unzulässigkeit führe. Der Beteiligte zu 2 habe standeswidrig gehandelt.

16 Nach einem Hinweis der Berichterstatterin vom 28.08.2023 zu den Erfolgsaussichten der Beschwerde (...) hat der Beteiligte zu 2 einen unverschlüsselten Ausdruck der Patientenakte für die Jahre 2021 und 2022 vorgelegt.

17 Der Beteiligte zu 1 hat die Vollständigkeit der Patientenakte wegen vorgenommener Filterungen angezweifelt. Zudem wäre der Befund des A-Krankenhauses vom 28.01.2022

nicht vorgelegt worden, aus dem hervorgehe, dass der Erblasserin eine häusliche Versorgung empfohlen worden sei.

18 Wegen des weiteren Vorbringens im Beschwerdeverfahren wird auf die eingereichten Schriftsätze verwiesen.

19 Auf die zulässige Beschwerde war der Beschluss des Nachlassgerichts abzuändern.

20 Die Erbfolge richtet sich nach dem Testament vom 20.09.2021, sodass dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2, 3 und 5 zu entsprechen war.

21 Die gemäß § 58 FamFG statthafte Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist zulässig und insbesondere fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses beim Nachlassgericht eingegangen, § 63 FamFG. Zudem ist der Beteiligte zu 2 als Mit-Antragsteller und Erbprätendent beschwerdebefugt (vgl. Sternal/Jokisch, FamFG, 2023, § 59 Rdnr. 79).

22 2. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

23 a) Das Testament vom 20.09.2021 ist von der Erblasserin wirksam errichtet worden. Es bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments testierunfähig im Sinne des § 2229 BGB gewesen war.

24 Von einer Testierunfähigkeit ist nach § 2229 Abs. 4 BGB auszugehen, wenn der Erblasser wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Da die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, ist ein Erblasser unabhängig vom Alter bis zum Beweis des Gegenteils als testierfähig anzusehen. Daher muss die Testierunfähigkeit zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen (Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 2229 Rdnr. 11).

25 Konkrete Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit begründen zunächst nur die Notwendigkeit von Ermittlungen von Amts wegen und ggf. zur Einholung eines Sachverständigengutachtens, soweit hinreichend belastbare medizinische Erkenntnisse vorliegen (Grüneberg/Weidlich, § 2229 Rdnr. 12). Für die Feststellung der Testierunfähigkeit ist auch nicht allein die Diagnose einer krankhaften Störung ausreichend, sondern es ist darüber hinausgehend erforderlich, dass aufgrund der krankhaften Störung eine Einsichtsfähigkeit nicht mehr gegeben ist. Insbesondere begründet die Diagnose einer Demenz als solcher keinen Beweis für eine Testierunfähigkeit. Regelmäßig kommt auch bei einer gesicherten Diagnose einer Demenz die Annahme einer Testierunfähigkeit erst in Betracht, wenn der Erblasser konkrete Verhaltensauffälligkeiten aufweist, die den sicheren Schluss auf eine mangelnde Einsichtsfähigkeit zulassen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.01.2018, 20 W 4/16, juris Rdnr. 42; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.04.2014, 3 Wx 115/12, juris Rdnr. 9). Zwar kann aus dokumentierten Befunden und Verhaltensbeobachtungen vor und nach der Testamentserrichtung das Vorliegen einer Testierunfähigkeit bei Demenzerkrankungen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung abgeleitet werden. Erforderlich hierfür ist jedoch, dass



mindestens für einen Zeitpunkt vor und mindestens einen Zeitpunkt nach der fraglichen Testamenterrichtung krankheitswertige Zustände belegt sein müssen, bei denen die Voraussetzungen für eine freie Willensbildung nicht mehr gegeben waren (OLG Hamburg, Beschluss vom 20.02.2018, 20 W 63/17, juris Rdnr. 38; *Cording*, ZEV 2010, 115, 120).

26 Gemessen an diesen Grundsätzen bestehen vorliegend schon keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung im September 2021 unter einer die Einsichtsfähigkeit beeinträchtigenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB gelitten hatte. Eine entsprechende Diagnose, etwa einer dementiellen Entwicklung, ist nicht dokumentiert. Die Erblasserin wird in den vorgelegten ärztlichen Befundberichten jeweils als „orientiert“ beschrieben. Die zeitlich nach der Testamenterrichtung liegenden Befunde des A-Krankenhauses vom 23.03.2022 sowie vom 11.04.2022 bieten keine konkreten Anhaltspunkte für eine etwaige Veränderung der kognitiven Fähigkeiten der Erblasserin. Vielmehr wird in beiden Befunden ein Gespräch mit der Erblasserin betreffend die häusliche Pflegesituation dargestellt, ohne dass in diesem Zusammenhang Zweifel an dem Erfassen der Situation angeführt worden wären. Der Befund des Klinikums Stadt 1 vom 01.06.2022 beschreibt die Erblasserin weiterhin als „orientierte Patientin“. Der von dem Beteiligten zu 1 vorgelegte Befund des A-Krankenhauses vom 28.01.2022 enthält ebenfalls die Angabe „orientiert“. Der Umstand, dass der schwer herzkranken Erblasserin eine häusliche Pflege empfohlen wurde, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und bietet keinen Anlass für Zweifel an den geistigen Fähigkeiten der Erblasserin. Aus der Patientenakte der Erblasserin für die Jahre 2021 und 2022 lassen sich keine Anhaltspunkte für neurologische Defizite oder in diesem Zusammenhang veranlasste Untersuchungen entnehmen. Dabei hat der Senat keine Zweifel daran, dass es sich bei dem Ausdruck um die vollständige Patientenakte handelt, welche einmal gefiltert nach Dauerdiagnosen und einmal gefiltert nach sonstigen Diagnosen vorgelegt wurde.

27 Die Rechtspflegerin bei dem Nachlassgericht hatte anlässlich des Termins am 12.10.2021 nur drei Wochen nach der Testamenterrichtung keinen Anlass zu Zweifeln an der Testierfähigkeit gesehen, auch wenn den Wahrnehmungen medizinischer Laien nur eine begrenzte Aussagekraft zukommt. Der Inhalt und die Ausgestaltung des Testaments bieten ebenfalls keinen Anlass, Zweifel aufkommen zu lassen. Dieses entspricht im Kern den vorangegangenen Testamenten, mit denen jeweils einzelne Miterben sowie Erbquoten verändert wurden, ohne dass sich die Testierung insgesamt wesentlich verändert hätte. Konkrete Verhaltensauffälligkeiten der Erblasserin im September 2021 werden von dem Beteiligten zu 1 schon nicht vorgetragen. Soweit einzelne Episoden aus der Vergangenheit geschildert wurden, bei denen die Erblasserin sich bestohlen gefühlt hatte oder durch den Tod der Schwester psychisch belastet war, sind solche singulären Ereignisse nicht geeignet, eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB im Zeitpunkt der Testamenterrichtung begründen zu können.

28 Vor diesem Hintergrund bestehen schon keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer geistigen Beeinträchtigung der Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung. Weitere Ermittlungen von Amts in diesem Zusammenhang sind nicht veranlasst.

29 b) Das Testament vom 20.09.2021 ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts insgesamt wirksam und nicht gemäß § 134 BGB i. V. m. § 32 BO-Ä betreffend die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 teilnichtig. Zwar ist § 32 BO-Ä als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen. Allerdings ergibt eine verfassungskonforme Auslegung, dass ein etwaiger Verstoß des Arztes nicht die Nichtigkeit der Testierung durch den Erblasser nach sich zieht.

30 aa) Gemäß § 32 Abs. 1 BO-Ä ist es „Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten (...) Geschenke oder andere Vorteile (...) sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird“.

31 Dabei ist eine testamentarische Zuwendung – entsprechend der zu § 14 HeimG entwickelten Grundsätze – als „anderer Vorteil“ anzusehen, wobei die Zuwendung dann einen Verstoß darstellen kann, wenn diese dem Arzt bekannt und er mit dieser einverstanden war (BerufsG Berlin, BeckRS 2015,54659; *Plantzholz/Rochon*, FamRZ 2001, 270, Ziffer III. 2.).

32 bb) § 32 BO-Ä ist in Übereinstimmung mit dem Nachlassgericht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen. Nach der Rechtsprechung des BGH können auch Vorschriften berufsständischer Satzungen von Selbstverwaltungskörperschaften Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sein. Dies hat der BGH für die Regelung in § 31 der BO der Ärztekammer Westfalen-Lippe (BGH, NJW-RR 2003,1175, juris Rdnr. 8) und § 8 Abs. 5 der BO für die bayerischen Zahnärzte (BGH, NJW-RR 2022, 336) bejaht. Dabei beruhen die landesgesetzlichen Regelungen jeweils auf einer einheitlichen Musterordnung, sodass diese in den Ländern im Wesentlichen inhaltlich übereinstimmen. Entsprechend ist auch § 32 BO-Ä als Verbotsgesetz einzustufen, da die §§ 31,32 BO-Ä beide Konkretisierungen der allgemeinen Vorschrift des § 30 BO-Ä darstellen, die auf die Sicherung der Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung gerichtet sind.

33 Gemäß § 30 BO-Ä sind Ärztinnen und Ärzte verpflichtet, in allen vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten ihre ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patientinnen und Patienten zu wahren. Nach § 31 BO-Ä ist die Zuweisung von Patienten gegen Gewährung von Vorteilen untersagt. Schutzzweck dieser Vorschrift ist, dass sich der Arzt in seiner Entscheidung, welchem anderen Arzt er Patienten zuweist, nicht von vornherein gegen Entgelt bindet, sondern diese Entscheidung allein aufgrund medizinischer Erwägungen im Interesse des Patienten trifft (BGH, NJW 1986, 2360). Schutzzut der Regelung in § 32 BO-Ä ist ebenfalls das auf die Ärzteschaft allgemein bezogene Vertrauen in die Freiheit und Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen und damit auch das Ansehen und die

Integrität der Ärzteschaft im Allgemeinen (Ärztegerichtshof des Saarlandes, MedR 2011,752, juris Rdnr. 21; Spickhoff/Scholz, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 32 MBO-Ä 1997 Rdnr. 1).

34 cc) Es kann dahinstehen, ob dem Beteiligten zu 2 ein standesrechtlicher Verstoß gegen § 32 BO-Ä vorzuwerfen wäre. Zwar hatte er Kenntnis von der Erbeinsetzung, da er auf dem Testament die Testierfähigkeit der Erblasserin auf deren Wunsch hin bestätigt hatte. Darin ist auch zugleich die Erklärung seines Einverständnisses zu sehen, sodass er sich einen Vorteil hat „versprechen lassen“. Ob die Zuwendung geeignet war, den Eindruck zu erwecken, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird, kann vorliegend indes offenbleiben.

35 dd) Denn ein Verstoß des Beteiligten zu 2 gegen § 32 BO-Ä würde nicht zur Nichtigkeit des Testaments führen. § 32 BO-Ä kann nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass dieses ein auch an den Testierenden gerichtetes Testierverbot enthält. Eine solche Auslegung würde einen unangemessenen Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Testierfreiheit darstellen.

36 Ob der Verstoß gegen das Verbotsgesetz die Nichtigkeitsfolge auslöst, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei dem Normzweck eine entscheidende Rolle zukommt (Grüneberg/Ellenberger, 2023, § 134 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Vossler, Stand: 01.06.2023, § 134 Rdnr. 51).

37 Für den Bereich der Heimpflege ist anerkannt, dass § 14 HeimG a. F. und ihm folgend die entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen – für Hessen derzeit § 6 HBPg – Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB darstellen und ein Verstoß die Nichtigkeitsfolge auslösen kann. So hat das BVerfG das in § 14 HeimG enthaltene Testierverbot bzw. das Verbot der testamentarischen Vorteilsnahme als verhältnismäßige Einschränkung der Testierfreiheit bestätigt (BVerfG, NJW 1998, 2964, juris Rdnr. 7). Dies hat es zum einen mit dem Schutzzweck des § 14 HeimG begründet, welcher gerade auch die Testierfreiheit selbst schützen soll. Denn mit diesem solle verhindert werden, dass die Hilf- oder Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen in finanzieller Hinsicht ausgenutzt wird und das Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird. Zudem solle der Heimfriede geschützt werden (BVerfG, a. a. O. Rdnr. 8). Des Weiteren hat das BVerfG die Regelung auch deshalb als verhältnismäßig im engeren Sinne angesehen, weil es zum einen einer „stillen“ Anordnung nicht entgegensteht zum anderen aber für den Fall, dass der Testierende seinen Willen mitteilen möchte, eine Erlaubnis der Zuwendung beantragt werden kann. Da der Betroffene einen Anspruch auf Genehmigung habe, wenn seine Zuwendung nicht dem Zweck des § 14 HeimG widerspricht, stelle die Durchführung eines solchen vorherigen Erlaubnisverfahrens keine unzumutbare Belastung dar, zumal die Einschaltung der Heimaufsichtsbehörde auch der Überprüfung der Freiwilligkeit des Testierentschlusses diene (BVerfG, a. a. O. Rdnr. 10).

38 Diese zur Heimpflege entwickelten Grundsätze sind auf die Auslegung der standesrechtlichen Vorschriften der Ärz-

tekammer jedoch nicht in gleichem Umfang übertragbar. Der Schutzzweck des § 14 HeimG berührt nach der Rechtsprechung des BVerfG die Testierfreiheit selbst. § 32 BO-Ä richtet sich an den Arzt und soll dessen Beeinflussung durch den Patienten – oder Dritte – ausschließen und gewährleisten, dass der Arzt sich bei seinen Entscheidungen von medizinischen und nicht von finanziellen Erwägungen leiten lässt. Damit zielt er in erster Linie auf das Verbot der Annahme durch den Arzt ab.

39 Die mögliche Nichtigkeitsfolge bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft hängt auch davon ab, ob sich ein gesetzliches Verbot gegen beide Vertragsparteien oder gegen nur einen der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten richtet. Soweit beide Vertragsteile Adressat der Verbotsnorm sind, ist grundsätzlich von der Nichtigkeit auszugehen, während bei einem einseitigen Verstoß die Wirksamkeit in der Regel unberührt bleiben soll (BGH, NJW 2014, 3568). Überträgt man diesen Grundsatz auf die Testamenterrichtung im Einvernehmen mit dem Erben, so ist ausgehend von der Adressierung der berufsständischen Regelungen an die Ärzte als Mitglieder der Ärztekammer, eine Nichtigkeit der Testierung nicht zu rechtfertigen. Insoweit besteht auch keine Vergleichbarkeit mit den Regelungen in § 14 HeimG a. F. bzw. § 6 HBPg, von deren Schutzzweck auch die Testierenden erfasst werden und insoweit Adressat der Regelungen sind. Eine Berufsordnung ist nicht geeignet, einen Eingriff in die Testierfreiheit außenstehender Dritter zu begründen.

40 Würde man § 32 BO-Ä auch als gegenüber dem Testierenden wirkendes Testierverbot auslegen, dann würde diesem zudem die Möglichkeit, ein offenes Testament zu errichten, versagt werden. Eine Genehmigung der Zuwendung durch die Aufsichtsbehörde ist nicht vorgesehen. Dann wäre nur eine stille Testierung zulässig. Dies würde bereits eine unverhältnismäßige Einschränkung der Testierfreiheit begründen (vgl. zur etwaigen Verfassungswidrigkeit landesgesetzlicher Heimgesetzregelungen ohne Genehmigungsvorbehalt: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, § 14 HeimG, Rdnr. 7 m. w. N.).

41 § 32 BO-Ä ist daher verfassungskonform dahin gehend auszulegen, dass dieses kein Testierverbot gegenüber der ein Testament errichtenden Person enthält und ein Verstoß des Arztes nicht zur Nichtigkeit des Testaments führt (ebenso *Plantzolz/Rochon*, FamRZ 2001, 270, 272; für Testamente Spickhoff/Scholz, a. a. O. Rdnr. 2 – anders bei Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft).

42 dd) Die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 ist auch nicht als sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB anzusehen. Dies kann bereits nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden. Hierfür reicht ein etwaiges standeswidriges Verhalten nicht aus. Es bestehen darüber hinaus keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Beteiligte zu 2 eine Zwangslage, die Unerfahrenheit oder eine Willensschwäche der Erblasserin ausgenutzt und diese zu der entsprechenden Testierung veranlasst hätte. Hiergegen spricht, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 2 als Vertrauten angesehen hat, wie sich aus den ihm bereits seit vielen Jahren erteilten Vollmachten ergibt. Hiervon ausgehend hat die Erblasserin den Beteiligten zu 2 nicht in erster Linie in seiner Rolle als

Arzt, sondern als Vertrauten zum Erben eingesetzt. Dies spiegelt sich auch darin wider, dass der Beteiligten zu 2 bereits seit dem Testament vom 30.06.2017 als Erbe eingesetzt war, ohne hiervon Kenntnis erlangt zu haben.

43 c) Die Erbfolge richtet sich daher insgesamt nach dem wirksamen Testament vom 20.09.2021. Der Beteiligte zu 3 hat, wie bereits das Nachlassgericht zutreffend ausgeführt hat, mit seiner handschriftlichen Erklärung nicht wirksam auf seinen Erbanteil verzichtet.

44 Es liegen auch nicht zwei verschiedene, sondern zwei inhaltsgleiche Testamente vom 20.09.2021 vor. Das Originaltestament ist erkennbar das von dem Beteiligten zu 2 bestätigte Testament. Dieses wollte die Erblasserin als ihren letzten Willen ansehen. Die weitere Ausfertigung, die sich im Besitz des Beteiligten zu 1 befunden hat, ist zudem inhaltlich identisch, sodass sich aus dieser nichts anderes ergibt.

45 Da die Erteilung des Erbscheins dem Nachlassgericht obliegt, war dieses entsprechend anzuweisen.

46 Der hiervon abweichende Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 war danach zurückzuweisen.

47 3. Die Kostenentscheidung beruht für beide Instanzen auf § 81 Abs. 1 und 2 FamFG.

48 Danach entspricht es billigem Ermessen, die erstinstanzlich entstandenen gerichtlichen Kosten zu teilen. Die Beteiligten zu 2, 3 und 5 haben als Antragsteller die für die Erteilung des Erbscheins entstehenden gerichtlichen Kosten als Gesamtschuldner zu tragen (§§ 22,32 GNotKG), während der Beteiligte zu 1 mit der Zurückweisung seines Erbscheinsantrag unterlegen ist. Angesichts des Erfolgs der Beschwerde war von der Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren abzusehen. Im Übrigen entspricht es billigem Ermessen, dass die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst tragen. Dabei war in beiden Instanzen zu berücksichtigen, dass es sich im vorliegenden Verfahren um eine offene Rechtsfrage gehandelt hat und der Ausgang des Verfahrens für alle Beteiligten ungewiss war.

49 Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen. Die Frage, ob ein Verstoß des Arztes gegen § 32 BO-Ä zur Nichtigkeit einer testamentarischen Erbeinsetzung führt, hat grundsätzliche Bedeutung für eine Vielzahl von Verfahren. Sie ist bislang obergerichtlich noch nicht entschieden worden (offengelassen für einen Erbvertrag: OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2021, 10 W 125/19, juris Rdnr. 81).

(...)

ANMERKUNG:

Von Dr. **Gabriele Müller-Engels**, DNotI, Würzburg

1. Einführung

Lebzeitige oder letztwillige Zuwendungen an „Berufshelfer“ wie Betreuer, Pfleger oder Ärzte beschäftigen zunehmend die Justiz. Außerdem schlägt sich der Gedanke, deren unerwünschte Verbreitung zu verhindern, zum Teil

bereits in neuen Gesetzen nieder. So wurde im Rahmen der aktuellen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (2023) in § 30 BtOG eine neue „Compliance-Vorschrift“ für Berufsbetreuer i. S. v. § 19 Abs. 2 BtOG eingefügt.¹ Ihr Zweck ist es, einen Missbrauch des übertragenen Amtes oder auch nur dessen Anschein zu verhindern.²

2. OLG Celle, Beschluss vom 09.01.2024, 6 W 175/23

Bei der oben veröffentlichten Entscheidung des OLG Celle³ ging es um die Errichtung eines Testaments zugunsten der Berufsbetreuerin, sodass der Fall an sich dem sachlichen Anwendungsbereich des neuen § 30 BtOG unterfallen wäre (vgl. § 30 Abs. 1 Satz 2 BtOG, der explizit Zuwendungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen nennt). Der Fall des OLG Celle spielte sich jedoch außerhalb des temporalen Anwendungsbereichs der Norm ab, da sich der Erbfall im September 2022 und damit noch vor Inkrafttreten des § 30 BtOG am 01.01.2023 ereignet hatte. Nach den Feststellungen des Gerichts hatte die Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf die Erblasserin dazu benutzt, die leicht beeinflussbare Erblasserin dazu zu bewegen, vor einer Notarin zu ihren Gunsten letztwillig zu verfügen. Dass die letztwillige Verfügung in einem solchen Fall sittenwidrig und damit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein kann, wurde in der Vergangenheit von einzelnen Gerichten, u. a. auch dem OLG Celle in einer früheren Entscheidung, bejaht.⁴ In der Literatur ist die Heranziehung des § 138 Abs. 1 BGB zum Teil aus dogmatischen Gründen stark kritisiert worden⁵, u. a. weil das zu missbilligende Verhalten nicht vom Erblasser, sondern von einem Dritten ausging und die noch stärkere Beeinflussung durch Drohung nur zur Anfechtbarkeit, nicht zur Nichtigkeit der Willenserklärung führen würde. Gleichwohl hat das OLG Celle auch in seinem neuen Beschluss im Hinblick auf die *besonderen Umstände des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts* die Sittenwidrigkeit des notariellen Testaments (sog. Umstandssittenwidrigkeit) angenommen. Aus der persönlichen Sphäre der Erblasserin sind insoweit ihr hohes Lebensalter (92), ihre Erkrankung (auch depressiver Art) sowie ihre Trauer und Vereinsamung nach dem plötzlichen Tod des einzigen verbliebenen Angehörigen (Tochter) zu nennen. Diese Umstände hat sich die nur zwei Wochen vor der Beurkundung des Testaments bestellte Betreuerin in sittlich anstößiger Weise zunutze gemacht, um ihre letztwillige

1 Vgl. dazu ausf. *Müller-Engels*, NJW 2023, 2601 ff.

2 BT-Drucks. 19/24445, S. 386.

3 Beschluss vom 09.01.2024, 6 W 175/23, BeckRS 2024, 493 = ZEV 2024, 175 = NJW-RR 2024, 278.

4 Vgl. OLG Celle, Urteil vom 07.01.2021, 6 U 22/20, NJW 2021, 1681 ff. m. Anm. *Wolffskeel v. Reichenberg* = ZEV 2021, 386 m. Anm. *Centner* = MittBayNot 2021, 619; OLG Braunschweig, Urteil vom 04.11.1999, 2 U 29/99, FamRZ 2000, 1189 = ZEV 2000, 448 (Ls.).

5 Vgl. *Wolffskeel v. Reichenberg*, NJW 2021, 1686; *Litzenburger* FD-ErbR 2021, 437206.

Begünstigung zu erreichen (u. a. wurde der Beurkundungstermin von der Betreuerin vereinbart) und aufrechtzuerhalten (die Betreuerin nahm die Erblasserin privat zur Pflege bei sich auf, um sie von anderen Einflüssen abzusichern). Neben der Annahme der Testierunfähigkeit i. S. v. § 2229 Abs. 4 BGB blieb vorliegend – mangels Einschlägigkeit sonstiger Schutzbestimmungen zugunsten der Erblasserin – nur der Rückgriff auf § 138 Abs. 1 BGB. Dies ist aus meiner Sicht nicht zu beanstanden, sofern der Rückgriff auf *besonders gelagerte, sittlich anstößige Ausnahmefälle* wie im vorliegenden Fall begrenzt bleibt.⁶

3. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.12.2023, 21 W 91/23

Die Sittenwidrigkeit spielte im vorstehenden Fall des OLG Frankfurt/M. vom 21.12.2023, 21 W 91/23 nur am Rande eine Rolle. Schließlich lagen keinerlei Anhaltspunkte für eine Ausnutzung der Zwangslage, Unerfahrenheit oder Willensschwäche der Erblasserin vor. Vielmehr war der langjährige Hausarzt, den die Erblasserin in ihrem Testament vom 20.09.2021 zum Miterben in Höhe von 20 % eingesetzt hatte, ein enger Vertrauter der Erblasserin; dies konnte man allein an der Tatsache ersehen, dass sie ihm eine umfassende Vorsorgevollmacht erteilt hatte.

Im entschiedenen Fall ging es primär um die Frage, ob die Erbinsetzung des Arztes – wie von den gesetzlichen Erben im Erbscheinsverfahren vorgetragen – gegen das ärztliche Standesrecht verstößt und welche Rechtsfolge sich hieraus bejahendenfalls ergibt. Nach § 32 BO-Ä (Hessen), der § 32 Muster-BO-Ä 1997 entspricht, ist es Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Ob der letztwillig begünstigte Arzt im vorliegenden Fall durch die Annahme der Zuwendung tatsächlich gegen diese Verbotsnorm verstoßen hat, war im Hinblick auf die enge Vertrauensbeziehung der Beteiligten fraglich; das OLG Frankfurt a. M. hat die Frage letztlich als nicht entscheidungserheblich dahinstehen lassen.

Denn selbst bei Annahme eines Verstoßes gegen § 32 BO-Ä ergibt sich daraus nach Ansicht des OLG keine (Teil-)Nichtigkeit des Testaments nach § 134 BGB. Das OLG begründet seinen rechtlichen Standpunkt damit, dass § 32 BO-Ä letztlich auf ein *Verbot der Annahme* abzielt, im Falle eines einseitigen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz in der Regel *keine Nichtigkeit* gegeben sei. Das OLG Frankfurt a. M. grenzt § 32 BO-Ä auch von § 14 HeimG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Verböten ab, denen die herrschende Ansicht ein Testierverbot entnimmt. Im Gegensatz dazu enthalte § 32 BO-Ä zum Beispiel keine Genehmigungsmöglichkeit, was im Falle der Annahme eines Testierverbots eine unverhältnismäßige Einschränkung der Testierfreiheit⁷ zur Folge haben würde.

nismäßige Einschränkung der Testierfreiheit⁷ zur Folge haben würde.

Dem OLG ist hinsichtlich der Prüfung des Verbotsgesetzes zumindest teilweise beizupflichten. Denn als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB kommen nach herrschender Ansicht alle Rechtsnormen i. S. v. Art. 2 EGBGB in Betracht,⁸ also nicht nur Gesetze im formellen Sinn. Für berufsständische Richtlinien freier Berufe ist dies nach wie vor umstritten,⁹ für die in Berufsordnungen enthaltenen Verhaltensregeln wird dies zum Teil bejaht,¹⁰ namentlich in Bezug auf die ärztliche Berufsordnung.¹¹

Fraglich ist dann aber immer noch, was genau verboten ist. Nach § 32 BO-Ä ist dies nur das Fordern, das Versprechen-Lassen und die *Annahme eines Geschenkes oder Vorteils*, nicht die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen, in der ein Arzt begünstigt wird. Von daher ist davon auszugehen, dass die Norm zumindest kein Verbotsgesetz in Bezug auf das Handeln des Erblassers und die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen darstellt. Hierfür spricht auch der Vergleich mit anderen berufsrechtlichen Begünstigungsverboten. So wird zum Beispiel in Bezug auf den eingangs erwähnten § 30 BtOG davon ausgegangen, dass sich die Norm nur an den Berufsbetreuer richtet und nur eine Berufspflicht begründet; es handelt sich daher nicht um ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB, sodass eine gegen die Norm verstoßende Zuwendung nicht unwirksam ist.¹² Diese rechtliche Würdigung steht auch in Übereinstimmung mit anderen Begünstigungsverboten, wie zum Beispiel den für den öffentlichen Dienst geltenden § 3 Abs. 2 TVöD-AT (früher: § 10 BAT), bei dem ein Verstoß ebenfalls keine Nichtigkeit der Zuwendung begründet.¹³ Aus meiner Sicht scheitert es damit in Bezug auf den Erblasser am Vorliegen eines Verbotsgesetzes, sodass eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB wohl nicht (mehr) diskutiert werden muss. Damit kann der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. zwar nicht voll in der Begründung, aber zumindest im Ergebnis zugestimmt werden.

- 7 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 03.07.1998, 1 BvR 434-98, NJW 1998, 2964, 2965. In der Entscheidung ist die Verfassungsmäßigkeit des Testierverbots des § 14 HeimG u. a. auch mit der Möglichkeit der Einholung einer Ausnahmegenehmigung begründet worden.
- 8 Vgl. Grüneberg/Ellenberger, 83. Aufl. 2024, § 134 Rdnr. 2.
- 9 Verneinend BeckOK-BGB/Wendtland, Stand: 01.02.2025, § 134 Rdnr. 6.
- 10 Vgl. MünchKomm-BGB/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, § 134 Rdnr. 42.
- 11 Vgl. BGH, Urteil vom 22.01.1986, VIII ZR 10/85, NJW 1986, 2360, 2361.
- 12 OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.07.2023, 15 Wx 988/23, NJW-RR 2023, 1307, 1308 = ZEV 2023, 821 m. Anm. Leipold = ErbR 2024, 52 m. Anm. Kroiß; Leipold, ZEV 2021, 485, 487; Kroiß, ErbR 2022, 193, 196; Zimmermann, ZEV 2021, 418, 419; Müller-Engels, NJW 2023, 2601, 2604; BeckOGK-BGB/Preuß, Stand: 01.02.2025, § 1922 Rdnr. 26.
- 13 Vgl. nur BGH, Urteil vom 14.12.1999, X ZR 34/98, BGHZ 143, 283 = NJW 2000, 1186 (zu § 10 BAT).

6 Vgl. bereits Müller-Engels, NJW 2023, 2601, 2603; vgl. auch Leipold, ZEV 2021, 485, 486.

13. Zur Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge des Verzichtenden

OLG Celle, Beschluss vom 17.04.2023, 6 W 37/23

BGB §§ 2349, 2352 Satz 3

LEITSATZ:

Keine Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf den Abkömmling des Verzichtenden, wenn der Abkömmling ausdrücklich als Ersatzerbe des Verzichtenden bestimmt ist, der Verzichtende weder ein Abkömmling noch ein Seitenverwandter des Erblassers ist und der Zuwendungsverzicht nicht mit einer vollständigen Abfindung des Verzichtenden verbunden war.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in MittBayNot 2024, 480.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Dominik Meier**, LL.M. (Yale), Bamberg

1. Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG Celle lag vereinfacht und verkürzt dargestellt folgender Sachverhalt zugrunde: E und M waren in zweiter Ehe verheiratet. M hatte aus erster Ehe eine Tochter (B3) und eine Enkelin (B4). E und M schlossen einen Erbvertrag, in dem M die E und B3 als Erben zu gleichen Teilen einsetzte und der E als Vorausvermächtnis ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an einem Grundstück einräumte. E setzte ihrerseits M als Alleinerben ein. Als Schlusserben setzte der überlebende Ehegatte vertragsmäßig B3 und als Ersatzerben deren Abkömmlinge ein. Nach dem Tod des M setzten sich E und B3 in einem notariellen Vertrag auseinander, wonach B3 alleinige Eigentümerin des Grundstücks wurde und E auf ihr Nießbrauchsrecht verzichtete. Im Gegenzug verzichtete B3 für sich und ihre Abkömmlinge auf sämtliche Erbansprüche nach dem Tode von E. Daraufhin widerrief E ihre früheren Verfügungen von Todes wegen und setzte ihre Nachbarn B1 und B2 als Erben zu gleichen Teilen ein. Nach dem Tod von E streiten sich B1, B2 und B3 um das Erbe.

2. Zuwendungsverzicht und Erstreckungswirkung nach §§ 2352, 2349 BGB

a) Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB

Ausgangspunkt ist der in § 2352 BGB geregelte Zuwendungsverzicht. Danach kann der in einem Testament (S. 1) oder in einem Erbvertrag als Dritter (S. 2) Bedachte durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten. Der Verzichtende fällt dann als Erbe weg, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte.¹ An seine Stelle treten dann ggf. vorgesehene oder sich aufgrund gesetzlicher Vermutung (§ 2069 BGB) ergebende Ersatzerben.

Ein Zuwendungsverzicht ist dann erforderlich, wenn der Erblasser seine letztwillige Verfügung nicht mehr selbst

ändern kann. Grundsätzlich kann er sein Testament frei widerrufen (§ 2253 bzw. § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder einen Erbvertrag aufheben (§ 2290 Abs. 1 Satz 1 BGB). Einen Anwendungsbereich hat § 2352 BGB daher vor allem² bei vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag oder wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des Ehegatten bzw. Vertragspartners. In diesen Fällen kann die Verfügung aufgrund der Bindungswirkung grundsätzlich nicht mehr aufgehoben werden (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 2290 Abs. 1 Satz 2 BGB).

b) Erstreckungswirkung nach §§ 2352 Satz 3, 2349 BGB

§ 2352 Satz 3 BGB erklärt (neben §§ 2347, 2348 BGB) den § 2349 BGB für anwendbar. Dieser erstreckt die Wirkung des Zuwendungsverzichts eines Abkömmlings oder eines Seitenverwandten des Erblassers auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, sofern nicht ein anderes bestimmt wird. So gesehen handelt es sich bei dem Zuwendungsverzicht um einen – gesetzlich legitimierten – Vertrag zugunsten Dritter. Die Verweisung auf § 2349 BGB wurde mit Wirkung vom 01.01.2010 durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts³ eingefügt und gilt gemäß Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB für alle Erbfälle, die nach dem 01.01.2010 eintreten.

Hintergrund dieser Änderung war die damalige, unbefriedigende Rechtslage:⁴ Die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB war nach einhelliger Auffassung der Rechtsprechung⁵ und überwiegender Meinung in der Literatur⁶ nicht analog auf den Zuwendungsverzicht anwendbar, weil § 2352 Satz 3 BGB a. F. zwar ausdrücklich auf §§ 2347, 2348 BGB, nicht aber auf § 2349 BGB verwies, weshalb davon ausgegangen wurde, dass der Gesetzgeber beim Zuwendungsverzicht bewusst von einer Erstreckung auf Abkömmlinge abgesehen habe. Die Folge war, dass Kinder des verzichtenden Abkömmlings als Ersatzerben (§ 2069 Abs. 1 BGB) dann ebenfalls auf die Zuwendung verzichten mussten. Dies war insbesondere bei minderjährigen Kindern nicht praktikabel, da das Vormundschaftsgericht den Verzicht nur genehmigte, wenn das Kind vollwertig abgefunden wurde.⁷ Über Umwege nahm der BGH in bestimmten Fällen jedoch eine faktische Er-

¹ Analog zu § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB, vgl. *Weidlich*, FamRZ 2010, 166.

² Darüber hinaus kann ein Zuwendungsverzicht auch dann angezeigt sein, wenn der Erblasser testierunfähig wird.

³ Vom 24.09.2009 (BGBl. I, S. 3142).

⁴ Vgl. BT-Drucks. 96/08, S. 57 f.

⁵ OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.12.1957, 8 W 329/57, NJW 1958, 347, 348; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.10.1973, 7 U 51/72, DNotZ 1974, 367; OLG Hamm, Beschluss vom 07.12.1981, 15 W 171/81, MittBayNot 1983, 77, 80; BayObLG, Beschluss vom 28.11.1983, BReg. 1 Z 38/83, BeckRS 1983, 3828; OLG Köln, Beschluss vom 25.08.1989, 2 Wx 21/89, BeckRS 2010, 26651; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.03.1997, 20 W 574/95, DNotZ 1998, 220.

⁶ Palandt/*Edenhofer*, 56. Aufl. 1997, § 2352 Rdnr. 6; BeckOK-BGB/*Mayer*, Stand: 01.04.2003, § 2352 Rdnr. 19 f.; Münch-Komm-BGB/*Strobel*, 4. Aufl. 2004, § 2352 Rdnr. 14, jew. m. w. N. A. A. insbesondere *Schotten*, ZEV 1997, 1.

⁷ Vgl. DNotI-Gutachten Nr. 34153 vom 10.07.2002.

streckung der Verzichtswirkung auf die Abkömmlinge an: Beruhte die Ersatzerbenstellung der Abkömmlinge lediglich auf der Vermutungsregel des § 2069 Abs. 1 BGB, so sei der Wille des Erblassers ergänzend dahin auszulegen, dass die Abkömmlinge des Verzichtenden nicht als Ersatzerben eingesetzt werden sollten, wenn der Verzichtende für seinen Verzicht vollständig abgefunden wurde.⁸ Andernfalls würde der Stamm doppelt begünstigt werden: einmal durch die Abfindung für den Verzicht, zum anderen durch den dann nachrückenden Abkömmling als Ersatzerben.

- c) Entscheidung des OLG Celle: Keine analoge Anwendung des § 2349 BGB

In der vorliegenden Entscheidung waren die § 2352 Satz 3, § 2349 BGB nach ihrem Wortlaut nicht anwendbar. B3 war die Tochter des bereits verstorbenen M, aber als Stieftochter der Erblasserin E nicht deren Abkömmling oder Seitenverwandte. Der Verweis auf § 2349 BGB ist daher eindeutig nicht auf Patchworkfamilien zugeschnitten. Dies widerspricht augenscheinlich dem erklärten Ziel des Gesetzgebers, den Zuwendungsverzicht zu einem geeigneten kautelarjuristischen Instrument zu machen.⁹ In der Literatur wird daher teilweise eine analoge Anwendung auf Stiefkinder, Ehegatten und auch sonstige Personen¹⁰ befürwortet, sodass ein Verzicht dieser Personen auch für und gegen deren Abkömmlinge wirkt.¹¹

Nach Auffassung des OLG Celle ist die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB nicht analogiefähig. Das Gericht stellt dabei insbesondere auf den Willen des Vorverstorbenen ab, der die erbvertragliche Bindung mit herbeigeführt hat. Auch sei eine Planwidrigkeit der Regelungslücke nicht erkennbar: Wenn der Gesetzgeber bewusst einen Verweis auf § 2349 BGB aufnimmt, müsse sein Schweigen zur Erstreckung der Verzichtswirkung auf Stiefkinder, Ehegatten oder sonstige Personen als gesetzgeberisches Datum hingenommen werden. Ergänzend stellt das Gericht auf die frühere Rechtsprechung des BGH ab: Da B3 für ihren Verzicht nicht vollständig abgefunden wurde (das Eigentum am Grundstück und der Nießbrauchverzicht waren weniger wert als der Nachlass der E) und die Ersatzerbenansetzung nicht auf der Zweifelsregelung des § 2069 Abs. 1 BGB beruhte, sondern ausdrücklich erfolgte, sei der Erblasserwille nicht dahin

auszulegen, dass die Ersatzerbenansetzung durch einen Verzicht aufgelöst werden sollte. Daher sei die Erbschaft der B4 als Ersatzerbin angefallen und die Erbenansetzung von B1 und B2 gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

3. Bewertung

Ob es eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war, die Verzichtswirkung nach § 2352 Satz 3, § 2349 BGB nur auf Abkömmlinge des Verzichtenden zu erstrecken, wenn dieser selbst ein Abkömmling des Erblassers ist, kann nicht geklärt werden. Es sprechen viele Gründe für,¹² aber auch einige gegen¹³ die Planwidrigkeit der Regelungslücke.

Solange der Gesetzgeber die Reichweite der Erstreckungswirkung nicht klarstellt, können jedoch – auch ohne eine analoge Anwendung des § 2349 BGB – in Anlehnung an die frühere Rechtsprechung gerechte Ergebnisse erzielt werden: Wird der Verzichtende vollständig abgefunden, lässt sich der Erblasserwille dahin gehend auslegen, dass die Abkömmlinge des Verzichtenden im Zweifel nicht als Ersatzerben eingesetzt werden sollen. Dies sollte nicht nur, wie nach der früheren Rechtsprechung des BGH, für Ersatzerben gelten, die aufgrund der Zweifelsregelung des § 2069 Abs. 1 BGB¹⁴ berufen sind. Denn eine ausdrückliche Ersatzerbenansetzung ist häufig eher auf einen gewissenhaften Notar als auf einen durchdachten Erblasserwillen zurückzuführen. Aus diesem Grund lässt sich der Erblasserwille unter Umständen auch bei einer ausdrücklichen Ersatzerbenansetzung ergänzend dergestalt auslegen, dass bei einer vollständigen Abfindung des Verzichtenden dessen Abkömmlinge – wegen der sonst gegebenen Doppelbegünstigung des Stammes – nicht als Ersatzerben nachrücken sollen. Diese Kompromisslösung übernimmt zwar einige Unklarheiten der alten Rechtsprechung (Wann ist eine Abfindung „vollwertig“? Genügen hierfür zum Beispiel 90 %, weil einem Verzicht ein spekulatives Element innewohnt?¹⁵). Bis zu einem (wünschenswerten) Federstrich des Gesetzgebers ist dies jedoch hinzunehmen. Der gewissenhafte Notar wird angesichts der unklaren Rechtslage freilich entsprechende Vorkehrungen treffen (zum Beispiel: „Die Ersatzerbenansetzung ist auflösend bedingt für den Fall, dass der Bedachte mit dem Längerlebenden einen Zuwendungsverzicht schließt.“¹⁶).

8 BGH, Urteil vom 24.10.1973, IV ZR 3/72, NJW 1974, 43, 44.

9 Vgl. BT-Drucks. 96/08, S. 57 f.

10 Insbesondere sei nicht einzusehen, warum der Zuwendungsverzicht eines nicht mit dem Erblasser verwandten Dritten nicht zum Wegfall der Abkömmlinge des Dritten führen soll, der Verzicht eines Verwandten, der dem Erblasser i. d. R. näher steht, aber schon, vgl. Weidlich, FamRZ 2010, 166, 170.

11 Klinck, ZEV 2009, 533, 536; Weidlich, FamRZ 2010, 166, 170; ders., ZEV 2023, 452, 456 ff.; Hausmann, DNotZ 2011, 602, 619; Staudinger/Schotten, Neub. 2022, § 2352 Rdnr. 75 f.; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2352 Rdnr. 15; a. A. BeckOGK/Everts, Stand: 01.12.2023, § 2352 Rdnr. 33; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.11.2023, § 2352 Rdnr. 25; jurisPK-BGB/Reymann, 10. Aufl. 2023, § 2271 Rdnr. 105; vgl. auch Everts, ZEV 2010, 392, 396.

12 Vgl. jüngst die Anmerkung zu der hiesigen Entscheidung von Weidlich, ZEV 2023, 452, 456 ff.; Kaiser, MittBayNot 2024, 480, 486 f.

13 Rdnr. 56 ff. der Entscheidung; vgl. i. Ü. die Nachweise in Fn. 11.

14 Die bekanntlich entsprechend für Abkömmlinge eines weggefallenen Kindes des Zuerstversterbenden (und damit Stiefkind des Letztversterbenden) gilt, vgl. BGH, Urteil vom 28.03.2001, IV ZR 245/99, NJW-RR 2001, 1153, 1154; BayObLG, Beschluss vom 04.09.1990, BReg. 1a Z 59/89, NJW-RR 1991, 8, 9.

15 Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 25.08.1989, 2 Wx 21/89, FamRZ 1990, 99, 100 f.

16 Vgl. auch Spall in Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 31 Rdnr. 82.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTS- RECHT, REGISTERRECHT

14. Angemessenheit einer Frist zur Behebung eines Eintragungshindernisses im Grundbuch- verfahren

BGH, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 17/23 (Vorinstanz:
KG, Beschluss vom 02.03.2023, 1 W 294/22)

BauGB § 172 Abs. 1 Satz 4, § 250 Abs. 7 Satz 1

Berliner Umwandlungsverordnung

BGB § 878

GBO §§ 18, 71 Abs. 1, § 78

LEITSÄTZE:

1. Eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, mit der eine Fristverlängerung abgelehnt wird, kann mit der Beschwerde angegriffen werden. Folglich kann nach Zulassung auch Rechtsbeschwerde erhoben werden.
2. Die Angemessenheit einer Frist zur Hebung eines Eintragungshindernisses richtet sich nicht danach, ob nach Antragstellung der Verlust einer Rechtsposition wegen nachträglicher Verfügungsbeschränkungen droht, sondern danach, wie lange der Zeitraum zur Hebung des Hindernisses nach Grundbuchaktenlage unter Berücksichtigung des Erledigungsinteresses und der Aufgaben des Grundbuchamtes zu bemessen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligte ist Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten bebauten Grundstücks, dessen Teilung gemäß § 8 WEG sie betreibt. Das Grundstück befindet sich in dem Geltungsbereich der auf der Grundlage von § 172 Abs. 1 Satz 1 BauGB erlassenen Erhaltungssatzung „K-park“ vom 14.07.2016 und im Geltungsbereich der auf der Grundlage von § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB erlassenen Berliner Umwandlungsverordnung vom 21.09.2021 (GVBl 2021, 1175), die am 07.10.2021 in Kraft getreten ist.

2 Am 27.09.2021 erklärte die Beteiligte die Teilung in Wohnungseigentum und beantragte am 29.09.2021 Vollzug der Teilung im Grundbuch. Mit Zwischenverfügung vom 09.12.2021 wies das Grundbuchamt unter Setzung einer Frist von einem Monat unter anderem auf das Fehlen einer Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB hin. Im Januar 2022 beantragte die Beteiligte bei dem Grundbuchamt die Verlängerung der gesetzten Frist um zwei Monate sowie bei dem Bezirksamt eine Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB. Nach im Februar 2022 erfolgter Zurückweisung dieses bei dem Bezirksamt gestellten Antrags und Einlegung eines Widerspruchs durch die Beteiligte verlängerte das Grundbuchamt die Frist antragsgemäß bis Mai 2022.

3 Eine unter Hinweis auf eine beabsichtigte Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen die zwischenzeitliche Zurück-

weisung dieses Widerspruchs beantragte weitere Fristverlängerung bis August 2022 hat das Grundbuchamt im Juni 2022 abgelehnt. Die gegen diese Ablehnung einer weiteren Fristverlängerung gerichtete Beschwerde der Beteiligten, mit der sie hilfsweise eine Fristverlängerung bis einen Monat nach Ende des Beschwerdeverfahrens beantragt hat, hat das KG zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beteiligte mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

4 Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, das die Zulässigkeit der Beschwerde dahinstehen lässt, war das Grundbuchamt nicht verpflichtet, die Frist (erneut) zu verlängern. Die zuletzt bis Mai 2022 verlängerte Frist sei angemessen gewesen. Gewöhnlich genüge ein Zeitraum von fünf Monaten zur Bebringung einer Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB; das Bezirksamt habe den Antrag auch binnen eines Monats bearbeitet. Eine (weitere) Fristverlängerung wäre nur in Betracht gekommen, wenn nunmehr die Behebung des Hindernisses in absehbarer Zeit zu erwarten gewesen wäre. Dagegen spreche aber die Notwendigkeit der Klageerhebung zum Verwaltungsgericht; bis dato liege die Genehmigung auch nicht vor. Nichts anderes folge aus dem Umstand, dass die Beteiligte nur bis zur Zurückweisung ihres Antrags Aussicht darauf habe, entsprechend § 878 BGB die Eintragung noch ohne eine – ihren Angaben zufolge ungleich schwerer zu erlangende – Genehmigung nach § 250 BauGB vollziehen zu können.

5 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

6 1. Die Rechtsbeschwerde ist infolge der Zulassung nach § 78 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässig. Eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, mit der eine Fristverlängerung abgelehnt wird, kann mit der Beschwerde angegriffen werden (ebenso KG, FamRZ 2012, 1979, 1980; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1997, 1342, 1343; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 38). Folglich kann nach Zulassung auch Rechtsbeschwerde erhoben werden (vgl. allg. zur Unstatthaftigkeit einer Rechtsbeschwerde trotz Zulassung bei schon unstatthafter – sofortiger – Beschwerde BGH, Beschluss vom 04.05.2022, VII ZB 46/21, BGHZ 233, 258 Rdnr. 8; Beschluss vom 25.06.2009, IX ZB 161/08, NJW 2009, 3653 Rdnr. 5; Beschluss vom 21.04.2004, XII ZB 279/03, BGHZ 159, 14, 15). Die insoweit geäußerten Zweifel des Beschwerdegerichts greifen nicht durch. Denn die Beschwerde richtet sich in einem solchen Fall gegen die (als solche anfechtbare) Zwischenverfügung und greift die den Antragsteller beschwerende Fristsetzung in der Zwischenverfügung als aus Sicht des Antragstellers unangemessen kurz an. Im Übrigen änderte sich an der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde auch dann nichts, wenn, wie sich der Rechtsbeschwerdebegründung entnehmen lässt, das an die Auffassung des Beschwerdegerichts gebundene Grundbuchamt den Eintragungsantrag zwischenzeitlich zurückgewiesen haben sollte (vgl. Senat, Beschluss vom 30.06.1983, V ZB 20/82, BGHZ 88, 62, 64).

7 2. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Zwischenverfügung, mit der das Grundbuchamt eine (weitere) Fristverlängerung abgelehnt hat, ist nicht zu beanstanden.

8 a) Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO hat das Grundbuchamt, wenn der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, entweder den Antrag unter Angabe von Gründen zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen. Ist nach Ablauf der Frist die Hebung des Hindernisses nicht nachgewiesen, ist der Antrag zurückzuweisen (§ 18 Abs. 1 Satz 2 GBO). Umgekehrt gilt, dass die Hebung eines Hindernisses nach Fristablauf, aber vor Bekanntmachung des zurückweisenden Beschlusses beachtlich ist (vgl. *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 18 Rdnr. 4; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 01.03.2024, § 18 Rdnr. 13; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 466). Erweist sich die gesetzte Frist als zu kurz und besteht Aussicht auf Hebung des Hindernisses, kann die Frist auf Antrag verlängert werden (vgl. *Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl., § 18 Rdnr. 111).

9 b) Dahinstehen kann, ob dem Grundbuchamt ein echtes, nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübendes Wahlrecht zwischen Antragszurückweisung und Zwischenverfügung zusteht, wenn – behebbare – Eintragungsvoraussetzungen fehlen (näher Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 23 m. w. N.). Einigkeit besteht nämlich darüber, dass eine Zwischenverfügung zur Beibringung von fehlenden Unterlagen, insbesondere solchen, die erst in einem anderen Verwaltungsverfahren eingeholt werden müssen (hier: Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB), jedenfalls ermessensgerecht ist und dass der Antrag jedenfalls nach Ablauf einer mit der Zwischenverfügung gesetzten angemessenen Frist zurückgewiesen werden darf.

10 c) Hier lag im Zeitpunkt der Antragstellung wegen des Fehlens einer gemäß § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB (noch, vgl. § 250 Abs. 7 Satz 1 BauGB) erforderlichen Genehmigung ein behebbares Hindernis vor. Ob die Frist zur Hebung dieses Hindernisses angemessen war, beurteilt sich nach Sinn und Zweck von § 18 GBO. Die entsprechende Würdigung des Beschwerdegerichts ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. nur Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, NJW-RR 2023, 863 Rdnr. 23) und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden.

11 aa) Das Grundbuchamt hat Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu behandeln und in angemessener Zeit zu erledigen, nicht aber noch nicht vollziehbare Anträge und Unterlagen zwischenzulagern (vgl. *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 1b; Bauer/Schaub/Wilke, GBO, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 1; BeckOK-GBO/Zeiser, § 18 Rdnr. 15). Die Frist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO ist deshalb grundsätzlich danach zu bemessen, wie lange die Hebung des Hindernisses nach Grundbuchaktenlage in Anspruch nehmen wird (vgl. *Wilsch* in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 230 Fn. 879). Als angemessen wird im Regelfall eine Frist von ein bis zwei, teilweise auch bis zu vier Monaten erachtet (vgl. BeckOK-GBO/Zeiser, a. a. O. Rdnr. 15, 35 m. w. N.; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 18 Rdnr. 108). Die Zwischenverfügung stellt ein Mittel dar, ein einmal anhängig gewordenes Antragsverfahren geordnet voran und zu einem erfolgreichen gesetzeskonformen Abschluss zu führen, auch wenn nicht von vornherein alles „richtig“ war (vgl. Bauer/Schaub/Wilke, GBO, a. a. O. Rdnr. 16). Ist dagegen ersichtlich, dass eine

Hebung des Hindernisses binnen angemessener Frist nicht möglich sein wird, steht das Hindernis einem unbehebbar gleich und der Antrag ist zurückzuweisen (vgl. KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 34).

12 bb) Hier ist der Antrag auf Erteilung der Genehmigung binnen der zunächst zu ihrer Beibringung gesetzten Frist bearbeitet, wenngleich abschlägig beschieden worden. Schon daraus ergibt sich, dass die Frist grundsätzlich angemessen war. Angemessen mag es ebenfalls noch gewesen sein, die Frist mit Blick auf das wegen der Nichterteilung der Genehmigung durchgeführte Widerspruchsverfahren und die damit verbundene Möglichkeit, eine Genehmigung doch noch zeitnah zu erlangen, zu verlängern. Nicht zu beanstanden ist es indes, wenn das Grundbuchamt und ihm folgend das Beschwerdegericht nach Zurückweisung des Widerspruchs davon ausgingen, dass eine Hebung des Hindernisses, mithin eine Beibringung der fehlenden Genehmigung nicht (mehr) binnen angemessener Frist möglich sein würde. Die Durchführung eines ggf. mehrere Instanzen umfassenden Verwaltungsstreitverfahrens musste keinesfalls abgewartet werden (ähnlich OLG München, ZIP 2015, 1879, 1880 im Falle zunächst erforderlicher Beschaffung anderer Titel; siehe auch BayObLGZ 1984, 126, 129); das Fehlen der Genehmigung stand damit vielmehr einem nicht behebbaren Hindernis gleich, sodass eine (weitere) Fristsetzung oder Fristverlängerung nicht in Betracht kam.

13 cc) Ob das Bezirksamt die Erteilung der Genehmigung nach § 172 BauGB zu Unrecht versagt hat, ist dabei durch das Grundbuchamt nicht zu prüfen (vgl. *Abramenko* in Jennißen, WEG, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 46; *Häublein*, ZWE 2022, 37, 41 zur Abgeschlossenheitsbescheinigung). Auch hat das Grundbuchamt keine eigenen Ermittlungen anzustellen (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2022, 243, 244; *Abramenko* in Jennißen, WEG, § 7 Rdnr. 47). Ebenso wenig ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde im Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellen, dass die Nichterteilung der Genehmigung – die nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Sachstand noch verwaltungsgerichtlich überprüft wird – rechtswidrig war. Der Senat prüft die Rechtmäßigkeit des Handelns des Grundbuchamtes. Darf das Grundbuchamt – wie hier – das Fehlen einer für die Eintragung erforderlichen Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB nicht einfach ausblenden, gilt dies gleichermaßen für die rechtliche Überprüfung dieses Vorgehens im Rechtsbeschwerdeverfahren. Die Überprüfung der Genehmigungsversagung ist Sache der Verwaltungsgerichte, nicht des Grundbuchamtes.

14 dd) Schließlich folgt die Notwendigkeit einer (weiteren) Fristverlängerung entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch nicht aus einer entsprechend § 878 BGB erworbenen Rechtsposition.

15 (1) Richtig ist allerdings, dass § 878 BGB auf die sich aus dem Genehmigungserfordernis aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 1, 3 BauGB ergebende Verfügungsbeschränkung des teilenden Grundstückseigentümers entsprechend anwendbar ist (siehe hierzu Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 11). Richtig ist weiter, dass die nicht fristgebundene Grundbuchbe-

schwerde wie ein neuer Antrag zu behandeln ist, wenn die Zurückweisung des Eintragungsantrags rechtsfehlerfrei war und der zurückweisende Beschluss lediglich aufgrund neuer Tatsachen aufgehoben wird. Infolgedessen ist eine nach Stellung eines Antrags auf Vollzug einer Teilungserklärung in Kraft getretene Umwandlungsverordnung im Sinne von § 250 Abs. 1 Satz 1, 3 BauGB zu beachten, wenn eine Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags nur deshalb erfolgreich ist, weil die Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB erstmals im Beschwerdeverfahren beigebracht wird. Das Grundbuchamt darf dann die Eintragung gemäß § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB nur bei Nachweis einer Genehmigung vornehmen (siehe hierzu ebenfalls Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 17 f.).

16 (2) Entgegen der Rechtsbeschwerde führt aber die entsprechende Anwendung von § 878 BGB, dem ohnehin Ausnahmecharakter zukommt (vgl. MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl., § 878 Rdnr. 3; jurisPK-BGB/Vieweg/Egger, Stand: 15.03.2023, § 878 Rdnr. 3), nicht dazu, dass eine grundsätzlich im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO angemessene Frist nur deshalb weiter zu verlängern wäre, weil der Antragsteller zwischenzeitlich in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt worden ist und er bei einer Antragszurückweisung die aus § 878 BGB folgende Rechtsposition verliert. Es ist bereits umstritten, ob einem Antragsteller die Schutzwirkung des § 878 BGB überhaupt zugutekommen kann, wenn von ihm beizubringende Unterlagen bei Antragstellung (noch) nicht vorliegen (siehe näher hierzu Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 15). Das muss hier allerdings nicht entschieden werden. Denn auch unter Berücksichtigung der Schutzwirkung von § 878 BGB bleibt es dabei, dass die von dem Grundbuchamt gesetzte (bereits verlängerte) Frist angemessen und nicht weiter zu verlängern war. § 18 GBO konkretisiert zwar, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend bemerkt, die Fürsorgepflicht des Grundbuchamtes, und dem Antragsteller bleiben, wenn das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlässt, Rang und Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten, erhalten (vgl. Senat, Beschluss vom 24.04.2017, V ZB 121/16, WuM 2017, 486 Rdnr. 11; Beschluss vom 26.06.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 6; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 18 GBO Rdnr. 1). § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO dient aber, auch wenn eine anstelle einer Zurückweisung des Antrags wegen Fehlens von Eintragungsvoraussetzungen erfolgende Zwischenverfügung (zunächst) zur Rangwahrung und zum Schutz vor nachträglichen Verfügungsbeschränkungen führt, nicht dem (längerfristigen) Erhalt einer solchen – etwa entsprechend § 878 BGB gewährten – Rechtsposition, sondern dem geordneten Fortgang des Grundbuchverfahrens (siehe oben Rdnr. 11). Die Angemessenheit einer gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO gesetzten, eventuell bereits verlängerten Frist zur Hebung eines Eintragungshindernisses richtet sich deshalb auch nicht danach, ob nach Antragstellung – unter Umständen zunächst sowohl für den Antragsteller als auch für das Grundbuchamt nicht vorhersehbar – der Verlust einer Rechtsposition wegen nachträglicher Verfügungsbeschränkungen droht, sondern allein danach, wie lange der Zeitraum zur Hebung

des Hindernisses nach Grundbuchaktenlage unter Berücksichtigung des Erledigungsinteresses und der Aufgaben des Grundbuchamtes zu bemessen ist.

(...)

15. Verfahren im Falle einer „isolierten Umfirmierung“ der bislang unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts

OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 34 Wx 192/24e

BGB § 707a

BNotO § 21

GBO §§ 19, 22 Abs. 2, § 47 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Auch im Falle der „isolierten Umfirmierung“ einer nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO a. F. im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedarf es gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB der Bewilligung derjenigen Gesellschafter, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO a. F. im Grundbuch unter der gemeinsamen Bezeichnung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen sind, sowie der Zustimmung der im Grundbuch einzutragenden Gesellschaft nach § 22 Abs. 2 GBO.
2. Sofern der Notar neben den nach Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB erforderlichen Erklärungen auch die Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister beglaubigt hat, in der wiederum informatorisch auf den im Eigentum der GbR stehenden Grundbesitz verwiesen wird, kann er durch eine Bescheinigung analog § 21 BNotO bestätigen, dass die aufgrund seiner Anmeldung registrierte Gesellschaft diejenige ist, die die Zustimmung erklärt hat und auf die sich die Bewilligung der derzeit eingetragenen Gesellschafter bezieht.
3. Einer erneuten Abgabe der zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen nach Registrierung der GbR im Gesellschaftsregister bedarf es dann nicht.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2025, 73.

16. Nachweisanforderungen der Identität von GbR und eGbR

OLG Dresden, Beschluss vom 24.07.2024, 17 W 396/24

BNotO § 21

GBO §§ 29, 47 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Wird die dingliche Einigungserklärung von einer GbR noch vor deren Registereintragung abgegeben, bedarf es grundbuchverfahrensrechtlich eines Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, dass die GbR mit der eGbR identisch ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Identitätserklärung durch den Notar genügt in Form eines mit qualifizierter elektronischer Signatur und mit dem entsprechenden Notarattribut versehenen elektronischen Dokuments. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Mit notariellem Kaufvertrag von Teileigentum mit Auflassung, UVZ-Nr. (...) des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 29.09.2023, veräußerte der Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 sein im Vertrag näher bezeichnetes Teileigentum (Miteigentumsanteile an verschiedenen Flurstücken, eingetragen im Teileigentumsgrundbuch von X des AG Pirna, Gemarkung X, Bl. [...]6, [...]7, [...]5 und [...]9) zum Kaufpreis von 12.000 €.

2 Der verfahrensbevollmächtigte Notar beantragte mit Schriftsatz vom 12.03.2024 beim Grundbuchamt unter anderem die Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligten zu 2 und reichte, nachdem ihm dies mit Zwischenverfügung vom 26.03.2024 aufgegeben war, seine Urkunde UVZ-Nr. (...) vom 05.01.2024 nach, wonach sämtliche Gesellschafter der Beteiligten zu 2 gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB bewilligten, die Bezeichnung der Eigentümer bzw. Vormerkungsberechtigten dahin gehend richtigzustellen, dass die gemäß Urkunde UVZ-Nr. (...) des beglaubigten Notars angemeldete Gesellschaft als Eigentümerin eingetragen wird. Auf die mit Urkunde UVZ-Nr. (...) beantragte Gesellschaftsregistereintragung werde Bezug genommen. Der Notar werde beauftragt und bevollmächtigt, nach Eintragung die Identität zu bestätigen und für eine Grundbuchberichtigung zu sorgen. Er erklärte:

3 „Aufgrund Einsicht in das elektronisch geführte Gesellschaftsregister des AG Dresden vom 12.03.2024 bescheinige ich, Notar, hiermit, dass unter GsR (...) die BeGbR mit Sitz in X eingetragen ist.

4 Aufgrund der in der Urkunde UVZ-Nr. (...) enthaltenen Vollzugsvollmacht bestätige ich hiermit, dass die Erwerberin die Bezeichnung B eGbR trägt, ihren Sitz in X hat und beim Gesellschaftsregister des AG Dresden unter der Nr. (...) geführt wird und es sich um die mit Urkunde UVZ-Nr. (...) angemeldete GbR handelt.

5 Mit Beschluss vom 23.05.2024 erließ das Grundbuchamt eine weitere Zwischenverfügung. Für die Eintragung

der BeGbR im Grundbuch bedürfe es gemäß Art. 229 § 21 EGBGB der notariellen Zustimmungserklärung der zwischenzeitlich am 09.01.2024 im Register eingetragenen eGbR. Wirksame Erklärungen der eGbR könnten erst nach Eintragung im Gesellschaftsregister, hier erfolgt am 09.01.2024, abgegeben werden. Die seitens der GbR abgegebene Zustimmungserklärung sei am 05.01.2024 und damit vor Registereintragung erfolgt. Für den Vollzug des Antrages bedürfe es einer Zustimmungserklärung, alternativ einer Nachgenehmigung der eingereichten Urkunde UVZ-Nr. (...) durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter in grundbuchgerechter Form.

6 Hiergegen hat der verfahrensbevollmächtigte Notar mit am 04.06.2024 eingegangenem Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Es sei lediglich die Identität der bereits vor Eintragung als GbR bestehenden Gesellschaft mit der eGbR zu bestätigen. Da dies kein höchstpersönlicher Akt sei, hätten die Gesellschafter ihn als Notar bevollmächtigen können, diese Erklärung abzugeben. Im Übrigen verwies er auf eine Entscheidung des OLG München vom 22.05.2024, 34 Wx 71/24e. Außerdem sei in den Bl. (...)8 bis (...)4 und (...)1 bis (...)7 die Namensberichtigung aufgrund seiner beanstandeten Urkunde UVZ-Nr. (...) bereits vollzogen worden.

7 Mit Verfügung vom 13.06.2024 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

8 Die Beschwerde ist gemäß § 71 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Da der Notar nicht angegeben hat, für wen er die Beschwerde führt, sind als Beschwerdeführer alle Antragsberechtigten, hier die Beteiligten zu 1 und 2, anzusehen (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.07.2021, 15 W 2283/21, ZWE 2022, 43 m. w. N.).

9 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

10 Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis der fehlenden Zustimmungserklärung oder Nachgenehmigung der eingereichten Urkunde UVZ-Nr. (...) durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter der Beteiligten zu 2 liegt nicht vor.

11 1. Gemäß § 47 Abs. 2 GBO soll für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Recht nur eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Vorliegend sind die dinglichen Erklärungen noch vor der Registereintragung der Beteiligten zu 2 erfolgt, sodass diese nur für die zwar materiellrechtlich existente Beteiligte zu 2, aber nicht durch Registerpublizität bestätigte eGbR wirken. Es bedarf daher grundbuchverfahrensrechtlich eines Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, dass die Beteiligte zu 2 mit der BeGbR identisch ist.

12 2. Die Identität zwischen erklärender GbR und einzutragender eGbR kann auf verschiedene Weise nachgewiesen werden. Zum einen kann der verfahrensbevollmächtigte Notar eine Bescheinigung über die Identität in entsprechender Anwendung des § 21 BNotO durch gesiegelte Eigenurkunde vorlegen, soweit er in der Erwerbsurkunde bevollmächtigt ist, die erwerbende Gesellschaft zum Gesellschaftsregister anzumelden, und dem nachkommt. Die



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Identität der GbR und der eGbR kann er so bescheinigen, da er zuverlässig bestätigen kann, dass die aufgrund seiner Anmeldung registrierte Gesellschaft die erwerbende sein muss, da er zur Anmeldung nur dieser Gesellschaft bevollmächtigt war (*Meier*, NJW 2024, 465, 468). Zum anderen kann Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB entsprechend angewendet werden. Der Nachweis der Identität der Beteiligten zu 2 mit der nunmehrigen eGbR wird danach durch die Bewilligung seitens aller im Grundbuch vermerkten Gesellschafter sowie der Zustimmung durch die im Register ausgewiesene eGbR geführt, wenn die GbR bereits mit ihren Gesellschaftern in das Grundbuch eingetragen ist. Da insoweit der Notar bevollmächtigt werden kann, ist eine entsprechende Bewilligungsabgabe durch ihn mittels gesiegelter Eigenurkunde nach Eintragung der eGbR möglich (*Meier*, NJW 2024, 465, 469).

13 3. Vorliegend hat der verfahrensbevollmächtigte Notar den Nachweis der Identität zwischen der Beteiligten zu 2 und der B eGbR nach dem objektiven Erklärungsgehalt seines Schreibens vom 12.03.2024 durch Abgabe einer Identitätserklärung geführt. Ob er darüber hinaus im Schreiben vom 12.03.2024 auch die Zustimmung der vertretungsberechtigten Gesellschafter der B GbR erklärt hat, kann daher offenbleiben.

14 a) Gemäß § 21 Abs. 1 und 2 BNotO darf der Notar, wenn er sich zuvor über die Eintragung Gewissheit verschafft hat, Bescheinigungen über das Bestehen einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft ausstellen, wenn sich diese Umstände aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergeben. Dabei hat er den Tag der Einsichtnahme in das Register oder den Tag der Ausstellung der Abschrift in der Bescheinigung anzugeben, § 21 Abs. 2 Satz 2 BNotO.

15 Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Notar hat das Bestehen der B eGbR bescheinigt und hierzu auch das Datum der Einsichtnahme in das elektronische Gesellschaftsregister (12.03.2024) ausdrücklich angegeben. Indem er weiter erklärte, dass die Erwerberin (Beteiligte zu 2) die Bezeichnung B eGbR trage und es sich dabei um die mit seiner Urkunde UVZ-Nr. (...) angemeldete GbR handele, hat er die Identität zwischen der Beteiligten zu 2 und der B eGbR in einer die oben aufgezeigten Anforderungen erfüllenden Weise erklärt.

16 b) Dem steht nicht entgegen, dass das Schreiben vom 12.03.2024 nicht vom Notar unterschrieben und gesiegelt, sondern als reine elektronische Textdatei beim Grundbuchamt eingereicht wurde. Dieses weist zwar zu Recht auf die Anforderungen des § 29 GBO hin. Vorliegend genügt jedoch die Übersendung eines mit qualifizierter elektronischer Signatur und mit dem entsprechenden Notarattribut versehenen elektronischen Dokuments. Denn § 29 GBO wird ergänzt durch § 137 GBO, der die grundbuchrechtlich zu wählende Form im Falle elektronischer Dokumente regelt. Gemäß § 137 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis dergestalt geführt werden, dass ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument (§ 137 Abs. 1 Satz 1 GBO) oder ein öffentliches elektronisches Dokument im Sinne von § 371a Abs. 3

Satz 1 ZPO (§ 137 Abs. 1 Satz 2 GBO) übermittelt wird, wobei im Fall des § 137 Abs. 1 Satz 2 GBO das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen und das der Signatur zugrunde liegende qualifizierte Zertifikat oder ein zugehöriges qualifiziertes Attributzertifikat die Behörde oder die Eigenschaft als mit öffentlichem Glauben versehene Person erkennen lassen muss. In den Anwendungsbereich des § 137 Abs. 1 Satz 2 GBO fallen auch notarielle Eigenurkunden (*Meyer/Mödl*, DNotZ 2009, 743, 746). Daher ist es nicht notwendig, dass der Notar zunächst ein Papierdokument mit Unterschrift und Siegel errichtet, um dieses dann anschließend auf elektronischem Wege zu übermitteln (OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.03.2018, 8 W 437/16, NJW-RR 2018, 758; *Wilsch* in BeckOK-GBO, Stand: 03.06.2024, § 137 Rdnr. 5a).

17 Nach alledem war die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben.

(...)

17. Richtigstellung des Grundbuchs bei identitätswahrendem Rechtsformwechsel der GbR zur KG – keine Voreintragung im Gesellschaftsregister

OLG München, Beschluss vom 22.05.2024, 34 Wx 71/24e

BGB § 707c

EGBGB Art. 229 § 21

FamFG §§ 26, 29 Abs. 1

GBO § 15 Abs. 2, §§ 22, 71 Abs. 1

LEITSATZ:

Wechselt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Wahrung ihrer Identität ihre Rechtsform in eine Kommanditgesellschaft, so setzt deren Eintragung im Grundbuch als Eigentümer nicht die Voreintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Gesellschaftsregister voraus.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in MittBayNot 2025, 160.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Jakob Baumgartner**, LL.M. (Cambridge), München

In dem Beschluss des OLG München geht es um Fragen der Voreintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister bei einem Formwechsel einer im Grundbuch eingetragenen GbR in eine KG und Fragen der praktischen Nachweisbarkeit der Identität der KG mit der GbR.

1. Sachverhalt

Drei natürliche Personen sind als Gesellschafter einer GbR im Grundbuch eingetragen. Diese gründen eine GmbH, welche wiederum in die GbR eintritt. Anschließend wird die GbR in eine KG formwechselnd umgewan-

delt, bei welcher die GmbH Komplementärin und die natürlichen Personen Kommanditisten werden. Die GbR wird nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen. Die GbR-Gesellschafter geben eine Grundbuchberichtigungsbewilligung ab. Nach Anmeldung zum Handelsregister und der Eintragung der KG „beantragt“ der Notar Grundbuchrichtigstellung der Bezeichnung der GbR nunmehr als GmbH & Co. KG; dazu bescheinigt er die Identität der beiden Gesellschaften. In der Handelsregisteranmeldung wurde informatorisch festgehalten, dass es sich um eine im Wesentlichen gegenstands- und vermögensidentische Gesellschaft handele.

Das Grundbuchamt lehnte die Richtigstellung ab, da es von der Neugründung einer KG ausging und aufgrund des zusätzlichen Gesellschafters eine Identität mit der bisherigen GbR verneinte.

2. Entscheidung

Das OLG München stellt zunächst fest, dass keine Berichtigung (§ 22 GBO), sondern eine Richtigstellung zu erfolgen hat. Denn bei dem identitätswahrenden Formwechsel ändert sich nur die Bezeichnung des Eigentümers, ohne dass der öffentliche Glaube (§ 892 BGB) betroffen ist und daher keine materielle Unrichtigkeit (§ 894 BGB) eintreten kann.

Die Richtigstellung erfolgt von Amts wegen (§ 26 FamFG); das Freibeweisverfahren (§ 29 Abs. 1 Satz 1 FamFG) ist einschlägig, bei dem die Voraussetzungen des § 29 GBO nicht gelten.

Die Identität der eingetragenen GbR mit der neuen KG stellte das Gericht in der Gesamtschau aus Bewilligung (§ 19 GBO), Handelsregisteranmeldung, Registerauszug, Vergleich von Sitz und Unternehmensgegenstand, welche beide übereinstimmen, sowie notarieller Identitätsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO fest. Es ging von einem identitätswahrenden Wechsel der Rechtsform der Berechtigten aus. Der vorangegangene Wechsel im Gesellschafterbestand führt ebenfalls nicht zu einem Voreintragungserfordernis, weil die GbR rechtlich verselbstständigt ist.

Auch aus § 707c Abs. 1 BGB ergibt sich keine Voreintragungspflicht, weil es sich um ein eigenes Verfahren handelt, das hier nicht gewählt wurde. Ebenso wenig sieht § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB eine Voreintragungspflicht vor.

Schließlich folgt aus dem Umstand, dass in der Handelsregisteranmeldung lediglich von einer im Wesentlichen gegebenen Gegenstands- und Vermögensidentität ausgegangen wird, nichts Abweichendes, weil der Wille zur Fortführung und die Übereinstimmung in wesentlichen Punkten dennoch weiterhin vorhanden ist, was entscheidend ist.

3. Stellungnahme und praktische Hinweise

Der Beschluss überzeugt in vielerlei Hinsicht und bestätigt zahlreiche im Schrifttum herausgearbeitete Überlegungen. Zudem wird damit eine praxistaugliche Gestal-

tungsvariante obergerichtlich mit Rechtssicherheit versehen.

Zunächst ist sehr zu begrüßen, dass eine Pflicht zur Voreintragung aufgrund des MoPeG nicht schlechthin für erforderlich gehalten wird. Insbesondere lässt sich eine solche nicht aus § 707c BGB ableiten, denn der dort geregelte Statuswechsel stellt lediglich für die Fälle der eGbR verfahrensrechtliche Vorgaben auf. Auf die nicht eingetragene GbR wirkt er sich nicht aus, denn er wurde gerade nicht für jede GbR geschaffen.

Das Gericht stellt ferner zutreffend fest, dass es sich um einen Fall der gesetzlich nicht geregelten Grundbuchrichtigstellung und nicht der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) handelt.¹ Es geht hier nur um die Änderung der Bezeichnung des Rechtsträgers, woran kein guter Glaube geknüpft sein kann. Daher ist das Grundbuch nicht unrichtig, sondern weist nur eine Unvollständigkeit von Tatsachen auf.² Denn es ist nicht möglich, ein Recht im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Bezeichnung zu erwerben, die Identität des Rechtsträgers bleibt gewahrt.³

Richtig ist ferner, dass eine Voreintragung der GbR nach Art. 229 § 21 EGBGB nicht für erforderlich gehalten wird. Denn die Norm setzt „Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen,“ voraus. Dieses Tatbestandsmerkmal wird regelmäßig dahin gehend präzisiert, dass eine Verfügung⁴ erforderlich ist, die hier nicht gegeben ist,⁵ weil sich nicht der Rechtsträger als solches ändert, sondern nur die Rechtsform. Auch der Eintritt eines zusätzlichen Gesellschafters, der GmbH, führt zu keiner abweichenden Bewertung, weil die GbR selbst rechtsfähig und insoweit verselbstständigt ist und diese bzw. die formgewechselte KG (weiterhin) Eigentümerin unabhängig von ihrem Gesellschafterkreis und der Rechtsform bleibt.⁶ Die Regierbegründung zu Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB stellt neben Veräußerungen bzw. Verfügungen auch darauf ab, dass die GbR „auf andere Weise“ eine Rechtsposition erwirbt.⁷ Dazu zählen insbesondere Anwachsung und Ver-

- 1 Anknüpfend an die bisherige Rechtsprechung: BayObLG, Beschluss vom 07.05.2002, 3 Z BR 55/02, RNotZ 2002, 347, 348; OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 70/15, NZG 2016, 275; KG, Beschluss vom 01.10.2008, 1 W 203/07 und 220/07; 1 W 38/08 und 39/08, RNotZ 2009, 239; *Demharter in Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 23; *Holzer in BeckOK-GBO*, Stand: 03.06.2024, § 22 Rdnr. 95; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 4281.
- 2 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4281.
- 3 *Heckschen/Brill*, NotBZ 2024, 263; *Holzer*, ZIP 2024, 1825, 1826; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 94; BT-Drucks. 19/27635, S. 216.
- 4 *Wobst*, ZPG 2023, 58, 61.
- 5 *Holzer*, ZIP 2024, 1825, 1826.
- 6 So schon: OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 70/15, NZG 2016, 275, 276.
- 7 BT-Drucks. 19/27635, S. 216.

schmelzung.⁸ Eine Ausnahme wird in Fällen vertreten, in denen die Gesellschaft Rechte *verliert*; dann wird nur eine Bewilligung der eingetragenen Gesellschafter für erforderlich gehalten.⁹ Die Voreintragung ist ferner beim liquidationslosen Erlöschen durch Anwachsung entbehrlich.¹⁰

Auch aus teleologischer Sicht ist eine Voreintragung nicht geboten. Sinn und Zweck von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB ist, einen gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen.¹¹ Die Norm soll den Gutglaubensschutz insbesondere nach Abschaffung des § 899a BGB a. F. durch das Gesellschaftsregister (§ 707b Abs. 3 Satz 1 BGB) ermöglichen, aber dies ist bei einer fehlenden Änderung des Rechtsträgers nicht erforderlich, weil kein Rechtsübergang stattfindet.¹²

Sinn und Zweck des Voreintragungsgebots ist außerdem, keine abweichende Nennung des Gesellschafterbestands im Grundbuch als im Gesellschaftsregister zu haben. Eine derartige Gefahr besteht aber bei einem Formwechsel mit einer Eintragung lediglich des Rechtsträgers, hingegen nicht der Gesellschafter, im Grundbuch nicht.¹³

Nicht zu überzeugen vermag, dass das OLG die Identitätsbescheinigung des Notars auf § 21 Abs. 1 Satz 1 BNotO stützt. Die Entscheidung ist insoweit unpräzise. Im konkreten Fall ist die GbR gerade nicht in einem Gesellschaftsregister eingetragen, sodass keine Identität nach § 21 Abs. 1 Satz 1 BNotO bescheinigt werden kann.¹⁴ Diese Norm erlaubt lediglich eine Vertretungs- (Nr. 1) oder Existenzbescheinigung (Nr. 2). Es können also aufgrund dieser Norm bezüglich der (nunmehr) eingetragenen KG nur deren Vertretungsverhältnisse und Existenz bescheinigt werden.

Bei der Beteiligung einer nicht eingetragenen GbR an einer Verfügung über Grundbesitz (insbesondere Kauf und Verkauf) wird regelmäßig eine notarielle Identitätsbescheini-

gung¹⁵ für erforderlich gehalten. Das Erfordernis gilt genauso bei einem Formwechsel,¹⁶ denn das Grundbuchamt benötigt auch hier einen Nachweis der Übereinstimmung der Gesellschaften. Diese ist gesetzlich nicht geregelt und wird entweder auf § 21 BNotO analog¹⁷ oder auf § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO¹⁸ gestützt. Im Ergebnis kommt es auf die genaue Rechtsgrundlage nicht an und das Gericht hält es für möglich,¹⁹ dass der Notar die Identität zwischen der im Grundbuch eingetragenen und der im Handelsregister eingetragenen KG bescheinigt.

Diese Vorgehensweise mittels notarieller Identitätsbescheinigung weist allerdings ein gewisses haftungsrechtliches Risiko für den Notar auf, denn es mag Fälle geben, in denen nur die Gesellschafter selbst Kenntnis vom vollständigen Gesellschafterbestand (zum Beispiel nach etwaigen Wechseln im Gesellschafterkreis) haben und dieser möglicherweise so nicht im Grundbuch abgebildet ist. Zudem kann es auch weitere GbRs mit denselben im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern geben.²⁰

8 Freier in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 3 Rdnr. 696; Wobst, ZPG 2023, 58, 61.

9 Wobst, ZPG 2023, 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328. Generell ist bei Rechtsverlusten bzw. einem Ausscheiden der GbR aus dem Grundbuch eine Voreintragung nicht entbehrlich, weil der Wortlaut von Art. 229 § 21 BGB eindeutig ist und der Rechtsverkehr transparent über die Beteiligungsverhältnisse an einer grundbesitzenden GbR informiert werden soll; § 40 GBO ist insoweit nicht analog anzuwenden (Freier in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 3 Rdnr. 697; Wobst, ZPG 2023, 58, 60).

10 DNotI-Report 2024, 89, 91.

11 BT-Drucks. 19/27635, S. 216; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328; Meier, NJW 2024, 465, 466; Wobst, ZPG 2023, 58, 58; Bormann/Kraus in FS Heidinger, 2023, S. 47, 56.

12 Heckschen/Brill, NotBZ 2024, 263, 264; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328.

13 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328; Heckschen/Brill, NotBZ 2024, 263, 264.

14 Heckschen/Brill, NotBZ 2024, 263, 264.

15 In rechtsdogmatischer Hinsicht wird eine notarielle Identitätsbescheinigung dadurch gerechtfertigt, dass nach Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB die Voreintragung aufgrund Bewilligung der „verlierenden“ Grundbuch-GbR und Zustimmung der gewinnenden eGbR erfolgt, um die Identität zwischen beiden Gesellschaften feststellen zu können. Dieser Nachweis kann auch durch eine notarielle Identitätsbescheinigung als eine notarielle Urkunde, die als öffentliche Urkunde eine höhere Qualität aufweist, erfolgen; der Notar kann insoweit bevollmächtigt werden, vgl. Meier, NJW 2024, 465, 469; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 330. Nach anderer Auffassung wird die Zulässigkeit der notariellen Identitätserklärung rechtsdogmatisch mit § 21 Abs. 1 und 3 BNotO analog begründet, weil sie sich aus einer Gesamtchau von einer Bescheinigung des Notars über die ihm erteilte Vollmacht und die Eintragung in das Register ergibt (Meier, NJW 2024, 465, 469).

16 Der Nachweis der Übereinstimmung der Gesellschaft vor und nach dem Rechtswechsel ist ein schon länger bestehendes Problem, das in der Vergangenheit über Behelfslösungen wie der Vorlage einer Anmeldung zum Handelsregister gelöst wurde (Heckschen/Weitbrecht, in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 5 Rdnr. 4).

17 Meier, NJW 2024, 465, 469.

18 Heckschen/Brill, NotBZ 2024, 263, 264; Heckschen/Englich, ZPG 2024, 281, 283; Freier in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 3 Rdnr. 676; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 330; Sander in BeckOK-BNotO, Stand: 01.08.2024, § 21 Rdnr. 11 („gutachterliche Bestätigung“) bzw. § 24 Rdnr. 50 f.

19 Insoweit ist die Entscheidung des OLG München generell sehr hilfreich, als obergerichtlich die Zulässigkeit einer Identitätsbescheinigung für zulässig gehalten wird, denn es gibt mittlerweile Stimmen die aufgrund von zwischenzeitlichen Änderungen im Gesellschafterbestand eine notarielle Identitätsbescheinigung für nicht zulässig halten (vgl. dazu Heckschen/Englich, ZPG 2024, 281, 283).

20 Freier in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 3 Rdnr. 676a; Heckschen/Englich, ZPG 2024, 281, 283; Freier, NotBZ 2024, 241, 247.



Wenn man den vom OLG München bestätigten Weg gehen möchte, bietet es sich in praktischer Hinsicht an, in die Handelsregisteranmeldung zusätzlich eine Grundbuchrichtigstellungsbewilligung mit Bezeichnung der Grundstücke sowie vorsorglich eine Vollmacht des Notars zur Identitätserklärung aufzunehmen. Zumindest sollte rein informatorisch der Grundbesitz erwähnt werden, um dadurch die Identitätsbestimmung zu erleichtern. Wenn der Grundbesitz aus der Handelsregisteranmeldung ersichtlich ist, ist aufgrund der Zusammengehörigkeit die Identitätsbestimmung bezüglich der Gesellschaften leichter, klarer und mit mehr Rechtssicherheit möglich. Bei der Vorlage zum Registergericht sollte aufgrund der öffentlichen Einsehbarkeit dieser grundstücksbezogene Teil „geweißt“ und eine entsprechende nur auszugsweise beglaubigte Abschrift übermittelt werden. In jedem Fall sollten möglichst viele Nachweise dem Registergericht übermittelt werden, um die Richtigstellung zu erleichtern.²¹

Zwar ist eine Voreintragung nicht notwendig, aber für die Nachvollziehbarkeit des Gesellschafterwechsels hilfreich und bedeutet eine gewisse Erleichterung für den Identitätsnachweis. Denn nur die Voreintragung eröffnet die Möglichkeit des Statuswechsels (§ 707c Abs. 1 BGB) als eine praxistaugliche verfahrensrechtliche Vorgehensweise; es handelt sich dabei um ein rein verfahrensrechtliches Institut.²² Dieses ist nur im Falle der eGmbH möglich.²³ Der Statuswechsel hat schließlich den Vorteil, dass er mehr Sicherheit und Nachvollziehbarkeit aufgrund des Statuswechselvermerks nach § 707c Abs. 2 BGB bietet.²⁴ Dadurch lassen sich Vollzugsschwierigkeiten reduzieren. Das Grundbuchamt kann durch Einsichtnahme in die Register rechtssicher die zwischen den in beiden Registern eingetragenen Gesellschaften erforderliche rechtliche Identität prüfen.²⁵

4. Zusammenfassung

Im Sinne der Praktikabilität ist dieser Beschluss sehr hilfreich. Der Vollzug eines Formwechsels einer grundbesitzenden GmbH wird durch das fehlende Voreintragungserfordernis erleichtert und beschleunigt. Es handelt sich um eine der wenigen Ausnahmen vom durch das MoPeG eingeführten Voreintragungsgebot. Diese Ausnahme lässt sich vor allem dadurch begründen, dass mangels Verfügung und Beteiligung Dritter Einschränkungen zur Gewährleistung von Gutgläubensschutz nicht erforderlich sind.

²¹ Holzer, ZIP 2024, 1825, 1826.

²² Heckschen/Weitbrecht in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 5 Rdnr. 12 ff., vgl. Rdnr. 18 ff. zu den materiellrechtlichen Grundsatzfragen des Statuswechsels; Heckschen/Englich, ZPG 2024, 281, 286.

²³ Heckschen/Englich, ZPG 2024, 281, 286.

²⁴ Heckschen/Brill, NotBZ 2024, 263, 264.

²⁵ Heckschen/Weitbrecht in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 5 Rdnr. 6.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Zur Rechtswahl des Erbstatuts in einem auf separaten Dokumenten errichteten gemeinschaftlichen Testament

OLG Saarbrücken, Urteil vom 24.01.2024, 5 U 8/23

BGB §§ 1939, 2265, 2070, 2078, 2087 Abs. 2

EuErbVO Art. 22 Abs. 1 und 3, Art. 25 Abs. 3, Art. 83

LEITSÄTZE:

1. Zur stillschweigenden Wahl deutschen Rechts durch im Inland ansässige Ehegatten, die im Nachgang zu einer erbvertraglichen Verfügung in weiteren privatschriftlichen Testamenten ergänzende Anordnungen zum Schicksal ihres in Frankreich belegenen Grundbesitzes treffen.
2. Ein gemeinschaftliches Testament kann ungeachtet der Formerleichterung des § 2265 BGB auch in getrennten Urkunden enthalten sein, wenn daraus der Wille der Ehegatten erhellt, eine gemeinschaftliche Erklärung abzugeben. Davon kann auszugehen sein, wenn beide Urkunden nahezu zeitgleich am selben Ort errichtet wurden, erkennbar aufeinander bezogen sind und inhaltlich darauf abzielen, dem in früheren Verfügungen zum Ausdruck gebrachten Willen, die gemeinsamen Kinder vermögensrechtlich gleich zu behandeln, zum Erfolg zu verhelfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger hat nach dem Tode des gemeinsamen Vaters der Parteien, F N (im Folgenden: Erblasser), mit seiner am 06.05.2022 zum LG Saarbrücken eingereichten Klage in erster Linie die Erfüllung eines testamentarischen Vermächtnisses durch den Beklagten, seinen Bruder, begehrt und hilfsweise außerdem, im Wege einer Stufenklage, Pflichtteilsansprüche und dies vorbereitende Ansprüche auf Erteilung von Auskünften und ggf. Versicherung deren Richtigkeit an Eides statt geltend gemacht. Die Mutter der Parteien, M N, starb am (...) 2013, der Vater am (...) 2021. Der Beklagte erwirkte nach dessen Tode beim AG – Nachlassgericht – Saarlouis ein Europäisches Nachlasszeugnis (...), das ihn – unter Bezugnahme auf ein notarielles Testament des Erblassers vom 05.05.2015 – als alleinigen Erben nach seinem Vater ausweist (...).

2 Die Eltern der Parteien hatten wiederholt letztwillige Verfügungen errichtet. Am 13.04.1989 schlossen sie einen Erbvertrag (UR Nr. [...] des Notars O T [...]), in dem sie sich gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen unbeschränkten Erben einsetzten; ergänzend bestimmten sie jeweils einseitig und ohne erbvertragliche Bindung, dass der Beklagte Erbe des Längerlebenden sein solle. Am selben Tage wurde zwischen den Eheleuten und dem Kläger außerdem ein Erbverzichts- und Pflichtteilsverzichtsvertrag beurkundet (UR Nr. [...] desselben Notars [...]), wonach der Kläger für sich und seine Abkömmlinge gegenüber seinen Eltern auf sein gesetzliches Erb- und Pflicht-

teilsrecht an deren künftigen Nachlass verzichtete. In einer handschriftlichen, mit „Testament“ überschriebenen und von beiden Eheleuten unterschriebenen Urkunde vom 20.06.2008 (...) heißt es sodann:

„Im Vollbesitz unserer geistigen Kräfte und ohne Zwang, verfügen wir, dass über unser Vermögen, wie folgt verfügt wird.

3 Unser Sohn D N, geb. am (...) 1957 in H, und wohnhaft in H, rue P 102, erhält als alleiniger Erbe, das Wohnhaus mit Grundstück, in Frankreich, in H, rue P 102, das Wohnhaus in Frankreich, in T, rue J 15, und die Eigentumswohnung Nr. 4 in Ü, H-Straße Nr. 5.“

4 Unter dem 02. bzw. 04.01.2009 unterzeichneten die Eheleute jeweils im Wesentlichen identisch formulierte Urkunden, die jeweils mit „Mein Testament“ überschrieben sind und die jeweils wie folgt lauteten (...):

„Ich (...) vermache hiermit an meinen Sohn, D N in H, rue P 102 wohnhaft, das Nackteigentum aller Güter auf französischem Boden, wovon (...) [= der jeweils andere Ehegatte] den lebenslänglichen und freien Nutznießungsrecht haben soll.

Das Pflichtteil meines Sohnes H N ist ihm auf deutschem Boden durch ein Testament gesichert, wodurch ihm das Familienhaus in Ü A vermacht ist, auch in Nackteigentum, weil mein (...) [= der jeweils andere Ehegatte] den Genuss lebenslänglich und unentgeltlich haben soll. So sind meine beiden Kinder gleichgestellt damit keiner eine Forderung gegen den andere geltend zu machen hat.

Das ist mein letzter Wille.“

5 Schließlich existiert ein weiteres gemeinschaftliches Testament vom 20.09.2010 (...), in dem die Eheleute zugunsten des Klägers bestimmten, dass dieser

„das Grundstück und Haus, F-Straße 8, Ü A, zu jeder Zeit betreten und sich darin aufhalten darf. Über eine Veränderung oder den Verkauf des Anwesens, hat er das Recht zu entscheiden.“

6 Nach dem Tode der Ehefrau erklärte der Vater der Parteien mit notarieller Urkunde vom 03.11.2014 (UR Nr. [...] der Notarin E W [...]) – vorsorglich – die Anfechtung der Testamente vom 20.06.2008 und vom 20.09.2010. In einem privatschriftlichen Testament vom 20.11.2014 widerrief er, soweit rechtlich zulässig, alle seine bisherigen Verfügungen von Todes wegen und setzte den Beklagten zu seinem alleinigen Erben ein (...). Mit notarieller Urkunde vom 05.05.2015 (UR Nr. 0394/2015 derselben Notarin [...]) errichtete er ein weiteres Testament, in dem er den Beklagten zu seinem Alleinerben einsetzte, feststellte, dass der Kläger enterbt sein solle und alle vorherigen einseitig getroffenen Verfügungen von Todes wegen mit Ausnahme der im Erbvertrag 1989 erfolgten Schlusserbeneinsetzung des Beklagten widerrief. In der Folgezeit nahm der Kläger seinen Vater vor dem LG Saarbrücken auf Erfüllung der ihm in den vorgenannten Testamenten zugewandten Vermächtnisse und auf Schadensersatz in Anspruch; diese Klage wurde wegen

seinerzeit fehlender Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs abgewiesen, die dagegen eingelegte Berufung des Klägers zum Senat blieb erfolglos (Urteil vom 13.02.2019, 5 U 57/18, veröff. u. a. in ErbR 2019, 510).

7 Der Kläger hat vorrangig die am 20.06.2008 verfasste letztwillige Verfügung als wirksames gemeinschaftliches Testament seiner Eltern angesehen, durch das ihm die darin genannten Grundstücke jedenfalls als Vermächtnis zugewandt worden seien, deren Erfüllung er nunmehr – nach dem Tode des letztverstorbenen Ehegatten – verlangen könne. Die von seinem Vater erklärte Anfechtung dieses Testaments im Jahre 2014 sei unwirksam, da ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum nicht vorgelegen habe, was sich im Übrigen auch aus dem Urteil im Vorprozess zwischen ihm und seinem Vater ergebe. Auch das notarielle Testament seines Vaters aus dem Jahre 2015 beinhalte keine wirksame Aufhebung der früheren letztwilligen Verfügungen, nachdem darin eine für ihn bindende Vermächtnisanordnung getroffen worden sei. Ein entsprechender Bindungswille der Eltern ergebe sich insbesondere auch aus den nachfolgenden „Einzeltestamenten“ vom 02. bzw. 04.01.2009 sowie daraus, dass in dem Testament vom 20.06.2008 nur eine Verfügung zugunsten des Klägers getroffen worden sei, die Erblasser aber den übereinstimmenden Willen gehabt hätten, den Kläger trotz Erbverzichts gleichermaßen am Nachlass teilhaben zu lassen und dadurch ihre beiden Kinder gleichzustellen. Der mit seinen Eltern vereinbarte Erb- und Pflichtteilsverzicht sei mit einer Gegenleistung, nämlich der späteren Vermächtnisanordnung, einhergegangen; er könne nicht isoliert als solcher, sondern nur im Zusammenhang mit den nachfolgenden Verfügungen betrachtet werden. Sollte die Vermächtnisanordnung dennoch als unwirksam anzusehen sein, müsse dies aber zumindest im Wege der Auslegung zu einer Korrektur des Pflichtteilsverzichtsvertrags aufgrund einer Störung der Geschäftsgrundlage führen, was hilfsweise geltend gemacht werde.

8 Der Beklagte hat gemeint, schon aus den verschiedenen Urkunden und testamentarischen Verfügungen ergebe sich, dass ihre Eltern sich im Rahmen ihrer Erbfolge dafür entschieden hätten, dem Kläger keine Zuwendungen im Erbfall zu gewähren. Die seitens des Vaters erklärte Anfechtung aus dem Jahre 2014 sei wirksam gewesen und vor dem Hintergrund erfolgt, dass er unter allen Umständen alles seinerseits Mögliche und Erforderliche habe umsetzen wollen, um zu verhindern, dass der Kläger Zugriff auf das Vermögen der Familie erhalte. Ausweislich der notariellen Urkunde habe ein Anfechtungsgrund für seinen Vater vorgelegen; der Kläger habe seine Eltern mehrfach dazu gedrängt, von ihm verfasste Schriftstücke abzuschreiben und zu unterzeichnen, und das Vertrauen der Eltern sei wiederholt enttäuscht worden. Sämtliche Verfügungen der Eltern, mit Ausnahme der gegenseitigen Erbeinsetzungen, seien nicht als wechselbezügliche gewollt gewesen. Für den Schlusserbfall folge dies schon aus der Auslegung des Erbvertrags vom 13.04.1989. Auch bei dem späteren Schriftstück vom 20.06.2008 handele es sich nicht um ein gemeinschaftliches Testament mit wechselseitigen Verfügungen. Die beiden Einzeltestamente vom 02. und 04.01.2009

würden im Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts vom 26.02.2021 nicht einmal aufgeführt. Angesichts des im Jahre 1989 vereinbarten Pflichtteilsverzichts seien auch die mit der Stufenklage hilfsweise geltend gemachten Ansprüche ohne Weiteres unbegründet.

9 Das LG hat die Akten des Vorprozesses – (...) – und die Nachlassakten des AG Saarlouis – (...) – beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Mit dem angefochtenen Urteil (...), auf dessen Inhalt auch hinsichtlich der darin enthaltenen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die deutschen Gerichte seien nach Art. 4 der Verordnung (EU) 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO) zuständig, weil der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt habe. In der Sache stehe dem Kläger kein Anspruch auf Erfüllung eines Vermächtnisses (§§ 2147, 2174 BGB) zu, da ihm ein solches nicht wirksam zugewandt worden sei. Schon aus dem im Ausgangspunkt in Betracht zu nehmenden Erbvertrag aus dem Jahre 1989 folge der offenkundige Wille beider Eheleute, den Überlebenden nicht zu binden, und daran habe auch das gemeinschaftliche Testament vom 20.06.2008 nichts geändert. Diesem Willen entsprechend, sei die darin enthaltene Vermächtnisanordnung nicht wechselbezüglich erfolgt und von dem Erblasser in seinem Testament 05.05.2015 wirksam widerrufen worden, ohne dass es auf die von ihm zuvor erklärte Anfechtung dieses Testaments noch ankomme. Die zulässige hilfsweise erhobene Stufenklage sei insgesamt unbegründet, weil der Kläger aufgrund des von ihm im Jahre 1989 erklärten Verzichts, zu dessen nachträglicher Korrektur kein Anlass bestehe, nicht pflichtteilsberechtigt sei.

10 Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter. Unter Wiederholung und Vertiefung seiner früheren Argumente wendet er sich vornehmlich gegen die Verneinung der Wechselbezüglichkeit der Vermächtnisanordnung durch das LG, die einem wirksamen Widerruf durch den Erblasser entgegenstehe und der in seiner notariellen Urkunde vom 03.11.2014 auch keine wirksame Anfechtung erklärt habe. Anderenfalls müsse jedenfalls der Pflichtteilsverzicht aus dem Jahre 1989 als unwirksam erachtet werden.

11 Der Kläger beantragt zuletzt (...):

Unter Abänderung des am 05.01.2023 verkündeten Urteils des LG Saarbrücken, Az. 16 O 75/22, wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger der Übertragung der Grundstücke 102 Rue P, H, Frankreich, Section 12 n 43 – 19 a 82 ca, prés, sol und 14 Rue J, T, Frankreich, Section 2 n 241 – 07 a 45 ca, sol, an den Kläger zuzustimmen und die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen, hilfsweise,

1. Der Beklagte wird – in der ersten Stufe – verurteilt,

a) Auskunft über den Bestand des Nachlasses des am 23.01.2021 verstorbenen F N, geb. am (...), zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines notariellen Bestandsverzeichnisses, welches in Aktiva und Passiva unterteilt ist und das im Einzelnen zum Stichtag 23.01.2021 umfasst:

(1) alle beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen (Aktiva), so insbesondere bewegliche und unbewegliche Vermögensgegenstände, wie zum Beispiel Hausrat, Immobilien, Kontokorrent- und Sparkonten, Bargeldbestände, Bankdepots, Wertpapiere, Kunstgegenstände und Schmuck, Gesellschaftsbeteiligungen, national und international;

(2) alle beim Erbfall vorhandenen Nachlassverbindlichkeiten, also Erblasserschulden und Erbfallschulden (Passiva),

(3) alle pflichtteilsergänzungspflichtigen Zuwendungen, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten an die Beklagte und/oder Dritte getätigt hat, wie zum Beispiel Schenkungen (einschließlich Pflichtteil- und Anstandsschenkungen), Erlass von Forderungen, gemischte Schenkungen, unentgeltliche oder teilunentgeltliche Nutzungs- oder Mitbenutzungsrechte, Zuwendungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge; auch unabhängig von einer Frist, wenn die Schenkung/Zuwendung unter einem Vorbehalt erfolgte, wie zum Beispiel unter Nießbrauchs-, Wohnrechts-, Rückforderungs-, Rücktritts-, Widerrufs- oder Nutzungsvorbehalt; jeweils unter Benennung des Datums des Schenkungs-/Zuwendungsvollzugs;

(4) alle Lebensversicherungen und sonstigen Verträge zugunsten Dritter;

(5) Auskünfte darüber, ob und ggf. wem der Erblasser Vollmacht erteilt hat, über sein Vermögen, insbesondere über seine Bankkonten zu verfügen, und ob in diesem Zusammenhang Forderungen des Nachlasses gegen Bevollmächtigte bestehen,

b) den Wert der nach Erteilung der Auskünfte gemäß Klageantrag Ziffer 1 a) noch zu benennenden Gegenstände des realen und fiktiven Nachlasses durch Erstellung von Sachverständigengutachten zu ermitteln und das/die Gutachten an den Kläger zu überlassen.

2. Der Beklagte wird – in der zweiten Stufe – für den Fall, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt errichtet worden sein sollte, dazu verurteilt, zu Protokoll des Gerichts an Eides statt zu versichern, dass er die Auskunft nach bestem Wissen so vollständig und richtig erteilt hat, wie er dazu in der Lage ist; hilfsweise hierzu: Der Beklagte wird – in der zweiten Stufe – verurteilt, zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass die im erstellten notariellen Bestandsverzeichnis niedergelegten Auskünfte nach bestem Wissen vollständig und richtig sind.

3. Der Beklagte wird – in der dritten Stufe – verurteilt, an den Kläger nach Auskunftserteilung und Wertermittlung einen noch zu beziffernden Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsbetrag gemäß Pflichtteilsquote nebst Zinsen hieraus



in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.09.2022 zu zahlen.

12 Der Beklagte beantragt (...),

die Berufung zurückzuweisen.

13 Er verteidigt das angefochtene Urteil und verweist ergänzend darauf, dass seines Erachtens auch den beiden Testamenten vom 02. und 04.01.2009 keine Bindungswirkung zukomme. Aus der notariellen Erklärung des Erblassers vom 03.11.2014 ergebe sich, dass der Kläger sowohl dem Erblasser als auch seiner Ehefrau in regelmäßigen Abständen Schriftstücke zum Abschreiben und Unterzeichnen vorgelegt habe; aus diesem Grunde sei beispielsweise bereits die Anfechtung des Testaments vom 20.09.2010 erfolgt (...).

14 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschriften des LG vom 25.11.2022 (...) sowie des Senats vom 29.11.2023 (...) verwiesen. Der Senat hat die Akten des LG Saarbrücken - (...) - und des AG Saarlouis - (...) - zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Außerdem hat er die Parteien darauf hingewiesen, dass er - anders als sie und das LG - auch die beiden „Einzeltestamente“ vom 02. und 04.01.2009 als gemeinschaftliches Ehegattentestament ansieht, für das diese stillschweigend deutsches Recht gewählt haben; hierzu hat der Beklagte antragsgemäß Stellung genommen (...).

15 Die gemäß §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg. Der Beklagte ist nach dem Tode seines am (...) 2021 verstorbenen Vaters als dessen alleiniger Erbe zur Erfüllung des dem Kläger - zuletzt erneut - durch gemeinschaftliches Testament vom 02./04.01.2009 zugewandten Grundstücksvermögens verpflichtet; er war deshalb, auch ohne Rücksicht auf etwaige Erschwernisse bei der im Ausland vorzunehmenden Erfüllung dieser Verpflichtung (vgl. zur fortbestehenden Verbindlichkeit eines testamentarisch geäußerten letzten Willens im Inland auch BGH, Urteil vom 07.07.2004, IV ZR 135/03, NJW 2004, 3558, 3561) nach Maßgabe des Hauptantrags zu verurteilen.

16 1. Das LG hat die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.2002, III ZR 102/02, BGHZ 153, 82, 84), mit zutreffenden Erwägungen bejaht. Hierzu hat es zu Recht auf Art. 4 EuErbVO abgestellt, wonach für Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Diese Verordnung findet - in zeitlicher Hinsicht - Anwendung auf die Rechtsnachfolge von Personen, die am 17.08.2015 oder - wie der Erblasser - danach verstorben sind (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO). Zuständigkeitsbegründendes Anknüpfungsmoment ist danach der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers, was nach den Erwägungsgründen des Verordnungsgebers auf den tatsächlichen Lebensmittelpunkt einer natürlichen Person abstellt, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den

Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes festzustellen ist (Erwägungsgrund 23 Satz 2 und 24 Satz 3; vgl. Köhler in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl., Art. 21 EuErbVO Rdnr. 7). Dieser letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers befand sich vorliegend - unstreitig - im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland, wie das LG in dem angegriffenen Urteil festgestellt hat und wogegen im Berufungsverfahren nichts erinnert wird.

17 2. Die vorrangig auf Erfüllung eines Vermächtnisses gerichtete, lediglich für den Fall des Unterliegens zulässigerweise mit einem auf Erlangung des Pflichtteils gerichteten Stufenantrag verbundene (§§ 254, 260 ZPO) Klage ist schon mit ihrem Hauptantrag begründet. Entgegen der Ansicht des LG steht dem Kläger gegen den Beklagten als Rechtsnachfolger des Erblassers gemäß §§ 2174, 2147 BGB ein nunmehr auch fälliger Anspruch auf Zustimmung zur Übertragung des im Tenor genannten Grundbesitzes auf den Kläger zu, wobei dies, weil sich die betroffenen Grundstücke im Gebiet El-Lo befinden, nach dem dort fortgeltenden lokalen Recht auch die - nicht konstitutive - Eintragung in das Grundbuch einschließt (Art. 36 ff. des Gesetzes vom 01.06.1924 - Loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, www.legifrance.fr; vgl. Döbereiner in Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, NK-BGB Sachenrecht, 5. Aufl., Länderbericht Frankreich Rdnr. 43). Dieser Vermächtnisanspruch folgt, worauf der Senat die Parteien in der mündlichen Verhandlung aufmerksam gemacht hat, ungeachtet der inhaltsgleichen - früheren - Verpflichtung in dem von ihnen vorrangig ins Auge gefassten gemeinschaftlichen Testament vom 20.06.2008, jedenfalls aus einer entsprechenden Anordnung des Erblassers, die dieser, ebenso wie seine Ehefrau, in zwei gleichlautenden Urkunden vom 02. und 04.01.2009 (...) getroffen hat, die ebenfalls ein gemeinschaftliches Testament beinhalten, das von dem Erblasser nicht wirksam angefochten wurde und das er wegen der Bindungswirkung dieser wechselseitigen Verfügungen nach dem Tode seiner Ehefrau auch nicht mehr einseitig widerrufen konnte.

18 a) Das für die Beurteilung der Rechtsnachfolge maßgebliche Recht richtet sich für den nach dem 17.08.2015 eingetretenen Erbfall, auch soweit der Erblasser über Grundeigentum in Frankreich verfügte, nicht nach den zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags geltenden mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen, sondern nach den Regelungen der EuErbVO. Denn gemäß Art. 83 Abs. 1 EuErbVO findet diese Verordnung auf die Rechtsnachfolge von Personen Anwendung, die am 17.08.2015 oder - wie vorliegend der Erblasser - danach verstorben sind. Damit sind für Erbfälle ab dem 17.08.2015 die bisherigen IPR-Regelungen, die unter Umständen eine Nachlassspaltung zur Folge hatten, einheitlich durch die EuErbVO ersetzt worden (zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 10.07.2019, IV ZB 22/18, BGHZ 222, 365, 368; Stade in Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht, 3. Aufl., Teil 6 - Länderbericht Frankreich Rdnr. 1). Weiterhin sieht Art. 83 Abs. 3 EuErbVO vor, dass eine vor dem 17.08.2015 errichtete Verfügung von Todes wegen zulässig sowie materiell und formell wirksam ist, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III der Ver-

ordnung (Art. 20-38 EuErbVO) erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, oder in dem Mitgliedstaat, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist, zulässig sowie materiell und formell wirksam ist. Nach dem Konzept dieser Übergangsregelung genügt es somit, wenn das Testament nach nur einem der von den unterschiedlichen Kollisionsrechten (EuErbVO, ehemaliges IPR des Aufenthaltsstaates, ehemaliges IPR des Staates der Staatsangehörigkeit, ehemaliges IPR des angerufenen Gerichts) berufenen Rechte zulässig und wirksam ist (vgl. BGH, Beschluss vom 24.01.2021, IV ZB 33/20, NJW 2021, 1159; OLG München, FGPrax 2020, 239).

19 b) Bei den beiden am 02. und 04.01.2009 von dem Erblasser und seiner Ehefrau jeweils handschriftlich verfassten und unterzeichneten Erklärungen handelt es sich um ein gemeinschaftliches Ehegattentestament, das nach Maßgabe des – hier jedenfalls aufgrund einer konkludenten Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 3 EuErbVO anwendbaren – deutschen Rechts zulässig sowie formal und materiell wirksam ist und das hinsichtlich des darin enthaltenen Vermächtnisses zugunsten des Klägers nach dem Tode der Ehefrau des Erblassers für diesen Bindungswirkung entfaltet:

20 aa) Die Fragen der Zulässigkeit, der materiellen Wirksamkeit und der Bindungswirkungen des in zwei getrennten Urkunden errichteten gemeinschaftlichen Testaments vom 02./04.01.2009 beurteilen sich vorliegend nach dem von den Eheleuten bei der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung stillschweigend gewählten deutschen Recht (Art. 25 Abs. 3, Art. 22 Abs. 1 und 3 EuErbVO, jeweils i. V. m. Art. 83 Abs. 2 EuErbVO).

21 (1) Art. 25 Abs. 3 EuErbVO sieht vor, dass – ungeachtet der in Art. 25 Abs. 1 und 2 EuErbVO vorgesehenen objektiven Anknüpfungen – die Parteien eines Erbvertrags für die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, das Recht wählen können, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Art. 22 unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können. Diese Vorschrift findet auch auf das hier in Rede stehende gemeinschaftliche Testament vom 02./04.01.2009 Anwendung. Denn gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO ist ein Erbvertrag im Sinne dieser Verordnung eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder an künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht. Hierunter fällt auch das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht, das wechselbezügliche Verfügungen im Sinne von § 2270 BGB enthält (BGH, Beschluss vom 24.01.2021, IV ZB 33/20, NJW 2021, 1159; vgl. *Dutta* in MünchKomm-BGB, 8. Aufl., Art. 3 EuErbVO Rdnr. 11). Aus der Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO ergibt sich zudem, dass auch eine vor dem 17.08.2015 erfolgte Rechtswahl wirksam ist, wenn sie – u. a. – die Voraussetzungen des Kapitels III – d. h. hier: des

Art. 25 Abs. 3 EuErbVO – erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 24.02.2021, IV ZB 33/20, NJW 2021, 1159, Rdnr. 13).

22 (2) Nach Art. 22 Abs. 1 und 3 EuErbVO kann eine Person für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört; die Rechtswahl muss ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Eine ausdrückliche Rechtswahl haben der Erblasser und seine Ehefrau hier nicht getroffen; jedoch bestehen bei sachgerechter Auslegung keine vernünftigen Zweifel daran, dass diese bei der Errichtung der Testamente vom 02. und 04.01.2009 stillschweigend die Geltung deutschen Rechts für die Fragen der Zulässigkeit, der Wirksamkeit und der Bindungswirkung ihrer letztwilligen Verfügung bestimmt haben.

23 (a) Die Frage, ob eine konkludente Rechtswahl (Art. 22 Abs. 3 EuErbVO) vorliegt, ist – wie zwischenzeitlich vom BGH entschieden wurde – unionsautonom unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (vgl. BGH, Beschluss vom 24.02.2021, IV ZB 33/20, NJW 2021, 1159, Rdnr. 18 ff.; zuvor OLG München, FGPrax 2020, 239; OLG Köln, NJW-RR 2019, 1353; ebenso etwa *Dutta* in MünchKomm-BGB, Art. 22 EuErbVO Rdnr. 14; *Looschelders* in NK-BGB, 2. Aufl., Art. 22 EuErbVO Rdnr. 28; *Thorn* in Grüneberg, 82. Aufl., Art. 22 EuErbVO Rdnr. 6). Für die konkludente Wahl einer bestimmten nationalen Rechtsordnung kann es insbesondere sprechen, wenn der Erblasser Begriffe oder Rechtsinstitute verwendet, die gerade in dieser Rechtsordnung spezifisch sind (BGH, Beschluss vom 24.02.2021, IV ZB 33/20, NJW 2021, 1159 Rdnr. 24; vgl. Erwägungsgrund 39 zur EuErbVO), oder wenn er das Recht dieses Staates in anderer Weise erwähnt hat (OLG München, FGPrax 2020, 239; Erwägungsgrund 39 a. E.). Solche Anhaltspunkte können sich aber auch aus den Umständen der Errichtung der Verfügung, wie etwa der Verwendung einer bestimmten Sprache oder die Wahl eines bestimmten Ortes, ergeben (OLG Köln, NJW-RR 2019, 1353; *Bauer/Fornasier* in *Dutta/Weber*, a. a. O., Art. 22 EuErbVO Rdnr. 20; *Thorn* in Grüneberg, Art. 22 EuErbVO Rdnr. 6). Aus der Formulierung in Art. 22 Abs. 2 EuErbVO, wonach sich die Rechtswahl „aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung“ ergeben muss, wird geschlossen, dass nur solche Umstände für die Annahme einer konkludenten Rechtswahl herangezogen werden dürfen, die in der Urkunde der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommen (EuGH, Urteil vom 16.07.2020, C-80/19, NJW 2020, 2947; *Bauer/Fornasier* in *Dutta/Weber*, a. a. O., Art. 22 EuErbVO Rdnr. 20). In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 2084 BGB (oder vergleichbarer Regelungen im gewählten Recht) kann schließlich eine konkludente Rechtswahl zugunsten der Rechtsordnung gesehen werden, nach der die materiellen Verfügungen wirksam sind (OLG München, FGPrax 2020, 239, Rdnr. 36; *Dutta* in MünchKomm-BGB, Art. 22 EuErbVO Rdnr. 14; *Bauer/Fornasier* in *Dutta/Weber*, a. a. O., Art. 22 EuErbVO Rdnr. 20).

24 (b) Danach haben der Erblasser und seine Ehefrau bei der Errichtung der Testamente vom 02. und 04.01.2009 für

die Frage von deren Zulässigkeit, Wirksamkeit und Bindungswirkung stillschweigend deutsches Recht gewählt. Beide Eheleute waren deutsche Staatsbürger, ebenso wie die von ihnen bedachten Abkömmlinge, und sie lebten in Deutschland. Die in deutscher Sprache an ihrem Wohnsitz verfassten Urkunden verwenden Begriffe, die augenscheinlich der deutschen erbrechtlichen Terminologie entnommen sind und hier eine spezifische Bedeutung haben, auf die die Verfasser ohne Rücksicht auf die örtliche Belegenheit der vermachten Gegenstände ganz offenkundig abstellen wollten. So wird dem Kläger das nackte Eigentum aller Güter auf französischem Boden „vermacht“, auch finden sich ausdrückliche Hinweise auf die Sicherung des „Pflichtteils“ des Beklagten, der ihm auf deutschem Boden durch ein „Testament“ gesichert ist, sowie auf die beabsichtigte „Gleichstellung“ der beiden Kinder. Dass beide Eheleute dabei die Geltung deutschen Erbrechts beabsichtigten, folgt zudem aus ihrem in diesen Urkunden jeweils erkennbar zum Ausdruck gebrachten Willen, an die früheren letztwilligen Verfügungen insbesondere in dem notariellen Erbvertrag aus dem Jahre 1989 und die darin getroffenen Anordnungen anzuknüpfen. Sowohl der ausdrückliche Vorbehalt eines „lebenslänglichen Nutznießungsrechts“ zugunsten des überlebenden Ehegatten als auch der Verweis auf den durch „ein Testament“ gesicherten „Pflichtteil“ des Beklagten und den übereinstimmend betonten „letzten Willen“, beide Kinder vermögensrechtlich gleichzustellen, zielten – erkennbar – darauf ab, die in diesem Erbvertrag getroffenen Anordnungen unter Berücksichtigung des dem Kläger zugewandten Vermächtnisses fortzuschreiben. Dass auch schon dieser Erbvertrag – stillschweigend – deutschem Recht unterstellt worden ist, kann nicht zweifelhaft sein, nachdem sich die Beteiligten damals, ohne eine ausdrückliche Rechtswahl zu treffen, vor einem deutschen Notar unter Zuhilfenahme eines dem deutschen Erbrecht eigenen Rechtsinstituts unter Verwendung der entsprechenden Terminologie des BGB wechselseitig zu Erben des Erstversterbenden eingesetzt und darüber hinaus, ohne Bindungswirkung, den Beklagten zum Schlusserben des Letztversterbenden eingesetzt hatten. Deshalb bestehen keine Zweifel daran, dass die Eheleute auch bei der Abfassung der Testamentsurkunden vom 02. und 04.01.2009 den Willen hatten, die bestehende Rechtslage fortzuschreiben, ohne den Boden der deutschen Rechtsordnung zu verlassen, und sie deshalb auch diese späteren Verfügungen weiterhin insgesamt dem deutschen Recht unterstellen wollten. Dies gilt im Übrigen – erst recht – auch vor dem Hintergrund der weiteren Ausführungen des Beklagten aus dessen Stellungnahme vom 20.12.2023, wonach die Erstellung dieser beiden Urkunden nach eingehender Befassung der Eheleute mit der Rechtslage auf Anraten eines französischen Notars erfolgt sei, weil das – nach damaligem internationales Privatrecht beachtliche, vgl. Art. 3a Abs. 2 EGBGB a. F. – französische Erbrecht ein gemeinschaftliches Testament möglicherweise nicht anerkannt hätte ([...] vgl. *Frank* in *Kroiß/Horn*, BGB Erbrecht, 6. Aufl., Länderbericht Frankreich Rdnr. 9 und 21); denn gerade in diesem Wissen handelnde Ehegatten machen dadurch für jedermann erkennbar deutlich, dass sie auf diese Weise ihrem auch schon zuvor geäußerten gemeinsamen Willen unter Fortgeltung des von ihnen (stillschweigend) ge-

wählten Heimatrechts auch mit Blick auf die möglicherweise fremdem Recht unterliegenden unbeweglichen Besitzgüter Geltung verhelfen wollen.

25 bb) Anders als die Parteien und auch das LG gemeint haben, handelt es sich bei den am 02. und 04.01.2009 verfassten – so bezeichneten – „Einzeltestamenten“, entsprechend dem in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis des Senats und unbeschadet der abweichenden Argumentation des Beklagten aus dessen nachgelassener Stellungnahme, um ein von den Eheleuten als solches gewolltes, nach deutschem Recht unzweifelhaft zulässiges und auch formal wirksames gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265 ff. BGB.

26 (1) Die Annahme, es handele sich bei einer letztwilligen Verfügung von Ehegatten (§ 2265 BGB) um ein gemeinschaftliches Testament, erfordert nicht zwingend, dass diese die in § 2267 BGB vorgesehene Form beachten, wonach es „genügt (...), wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet“. Denn diese Vorschrift begründet lediglich eine Formerleichterung. Vielmehr ist allgemein anerkannt, dass ein gemeinschaftliches Testament schon dann vorliegt, wenn sich aus der Testamentsurkunde selbst eine „gemeinschaftliche Erklärung“ ersehen lässt (BGH, Urteil vom 12.03.1953, IV ZR 131/52, NJW 1953, 698, 699; OLG München, FGPrax 2020, 239; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 518). Maßgeblich ist nämlich der Wille der Eheleute, eine gemeinschaftliche Erklärung abzugeben; (nur) dieser Wille muss aus der Urkunde selbst erkennbar sein (OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 518). Im Streitfall bestehen an diesem gemeinsamen Willen keine Zweifel. Zwar haben die Eheleute ihre jeweilige (verkörperte) Erklärung eigenständig verfasst und unterzeichnet; doch weisen beide einen erkennbar aufeinander bezogenen Inhalt auf, der darauf gerichtet ist, im Nachgang zu den vorangegangenen gemeinschaftlichen Verfügungen, insbesondere dem Erbvertrag aus dem Jahre 1989, ihrem gemeinsamen Willen, beide Kinder vermögensmäßig gleich zu behandeln, zum Erfolg zu verhelfen, worin der Errichtungszusammenhang, also die Gemeinschaftlichkeit der von den Testierenden abgegebenen Erklärung, deutlich zum Ausdruck kommt. Aus dem, mit Ausnahme des Namens, wörtlich übereinstimmenden Text der Verfügungen wird deutlich, dass den Eheleuten der Inhalt der Verfügung des jeweils anderen bekannt war. Auch die Tatsache, dass die Verfügungen nahezu zeitgleich und am selben Ort verfasst wurden, stellt ein weiteres Indiz für den gemeinsamen Willen der Eheleute dar (vgl. OLG München, FGPrax 2020, 239; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 518; BayObLG, FamRZ 1994, 191, 192; *Weidlich* in *Grüneberg*, Vor § 2265 Rdnr. 7; *Musielak* in *MünchKomm-BGB*, 9. Aufl., Vor § 2265 Rdnr. 9 f. und § 2267 Rdnr. 22). All diesen Merkmalen der Urkunde lässt sich in der Zusammenschau mit ausreichender Gewissheit der gemeinsame Wille der beiden Eheleute zur Errichtung eines – weiteren – gemeinschaftlichen Testaments entnehmen, der auch durch die weitere Argumentation des Beklagten (...) nicht in Zweifel gezogen wird. Die darin gegebene – für den Senat nachvollziehbare – Erklärung, die beiden „Einzeltestamente“ seien

auf Anraten eines französischen Notars erstellt worden, um etwaigen Bedenken aus der fehlenden Anerkennung gemeinschaftlicher Testamente im französischen Erbrecht Rechnung zu tragen, unterstreicht – ganz im Gegenteil – sehr deutlich den gemeinsamen und nach Darstellung des Beklagten auch sorgfältig gebildeten Willen der Eheleute, den Kläger wechselseitig mit einem Grundstücksvermächtnis zu bedenken. Dass hierzu zwei getrennte Urkunden verwendet und diese nicht unmittelbar auf denselben Tag datiert wurden und der Erblasser selbst – möglicherweise – später erneut aus diesem Grunde eine weitere Testamentsurkunde (datierend auf den 25.10.2009) errichtet haben mag, spricht daher nicht gegen einen gemeinsamen Willen der beiden Eheleute, sondern war gerade vor diesem Hintergrund notwendig, um diesen aus ihrer damaligen Sicht auch für das in Frankreich belegene Grundeigentum rechtssicher zu verwirklichen.

27 (2) An der Zulässigkeit und der formellen Wirksamkeit des in den beiden Urkunden vom 02. und 04.01.2009 verkörperten gemeinschaftlichen Testaments, deren Errichtung durch die beiden Eheleute im Übrigen unstreitig ist, bestehen keine Zweifel.

28 (a) Nach dem gemäß Art. 25 Abs. 3 EuErbVO (i. V. m. Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO) aufgrund wirksamer konkludenter Rechtswahl anwendbaren deutschen Erbrecht ist eine Vereinbarung über Rechte am eigenen künftigen Nachlass zulässig. Mit wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten (§§ 2270, 2271 BGB) und vertragsmäßigen Verfügungen im Erbvertrag (§§ 2278, 2289 BGB) kennt das deutsche Recht die Möglichkeit, bindende Verfügungen von Todes wegen zu treffen (OLG München, FGPrax 2020, 239).

29 (b) Die formelle Wirksamkeit des Testaments ist nach Art. 27 i. V. m. Art. 83 Abs. 3 Alt. 1 EuErbVO zu bestimmen. Das – nach Art. 75 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO vorrangig zu berücksichtigende – Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht (sog. Haager Testamentsformübereinkommen) findet keine Anwendung, weil das gemeinschaftliche Testament in zwei Testamentsurkunden errichtet wurde, sodass im unionsrechtlichen Sinne zwar ein Erbvertrag (Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO), jedoch kein gemeinschaftliches Testament (Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO) vorliegt (BGH, Beschluss vom 24.02.2021, IV ZB 33/20, NJW 2021, 1159; OLG München, FGPrax 2020, 239 m. w. N.). Nach Art. 4 des Haager Testamentsformübereinkommens ist auch dieses nur auf gemeinschaftliche Testamente im formalen Sinne, also auf durch mehrere Personen in einer Urkunde errichtete Testamente, anwendbar. Art. 27 Abs. 1 EuErbVO lässt es für die formelle Wirksamkeit des Testaments ausreichen, wenn das Testament den Anforderungen eines der dort genannten, alternativ anzuknüpfenden Rechte genügt, darunter das Recht des Staates, in dem die Verfügung errichtet oder der Erbvertrag geschlossen wurde (Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO). Nach dem danach berufenen deutschen Recht ist die hier gegenständliche Verfügung, ungeachtet ihrer Errichtung in zwei getrennten Urkunden, als gemeinschaftliches Testament

zweifelsfrei formell wirksam; auf die obigen Ausführungen wird ergänzend verwiesen.

30 cc) Durchgreifende Bedenken gegen die materielle Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments (Art. 26 EuErbVO) bestehen ebenfalls nicht. Soweit zur materiellen Wirksamkeit gemäß Art. 26 Abs. 1 lit. e EuErbVO insbesondere auch „Täuschung, Nötigung, Irrtum und alle sonstigen Fragen in Bezug auf Willensmängel oder Testierwillen der Person, die die Verfügung errichtet“, gehören, hat die von dem Erblasser mit notarieller Urkunde vom 03.11.2014 (...) erklärte Anfechtung (§§ 2078, 119 ff. BGB) einzelner Verfügungen in den beiden Testamenten vom 20.06.2008 und vom 20.09.2010 nicht – auch – zur Unwirksamkeit (§ 142 Abs. 1 BGB) des Vermächtnisses aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 geführt. Es fehlt schon an einer auf diese Verfügung bezogenen Anfechtungserklärung, darüber hinaus aber auch an der Darlegung eines beachtlichen Anfechtungsgrundes.

31 (1) Gemäß § 2078 Abs. 1 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Das Gleiche gilt gemäß § 2078 Abs. 2 BGB, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. Diese Rechte bestehen auch im Falle eines – wie hier – gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten zugunsten des Überlebenden in Ansehung der für ihn bindenden wechselbezüglichen Verfügungen (BGH, Urteil vom 04.07.1962, V ZR 206/60, NJW 1962, 1913; *Weidlich* in Grüneberg, § 2077 Rdnr. 28); sie unterliegen den – hier offensichtlich gewährten – besonderen Formvorschriften der § 2281 Abs. 2, § 2282 Abs. 3 BGB. Gegenstand der Anfechtung ist immer nur die einzelne Verfügung von Todes wegen, nicht das Testament oder der Erbvertrag als solcher; dabei geht die Anfechtbarkeit im Hinblick auf den ausdrücklichen Wortlaut des § 2078 BGB nur so weit, wie der Irrtum gereicht und auf den Inhalt der Erklärung eingewirkt hat (BGH, Urteil vom 08.05.1985, IV a ZR 230/83, NJW 1985, 2025, 2026; RG, Urteil vom 11.03.1909, IV 304/08, RGZ 70, 391, 395; *Leipold* in MünchKomm-BGB, § 2078 Rdnr. 17 und 61). Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Tatsachen, die die Anfechtung begründen sollen, obliegt demjenigen, der sich auf die Wirksamkeit der Anfechtung beruft (*M. Schmidt/Nobis* in Erman, BGB, 17. Aufl., § 2078 Rdnr. 14), hier also dem Beklagten, der aus der Unwirksamkeit des Vermächtnisses Rechte für sich herleiten will.

32 (2) Im Streitfall bestehen – zulasten des Beklagten wirkende – durchgreifende Zweifel daran, dass sich die mit notarieller Urkunde vom 03.11.2014 erklärte Anfechtung nach ihrem Inhalt und ihrer Begründung auch auf das darin nicht erwähnte, in dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 zugunsten des Klägers enthaltene Vermächtnis beziehen sollte.

33 (a) Eine Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1, § 2081 BGB) muss zwar keinen bestimmten Wortlaut haben; sie muss jedoch mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen, welche Verfügung angefochten wird und dass die Anfechtung auf einen Willensmangel gestützt wird (*Litzenburger* in BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2023, § 2081 Rdnr. 3; *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, § 2081 Rdnr. 11; *Leipold* in MünchKomm-BGB, § 2081 Rdnr. 17; vgl. BayObLG, FamRZ 1989, 1346; OLG München, ZEV 2005, 482). Denn die erforderliche „eindeutige Kundgabe eines Anfechtungswillens“ setzt – wie bei der Anfechtung unter Lebenden – voraus, dass sich aus der Erklärung der unzweideutige Wille ergibt, das (jeweilige) Rechtsgeschäft gerade wegen eines Willensmangels nicht bestehen zu lassen (BayObLG, FamRZ 1989, 1346; vgl. BGH, Urteil vom 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, 331 f.; Urteil vom 22.02.1995, IV ZR 58/94, VersR 1995, 648; *Ellenberger* in Grüneberg, § 143 Rdnr. 3). Für die Feststellung des in der Anfechtungserklärung erklärten Erblasserwillens gelten die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 2084 BGB. Hiernach ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften; dabei müssen nicht nur der gesamte Text der Verfügung, sondern auch alle dem Richter zugänglichen Umstände außerhalb der Urkunde ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens möglicherweise dienlich sind (BGH, Beschluss vom 17.07.2012, IV ZB 23/11, ZEV 2013, 36).

34 (b) Danach verbleiben hier durchgreifende Zweifel daran, dass der Erblasser mit seiner am 03.11.2014 erklärten Anfechtung auch das in dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 enthaltene Vermächtnis gemeint hat. Dagegen spricht zunächst schon der Wortlaut der – 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 – Erklärung, die dieses Vermächtnis nicht erwähnt, sondern sich ausdrücklich nur auf konkrete Verfügungen aus anderen, der Urkunde beigefügten Testamenten bezieht. Insoweit wäre von dem Erblasser, dem seine früheren privatschriftlichen Verfügungen unzweifelhaft bekannt waren, zu erwarten gewesen, dass er diese nach notarieller Beratung ausdrücklich benannt hätte, wenn er sie ebenfalls zum Gegenstand der Anfechtung hätte machen wollen. Ebenso wenig lassen auch die weiteren Umstände, namentlich der Inhalt der betroffenen Verfügungen, die angegebenen Gründe für die Anfechtung und die erkennbare Interessenlage des Erblassers, mit hinreichender Gewähr auf einen solchen Willen schließen. Anders als das Testament vom 20.06.2008, über dessen inhaltliche Bedeutung als Vermächtnis oder Erbeinsetzung Uneinigkeit bestand, bot das spätere Testament vom 02./04.01.2009 schon nach seinem Wortlaut keinen Anlass für derartige Zweifel, sodass aus Sicht des Erblassers keine Notwendigkeit bestand, dieses wegen eines Inhaltsirrtums anzufechten. Entscheidend ist vor allem aber auch, dass die Verfügungen inhaltlich nicht deckungsgleich sind, das Vermächtnis vom 02./04.01.2009 nämlich in mehrfacher Hinsicht hinter der Verfügung vom 20.06.2008 zurückblieb, indem es einerseits dem Kläger aus Gründen der Gleichbehandlung beider Kinder nur die in Frankreich

belegenen Grundstücke, nicht auch die Eigentumswohnung in Überherrn, zuwandte und andererseits durch die ausdrückliche Erwähnung eines „Nutzungsrechts“ des überlebenden Ehegatten erkennbar an die Regelungen aus dem notariellen Erbvertrag von 1989 anschloss, die damit ersichtlich fortgeschrieben werden sollten. Es liegt nicht fern, anzunehmen, dass es dem Erblasser mit seiner Anfechtung lediglich darum ging, die weiterreichende Verfügung vom 20.06.2008 zu beseitigen, nicht dagegen auch das dem damaligen Willen der Eheleute unzweifelhaft entsprechende Vermächtnis aus dem späteren Testament vom 02./04.01.2009; jedenfalls bestehen bei dieser Sachlage keine ausreichenden Anhaltspunkte, das Gegenteil als erwiesen anzusehen. Letztlich hat auch der Beklagte in seinem an das Nachlassgericht gerichteten Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vom 14.06.2021 (...) zum Auslandsvermögen – lediglich – „Forderungen des Nachlasses in Frankreich“, nicht jedoch auch dort belegenes Immobilienvermögen, angegeben, wobei er die Richtigkeit dieser Angaben an Eides statt versicherte; auch das zeigt, dass er selbst damals ganz offensichtlich von der Geltung des gemeinschaftlichen Testaments vom 02./04.01.2009 und der darin zugunsten des Klägers getroffenen Vermächtnisanordnung bezüglich des dortigen Grundbesitzes ausgegangen ist.

35 (3) Dessen unbeschadet, fehlt es in Ansehung des Vermächtnisses aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 auch an der schlüssigen Darlegung eines Anfechtungsgrunds durch den Beklagten. Die von ihm in Bezug genommenen, freilich auf die anderen, ausdrücklich angefochtenen Verfügungen bezogenen Anfechtungsgründe aus der notariellen Urkunde des Erblassers vom 03.11.2014 bestehen – auch übertragen auf dieses Testament – nicht.

36 (a) Eine Anfechtung wegen eines Irrtums über den Inhalt der Erklärung (vgl. Ziffer 3 der notariellen Urkunde) kommt vorliegend nicht in Betracht. Sie wird darauf gestützt, dass das Testament vom 20.06.2008 nach Ansicht des Klägers eine Schlusserbeinsetzung enthalte, die von dem Erblasser und seiner Ehefrau nicht gewollt gewesen sei. Vielmehr hätten damals die darin genannten Immobilien dem Kläger – nur – vermacht werden sollen (...). Das begründet jedoch keinen Irrtum über den Inhalt der Erklärung. Ein solcher (vgl. § 119 Abs. 1 BGB) liegt vor, wenn die Erklärung, ggf. nach Auslegung, in ihrer Bedeutung von dem tatsächlich Gewollten abweicht. Das ist jedoch nicht der Fall, weil die Zuwendungen aus diesem früheren Testament, ebenso wie die hier maßgeblichen, teilweise auf dieselben Immobilien bezogenen und mit weiteren Einschränkungen versehenen Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009, unzweifelhaft Vermächtnisse beinhalteten, wie der Senat in seinem zwischen dem Kläger und dem Erblasser ergangenen Urteil vom 13.02.2019, 5 U 57/18, ErbR 2019, 510, im Einzelnen ausgeführt und begründet hat, woran er festhält und wovon auch die Parteien und das LG ausgegangen sind, Erklärung und tatsächlich Gewolltes mithin unzweifelhaft übereinstimmen.

37 (b) Für die weiterhin geltend gemachte Anfechtung wegen eines Motivirrtums (§ 2078 Abs. 2 BGB) fehlt es ebenfalls an einem beachtlichen Anfechtungsgrund.

38 (aa) Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein zur Anfechtung berechtigender Motivirrtum in der enttäuschten Erwartung des Erblassers liegen, seine persönlichen Beziehungen zum Bedachten würden sich harmonisch, jedenfalls frei von tiefgreifenden Störungen entwickeln. Diese Erwartung muss dem Erblasser im Zeitpunkt der Zuwendung nicht bewusst gewesen sein; es genügt, dass er sie als selbstverständlich vorausgesetzt hat (BGH, Urteil vom 20.02.2008, IV ZR 32/06, NJW-RR 2008, 747). Um die Anfechtung zu rechtfertigen, muss ein Motivirrtum aber nicht nur ursächlich für den letzten Willen gewesen sein, sondern für den Erblasser den letztlich entscheidenden, ihn bewegend Grund darstellen. Dafür kommen nur besonders schwerwiegende Umstände in Betracht, die gerade diesen Erblasser mit Sicherheit dazu gebracht hätten, anders zu testieren (BGH, a. a. O.; vgl. Urteil vom 27.05.1987, IVa ZR 30/86, NJW-RR 1987, 1412 unter II. 2. a); *Weidlich* in Grüneberg, § 2078 Rdnr. 5 f.). Soweit es um enttäuschte Erwartungen geht, kann deren Ursächlichkeit auch im Normalfall nicht aufgrund von Erfahrungssätzen festgestellt werden; das wäre durch die Lebenserfahrung nicht gedeckt und würde die Bindungswirkung eines Testaments praktisch weitgehend aufheben. Vielmehr muss der dem Anfechtenden obliegende Beweis der Ursächlichkeit durch die besonderen Umstände des Einzelfalls geführt werden (BGH, Urteil vom 20.02.2008, IV ZR 32/06, a. a. O.; Urteil vom 31.10.1962, V ZR 129/62, NJW 1963, 246 unter 6.). An diesen Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen; der Motivirrtum muss zweifelsfrei feststellbar sein (BayObLG, DNotZ 2006, 528; OLG München, FamRZ 2009, 547; ZEV 2017, 22; *M. Schmidt/Nobis* in Erman, BGB, § 2078 Rdnr. 14). Dass möglicherweise Vertrauen bestand und enttäuscht wurde, reicht keinesfalls aus (BGH, Urteil vom 27.05.1987, IVa ZR 30/86, NJW-RR 1987, 1412; Urteil vom 20.03.1967, III ZR 101/66, FamRZ 1967, 473).

39 (bb) Dies zugrunde gelegt, lässt sich hier nicht mit der erforderlichen hinreichenden Gewissheit feststellen, dass der Erblasser und seine Ehefrau hier bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments vom 02./04.01.2009 einem in diesem Sinne beachtlichen Motivirrtum unterlegen wären. Die von dem Erblasser in der notariellen Urkunde aufgeführten, von dem insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten in Bezug genommenen Umstände rechtfertigen diese Annahme nicht. Sie beanstanden – zusammengefasst – ein nach dem Tode der Ehefrau auf Hinweis des Beklagten erkanntes angebliches Verhalten des Klägers, der den Erblasser und seine Ehefrau „belogen und betrogen“ habe, indem er nicht das von ihnen erwartete „Wohlverhalten“ an den Tag gelegt, sondern vielmehr versucht habe, weitergehend Einfluss auf das Vermögen zu erlangen. Selbst wenn damit ein von dem Erblasser und seiner Ehefrau in den Kläger gesetztes Vertrauen enttäuscht worden sein sollte, steht jedoch nicht fest, dass dieses Verhalten des Klägers auch einer Erwartung widersprach, die für deren Verfügung – d. h.: insbesondere das Vermächtnis vom 02./04.01.2009 – im vorgenannten Sinne

bestimmend gewesen ist. Das Testament, das zu diesem Zwecke ausgelegt werden muss (vgl. BGH, Urteil vom 14.01.1965, III ZR 131/63, NJW 1965, 584) enthält keine Angaben, die auf einen solchen Beweggrund seiner Verfasser schließen lassen könnten; ganz im Gegenteil wird darin ausdrücklich – nur – der Wunsch geäußert, mit dieser und den stillschweigend in Bezug genommenen früheren Verfügungen aus dem notariellen Erbvertrag eine „Gleichstellung“ der beiden Kinder herbeizuführen. Diese Äußerung legt es nahe, anzunehmen, dass gerade dieses besonders erwähnte Ziel dem Erblasser und seiner Ehefrau damals als das wesentliche Anliegen ihrer Verfügung erschien und andere, ebenso bedeutende Motive gleichfalls erwähnt worden wären, wenn es sie gegeben hätte. Hingegen ist weder aus der Testamentsurkunde selbst noch aus den Umständen, insbesondere dem weiteren Verhalten des Erblassers und seiner Ehefrau etwas dafür ersichtlich, dass diese jenseits allgemeiner, von Eltern üblicherweise in ihre Kinder gesetzter Hoffnungen besondere Erwartungen an das spätere Verhalten des Klägers gestellt hätten, die dabei auch zweifelsfrei so bestimmend waren, dass ihr Fehlen sie mit Sicherheit dazu gebracht hätte, anders zu testieren. Dagegen spricht letztlich auch, dass gerade durch das Testament einem etwaigen späteren, hier zur Begründung der Anfechtung angeführten (vermeintlichen) Fehlverhalten des Klägers entgegengewirkt wurde, weil auf diese Weise die sachliche Verteilung des Nachlasses geregelt und späteren Manipulationen vorgebeugt wurde. Daher kann nicht angenommen werden, dass das spätere Verhalten des Klägers, wie es von dem Erblasser in Ziffer 5 der notariellen Urkunde umschrieben wurde, einer Erwartung widersprochen haben könnte, die für die hier in Rede stehende Verfügung, das dem Kläger zugewandte Vermächtnis am französischen Grundbesitz, zweifelsfrei bestimmend gewesen wäre.

40 c) Das mithin wirksame gemeinschaftliche Testament vom 02. und 04.01.2009 enthält bei sachgerechter, alle Umstände berücksichtigender Auslegung die Anordnung eines Vermächtnisses zugunsten des Klägers, das ihm mit dem Tode seines zuletzt verstorbenen Vaters angefallen und von dem Beklagten als dessen Erben zu erfüllen ist (§§ 2174, 2176, 2147 BGB).

41 aa) Wie der Senat u. a. bereits in seinem zwischen dem Kläger und dem Erblasser ergangenen Urteil vom 13.02.2019 unter Verweis auf einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeführt hat, liegt ein Vermächtnis vor, wenn der Erblasser durch Testament einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwendet (§ 1939 BGB). Ob dies der Fall ist, hängt vom Inhalt der Verfügung ab und ist durch Auslegung zu ermitteln. Die gesetzliche Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB, wonach im Zweifel keine Erbeinsetzung vorliegt, wenn dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet wurden, kommt nur mangels anderer Anhaltspunkte zum Zuge und greift nicht ein, wenn durch die – vorrangige – Auslegung die Zweifel überwunden sind, die zur gegenteiligen Auslegung als Vermächtnis durchgreifen müssten (BGH, Urteil vom 22.03.1972, IV ZR 134/70, FamRZ 1972, 561; Beschluss vom 12.07.2017, IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035; Senat, Beschluss vom 30.03.2022, 5 W 15/22, FGPrax 2022, 178).

Bei dieser Testamentsauslegung geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte (BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256; Senat, Urteil vom 15.10.2014, 5 U 19/13, ErbR 2015, 567). Für die Annahme einer Erbeinsetzung kann trotz Zuwendung nur einzelner Gegenstände sprechen, wenn der Erblasser sein Vermögen vollständig den einzelnen Vermögensgegenständen nach verteilt hat, wenn er dem Bedachten die Gegenstände zugewendet hat, die nach seiner Vorstellung das Hauptvermögen bilden, oder nur Vermächtnisnehmer vorhanden wären und nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser überhaupt keine Erben berufen und seine Verwandten oder seinen Ehegatten als gesetzliche Erben ausschließen wollte. Entsprechendes kann gelten, wenn der Nachlass durch die Zuwendung des wertmäßigen Hauptnachlassgegenstands, etwa eines Hausgrundstücks, im Wesentlichen erschöpft wird oder der objektive Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat (BGH, Beschluss vom 12.07.2017, IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035; *Weidlich* in Grüneberg, § 2087 Rdnr. 5; *Johannsen* in RGRK-BGB, 12. Aufl., § 2087 Rdnr. 8). Mithin ist zu fragen, ob der Erblasser bei Errichtung des Testaments in den zugewendeten Gegenständen im Wesentlichen seinen Nachlass erblickt hat, ihn also durch die Zuwendung hat erschöpfen wollen (Senat, Urteil vom 13.02.2019, 5 U 57/18, ErbR 2019, 510; Beschluss vom 30.03.2022, 5 W 15/22, FGPrax 2022, 178; *Staudinger/Gerhard Otte*, Neub. 2019, § 2087 Rdnr. 26; *Czubayko* in Burandt/Rojahn, ErbR, 3. Aufl., § 2087 Rdnr. 6).

42 bb) Danach bestehen vorliegend jedoch keine Zweifel daran, dass der Kläger in dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 von den beiden Eheleuten jeweils für den Fall ihres späteren Versterbens mit einem Vermächtnis bedacht worden ist, wovon im Übrigen auch die Parteien und das LG im Anschluss an die – freilich in erster Linie auf das vorangegangene gemeinschaftliche Testament vom 20.06.2008 bezogene – Senatsentscheidung vom 13.02.2019 richtigerweise ausgegangen sind. Schon der übereinstimmende Wortlaut der beiden Urkunden deutet in gewissem Maße dahin, als darin – anders als noch in der früheren Verfügung – der Begriff „vermachen“ und damit die Terminologie der §§ 2147 ff. BGB ausdrücklich verwendet wird, wenngleich – wie der Senat betont hat – im Allgemeinen Sprachgebrauch zwischen den Worten „erben“ und „vermachen“ häufig nicht im Sinne der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches unterschieden wird. Für die Annahme, das Testament enthalte ein Vermächtnis und keine Erbeinsetzung, streitet jedoch auch hier zunächst schon durchgreifend der sachliche Kontext, in dem diese Anordnung getroffen wurde, konkret: der Umstand, dass die Eheleute zuvor einen Erbvertrag geschlossen hatten, in dem sie sich gegenseitig zum alleinigen unbeschränkten Erben des Erstversterbenden und den Bruder des Klägers zum Erben des Längstlebenden bestimmten, während der Kläger gleichzeitig mit seinen Eltern einen Erb- und Pflichtteilsverzicht vereinbart hatte, und sich den späteren Testamenten jeweils nicht der Wille entnehmen lässt, diese frü-

here Verfügung (teilweise) aufzuheben oder einzuschränken (vgl. Senat, Urteil vom 13.02.2019, 5 U 57/18, ErbR 2019, 510). Demgegenüber geht aus den beiden Urkunden vom 02. und 04.01.2009, insoweit auch im Einklang mit der vorangegangenen, dadurch insoweit bestätigten Verfügung vom 20.06.2008, ausdrücklich der Wille hervor, dem Kläger nach dem Tode – nur – bestimmte Vermögenswerte zuzuwenden, nicht jedoch, diesen auch zum Erben des Letztversterbenden einzusetzen. Schließlich hat der Senat bereits ausgeführt, dass auch der Hinweis, beide Kinder sollten „gleichgestellt“ werden, damit keiner eine Forderung gegen den anderen geltend zu machen habe, eine andere Annahme nicht rechtfertigt, weil eine solche vermögensrechtliche Gleichstellung die Erbenstellung des Klägers gerade nicht voraussetzte, ebenso wenig wie der Wert oder der Umfang der Zuwendung, nachdem weiteres wesentliches Vermögen vorhanden war, darunter das in dem Testament ausdrücklich erwähnte „Familienheim“, das die Eheleute damals ersichtlich bewusst nicht dem Kläger zuwenden wollten.

43 cc) Das dem Kläger in dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 zugewandte Vermächtnis ist diesem mit dem Tode des Erblassers angefallen. Gemäß § 2176 BGB kommt die Forderung des Vermächtnisnehmers, unbeschadet des Rechts, das Vermächtnis auszuslagern, mit dem Erbfall zur Entstehung. Ordnen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament ein Vermächtnis an, kann fraglich – und durch Auslegung zu klären – sein, ob dieses schon mit dem Tode des Erstversterbenden oder erst mit dem Tode des Überlebenden anfallen soll; im Zweifel ist anzunehmen, dass das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Längstlebenden anfallen soll, und zwar im Zweifel als dessen Vermächtnis (BGH, Urteil vom 22.09.1982, IVa ZR 26/81, NJW 1983, 277; Senat, Urteil vom 13.02.2019, 5 U 57/18, ErbR 2019, 510; vgl. § 2269 Abs. 2 BGB). Danach ist das Vermächtnis dem Kläger hier mit dem Tode des Erblassers – als dem überlebenden Ehegatten – angefallen. Unstreitig befindet sich der in Frankreich belegene Grundbesitz, der den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, im Nachlass. Der Kläger, der das Vermächtnis – zumindest stillschweigend – angenommen hat (vgl. § 2180 BGB; Senat, Urteil vom 10.05.2023, 5 U 57/22, NJW-RR 2023, 1119), ist daher jetzt berechtigt, die Erfüllung von dem Beklagten zu verlangen, der – mangels anderer Anordnungen – als alleiniger Erbe seines verstorbenen Vaters mit diesem Vermächtnis beschwert ist (vgl. § 2147 Satz 2 BGB).

44 d) Der Erblasser hat das Vermächtnis zugunsten des Klägers auch nicht wirksam widerrufen, insbesondere nicht mit seinen – jeweils nach dem Tode der Ehefrau verfassten – späteren Testamenten vom 20.11.2014 (...) und vom 05.05.2015 (...), und ebenso wenig auch mit einem – nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgelegten – privatschriftlichen Testament, datierend auf den 17.09.2017, das auch in einem Schreiben an den französischen Notar vom 10.09.2018 Erwähnung findet (...). Zwar erfolgte darin jeweils der „Widerruf“ aller bisher getroffenen Verfügungen von Todes wegen (bzw. des Testaments vom 04.09.2009 [...]), wobei z. T. auch klargestellt wurde, dass der Beklagte zum alleinigen Erben eingesetzt bleibe bzw. – so Ziffer II. des

notariellen Testaments vom 05.05.2015 – der Widerruf sich nicht auf die in Ziffer IV des notariellen Erbvertrags vom 13.04.1989 erfolgte Erbeinsetzung des Beklagten zum alleinigen Erben erstrecken solle. Ein wirksamer Widerruf – auch – des in dem gemeinschaftlichen Testament vom 02./04.01.2009 enthaltenen Vermächtnisses scheitert jedoch jeweils daran, dass es sich dabei nicht um eine einseitig getroffene Verfügung handelte, sondern um eine wechselbezügliche Verfügung im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB, die Bindungswirkung entfaltete und nach dem Tode der Ehefrau von dem Erblasser nicht mehr einseitig widerrufen werden konnte:

45 aa) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen – auch ein Vermächtnis, § 2270 Abs. 3 BGB – dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (RG, Urteil vom 14.02.1927, IV 766/26, RGZ 116, 148, 149; BayObLG, FamRZ 2005, 1931; OLG München, NJW-RR 2011, 227; *Johannsen* in RGRK-BGB, § 2270 Rdnr. 1). Enthält das Testament – wie hier – keine ausdrückliche Bestimmung über die Wechselbezüglichkeit, ist diese durch Auslegung zu bestimmen (§§ 133, 2084 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 13.02.1957, IV ZR 243/56, FamRZ 1957, 129); entscheidend ist der übereinstimmende Wille beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamenterrichtung (BayObLG, FamRZ 1997, 1241; *Weidlich* in Grüneberg, § 2270 Rdnr. 4). Dabei ist vor allem zu erforschen, ob die Verfügungen nach dem Willen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung voneinander abhängig sein sollten; hierfür können auch Umstände herangezogen werden, die außerhalb des Testaments liegen, wie etwa frühere oder spätere Äußerungen der Erblasser oder ihre Vermögensverhältnisse, auch die allgemeine Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen (RG, Urteil vom 13.11.1942, VII 60/42, RGZ 170, 163, 172; Urteil vom 14.02.1927, IV 766/26, RGZ 116, 148, 149; BayObLG, FamRZ 1995, 251, 252; KG, ErbR 2021, 2021; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 22; *Johannsen* in RGRK-BGB, § 2270 Rdnr. 7). Für den Fall, dass die bei der Auslegung gebotene Willenserforschung der Testierenden weder die Abhängigkeit noch die Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, kann auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden, wonach ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn die Ehegatten einander gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht (Senat, Beschluss vom 12.12.2017, 5 W 53/17, NJW 2018, 957; Beschluss vom 21.06.1990, 5 W 95/90, FamRZ 1990, 1285; OLG München, NJW-RR 2011, 227; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 26a; *Musielak* in MünchKomm-BGB, § 2270 Rdnr. 9). Der Begriff der Wechselbezüglichkeit

erfordert es allerdings nicht, dass die Ehegatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen oder sonst bedenken (Saarl. OLG, Urteil vom 27.10.2005, 8 U 626/04, OLGR 2006, 108 = NJOZ 2006, 3877; BayObLGZ 1991, 173, 176; FamRZ 2001, 1734, 1735; OLG Hamm, FamRZ 1994, 1210; *Johannsen* in RGRK-BGB, § 2270 Rdnr. 2). Ob die Ehegatten einander bedacht oder ob einer von ihnen dem anderen etwas zugewendet hat, ist lediglich für die Heranziehung der in § 2270 Abs. 2 BGB enthaltenen Auslegungsregel von Bedeutung; jenseits dessen ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls über die Wechselbezüglichkeit einer Verfügung zu entscheiden (vgl. BayObLGZ 1991, 173, 177).

46 bb) Die danach vorrangige Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments führt hier bei angemessener Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände, auch ungeachtet der abweichenden Einschätzung des Beklagten, dazu, dass das darin von den beiden Ehegatten jeweils für den Fall des Überlebens des anderen Ehegatten ausgesetzte Vermächtnis zugunsten des Klägers wechselbezüglich sein, nämlich die Verfügung des einen Ehegatten mit derjenigen des anderen stehen und fallen sollte. Dies wird in den beiden Urkunden zwar nicht ausdrücklich gesagt, ist aber auch nicht erforderlich, weil eine Bindungswirkung auch stillschweigend vereinbart werden kann. Dafür, dass das hier gewollt war, spricht zunächst schon, dass beide Eltern der Parteien den Kläger jeweils durch gleichlautende Verfügungen mit einem Vermächtnisanspruch gegen den schon damals zum alleinigen Erben des Überlebenden eingesetzten Beklagten bedacht haben (vgl. Saarl. OLG, Urteil vom 27.10.2005, 8 U 626/04, OLGR 2006, 108; OLG Hamm, FamRZ 1994, 1210, 1211; BayObLG, FamRZ 1996, 1040, 1041; FamRZ 2001, 1734, 1736). Es ist anerkannt, dass gleichlautende Verfügungen in einem gemeinsamen Testament, mögen sie gegenseitige Zuwendungen der Erblasser enthalten oder zugunsten desselben Dritten getroffen sein, für ihre Wechselbezüglichkeit sprechen (OLG Hamm, FamRZ 1994, 1210, 1211; BayObLGZ 1964, 95, 100; *Johannsen* in RGRK-BGB, § 2270 Rdnr. 2; *Musielak* in MünchKomm-BGB, § 2270 Rdnr. 14). Solche gleichlautenden Verfügungen, wie sie auch hier vorliegen, lassen regelmäßig den Schluss darauf zu, dass ihnen eine gemeinsame und damit gegenseitig voneinander abhängige Vorstellung der testierenden Ehegatten zugrunde liegt. Dass dies hier so war, wird auch durch den Inhalt der Verfügung bekräftigt, der nicht bloß dahin geht, eine auch sonst als selbstverständlich anzusehende Rechtsfolge zu bewirken, sondern den gemeinsamen Wunsch beider Eltern nach einer bestimmten Verteilung des Nachlasses unter ihren gemeinsamen Kindern zum Ausdruck bringt (vgl. Saarl. OLG, Urteil vom 27.10.2005, 8 U 626/04, OLGR 2006, 108; BayObLG, FamRZ 1996, 1040, 1042). Aus der Zuwendung bestimmter, in Frankreich belegener Grundstücke an den Kläger, verbunden mit dem Hinweis auf den „Pflichtteil“ des Beklagten, was auf dessen zuvor erfolgte Erbeinsetzung und den damit verbundenen Erwerb des in Deutschland belegenen Grundbesitzes abstellte, geht der übereinstimmende Wille beider Eltern hervor, das gegenständliche Schicksal ihres Grundvermögens abschließend zu regeln. Dies und der übereinstimmende Hinweis auf die dadurch

erzielte Gleichstellung ihrer beiden Kinder, die im Übrigen von dem Erblasser auch noch im Rahmen seiner späteren Anfechtungserklärung (...) ausdrücklich betont wurde, sprechen durchgreifend dafür, dass beide Ehegatten damals insoweit auch eine wechselseitige Bindung des Überlebenden nach dem Tode des zuerst Versterbenden beabsichtigt haben. Anders als bei schlichter Einsetzung des gemeinsamen Kindes ohne weitere Verfügung, die im Zweifel nicht wechselbezüglich wäre, weil es aus Sicht von Eheleuten selbstverständlich erscheint, dass jeder von ihnen vom Überlebenden beerbt würde (vgl. OLG München, NJW-RR 2008, 387, 388; *Weidlich* in Grüneberg, § 2270 Rdnr. 5), war dieses – weitergehende – Ziel aus Sicht beider Testierenden nämlich nur zu erreichen, wenn nach dem Tode des Erstversterbenden der Überlebende weiter an seine Verfügung gebunden blieb. Dass genau dies beabsichtigt war, räumt letztlich auch der Beklagte mit seiner nachgelassenen Stellungnahme (...) ein, wenn er darauf hinweist, beide „Einzeltestamente“ seien nach rechtlicher Beratung zur Vermeidung möglicher, aus einer Nichtanerkennung des gemeinschaftlichen Testaments in Frankreich folgender Schwierigkeiten erstellt worden, weil gerade das den Willen der beiden Eheleute, bindende Verfügungen zugunsten ihres dort lebenden Sohnes zu treffen, nachvollziehbar erläutert. Gleiches gilt für den erneuten Verweis auf den Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag vom 13.04.1989, vor dessen Hintergrund sich das Ziel einer „Gleichbehandlung“ der beiden Söhne nur noch durch die wechselbezügliche Anordnung entsprechender Vermächtnisse erreichen ließ. Folge dessen ist, dass der Erblasser, entsprechend diesen Vorstellungen, nach dem Tode seiner Ehefrau nicht (mehr) berechtigt war, das bindend gewordene Vermächtnis zugunsten des Klägers zu widerrufen und dadurch die von beiden Eheleuten beabsichtigte Gleichsetzung ihrer Abkömmlinge nachträglich aufzuheben.

47 e) Andere Hinderungsgründe oder Einwendungen, die dem geltend gemachten Vermächtnisanspruch des Klägers entgegenstehen könnten, hat der Beklagte nicht geltend gemacht; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich.

48 3. Da der Beklagte hiernach mit einem wirksamen Vermächtnisanspruch zugunsten des Klägers beschwert ist, dessen Erfüllung er schuldet, und die Klage damit schon im Hauptantrag vollumfänglich begründet ist, kam es auf den vom Kläger hilfsweise mittels Stufenklage geltend gemachten, vom LG gleichfalls als unbegründet abgewiesenen Pflichtteilsanspruch nicht mehr an.

(...)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

19. Zur Möglichkeit eines Bereicherungsanspruchs der Miterben bei Löschung von forderungslosen Grundschulden durch einen Miterben nach Erwerb des Grundstücks in der Teilungsversteigerung

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.04.2024, 3 U 109/22

BGB § 183 Satz 1, § 816 Abs. 1 und 2, § 818 Abs. 2, § 2039 Satz 1 Alt. 2, §§ 1147, 1168, 1191, 1192 Abs. 1a, §§ 1922, 2032 ZVG § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 1, § 91 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Erwirbt ein Mitglied der Erbengemeinschaft in der Teilungsversteigerung ein zum Nachlass gehörendes Grundstück, das mit forderungslosen Grundschulden belastet ist, die nach den Versteigerungsbedingungen nicht durch das Bargebot zu decken waren, und die der Ersteher nach dem Zuschlag aufgrund vorliegender Löschungsbewilligungen löschen lässt, können die anderen Miterben nicht aus § 816 Abs. 2 BGB die Zahlung des Nennbetrages der gelöschten Grundpfandrechte an die Erbengemeinschaft verlangen.
2. Eine Zahlung des Nennbetrags der gelöschten forderungslosen Grundschulden kann ebenso wenig aus § 816 Abs. 1 BGB beansprucht werden, wenn die anderen Miterben vor Zuschlagserteilung der Löschung zugestimmt haben und ihr Einverständnis nicht vor der Löschung widerrufen haben.
3. Einreden aus dem Sicherungsvertrag stehen dem Ersteher des Grundstücks nicht zu.
4. Dieser kann aber in seiner Eigenschaft als Mitglied der Erbengemeinschaft gegen die anderen Miterben, die aus den Grundschulden die Zwangsvollstreckung betreiben wollen, die Einrede erheben, dass die Vollstreckung aus den nicht mehr valuierten Grundschulden unstatthaft ist.

•

20. Zum Antrag einer nicht befreiten Vorerbin als Miteigentümerin auf Durchführung der Teilungsversteigerung

AG Mannheim, Beschluss vom 28.03.2024, 2 K 123/23

BGB § 2113
ZVG § 180

LEITSATZ:

Ist eine Miteigentümerin lediglich als nicht befreite Vorerbin am Grundbesitz beteiligt, bedarf ihr Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung der Zustimmung der Nacherben.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Durch Beschluss vom 16.11.2023 wurde auf Antrag der Antragstellerin die Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung der Gemeinschaft des im Rubrum genannten Grundbesitzes angeordnet. Der Beschluss wurde der Antragsgegnerin am 22.11.2023 zugestellt.

2 Die Beteiligten sind zu je ½ Anteilen als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen, wobei unter Abt. II Nr. 1 ein Nacherbenvermerk eingetragen ist, welcher die Antragstellerin als nicht befreite Vorerbin ausweist.

3 Mit Anwaltsschriftsatz vom 05.12.2023 beantragte die Antragsgegnerin zunächst die einstweilige Einstellung des Verfahrens, da Bereitschaft zur Durchführung eines freihändigen Verkaufs bestehe. Darüber hinaus wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin lediglich nicht befreite Vorerbin von deren ½ Grundstücksanteil sei. Daher erscheine es nicht gerechtfertigt, nun deren Anteil durch Versteigerung den Nacherben regelrecht zu entziehen.

4 Nach Austausch verschiedener Stellungnahmen äußerte die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.01.2024, dass sie sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Vergleichsverhandlungen begeben wolle.

5 Aufgrund gerichtlichem Hinweis vom 31.01.2024 teilte der anwaltliche Vertreter der Antragsgegnerin am 12.02.2024 mit, dass der Einstellungsantrag weiterhin aufrechterhalten werde, da sich die Berechtigung der Antragstellerin als Miteigentümerin am gegenständlichen Grundbesitz lediglich auf die Rechtsstellung als nicht befreite Vorerbin beschränke. Es sei gerade im Sinne des ehemaligen Miteigentümers und Testators gewesen, das hälftige Grundstück für seine drei Kinder aus erster Ehe zu erhalten. Sicherlich sei es nicht die Absicht des Erblassers gewesen, das Grundstück in ein Teilungsversteigerungsverfahren entgleiten zu lassen, welches die Nacherben um deren späteren Eigentumserwerb bringe.

6 Mit Schriftsatz vom 04.03.2024 wurde dieser Vortrag unter förmlicher Einlegung einer Vollstreckungserinnerung durch die Antragsgegnerin nochmals wiederholt.

7 Wegen des näheren Inhaltes wird auf die den Parteien bekannt gegebenen Schriftsätze Bezug genommen.

8 1. Die formgerecht eingelegte und nicht fristgebundene Erinnerung gemäß § 766 ZPO ist zulässig.

9 Der für die nicht angehörte Antragsgegnerin statthafte Rechtsbehelf gegen den Anordnungsbeschluss ist die Erinnerung nach § 766 ZPO (vgl. Stöber, ZVG-Handbuch, Kap. 10 Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft Rdnr. 44).

10 Die Vollstreckungserinnerung ist ein Rechtsbehelf, mit welchem die Überprüfung der Zwangsvollstreckung auf Verfahrensfehler erstrebt wird, wie beispielsweise die Nichtbeachtung eines aus dem Grundbuch ersichtlichen Hindernisses nach § 28 Abs. 1 ZVG, wohingegen materielle Einwendungen, insbesondere solche, welche sich nicht aus dem Grundbuch ergeben, nicht zur Begründetheit einer

Erinnerung führen können (vgl. BeckOK-ZPO/Preuß, Stand: 01.12.2023, § 766).

11 Diese ist unter anderem statthaft, sofern eine erforderliche und fehlende Einwilligung durch das Versteigerungsgericht ausnahmsweise bereits als Antragsmangel hätte beachtet werden müssen (vgl. für § 1365 BGB Stöber, ZVG-Handbuch, Kap. 10 Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft Rdnr. 13).

12 Gerügt wurde durch die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin lediglich als nicht befreite Vorerbin eingetragen ist, welches sich für das Versteigerungsgericht bereits bei Anordnung des Verfahrens aus dem Grundbuch ergab.

13 Zulässiger Rechtsbehelf ist daher die Erinnerung gemäß § 766 ZPO.

14 2. Die zulässige Erinnerung hat in der Sache Erfolg und führt zunächst zur Einstellung des Verfahrens der Antragstellerin aus dem Anordnungsbeschluss vom 16.11.2023.

15 Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn die beanstandete Vollstreckungsmaßnahme verfahrensfehlerhaft ist (vgl. BeckOK-ZPO/Preuß, § 766 Rdnr. 38).

16 a) Ein großer Teil der Literatur nimmt an, dass der im Grundbuch eingetragene Vermerk über die Anordnung einer Nacherbschaft kein Hindernis für die Anordnung des Verfahrens zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft darstelle (vgl. Stöber, ZVG-Handbuch, Kap. 10 Rdnr. 25; Dasser/Schiffhauer, ZVG, 16. Aufl. 2020, § 181 Rdnr. 23; Böttcher/Böttcher, ZVG, § 180 Rdnr. 37-58). Nach diesen Ansichten sind die Nacherben lediglich am Verfahren zu beteiligen (vgl. Dasser/Schiffhauer, ZVG, § 180 Rdnr. 15), eine Versteigerung des Grundbesitzes sei jedoch zulässig.

17 Die oben aufgeführten Fundstellen legen ihrer Annahme insbesondere die Entscheidung des BayObLG, Beschluss vom 14.12.1967, BReg. 1 b Z 117/67, zugrunde, in welcher vermerkt wurde, dass die §§ 2113, 2115 BGB weder direkt noch unmittelbar anzuwenden seien, da auch der Nacherbe die Durchführung der Teilungsversteigerung gegen sich gelten lassen müsse. Der damals zu entscheidende Fall unterschied sich von der im hiesigen Verfahren vorliegenden Konstellation jedoch dadurch, dass der Antrag durch die Miteigentümerin gestellt wurde, welche nicht von der durch den Erblasser angeordneten Vor- und Nacherbschaft betroffen war.

18 b) Der Vorerbe ist bis zum Eintritt des Nacherbfalls zunächst „echter“ Erbe des Erblassers und kann gemäß § 2112 BGB grundsätzlich frei über die zum Nachlass zugehörigen Gegenstände verfügen. Nur soweit die in §§ 2113-2115 BGB angeordneten Ausnahmen eingreifen, ist die Wirksamkeit der vom Vorerben vorgenommenen Verfügungen zeitlich auflösend bedingt oder befristet durch den Eintritt des Nacherbfalls (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2112 Rdnr. 1).

19 Unter „Verfügung“ im Sinne des §§ 2112 ff BGB werden Rechtsgeschäfte gefasst, durch die der Verfügende auf ein Recht unmittelbar einwirkt, es also beispielsweise auf einen



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Dritten überträgt (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2112 Rdnr. 5).

20 aa) § 2115 BGB findet auf die hier vorliegende Verfahrensart der Teilungsversteigerung unzweifelhaft keine Anwendung, da diese Norm lediglich Versteigerungen wegen Geldforderungen umfasst. Sinn und Zweck dieser Norm ist es nicht, Rechte und Pflichten, die dem Nachlass als solchem eigentümlich und in der Stellung eines Miterben als solche begründet sind, einzuschränken (vgl. DNotZ 2007, 643).

21 bb) Die bei nicht befreiter Vorerbschaft geltende Vorschrift des § 2113 Abs. 1l BGB regelt dahin gehend, dass Verfügungen des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden.

22 Wie bereits in DNotZ 2007, 643 zutreffend festgestellt wurde, scheidet eine unmittelbare Anwendung dieser Norm bei der Beantragung einer Teilungsversteigerung aus, da der Antrag und die Teilungsversteigerung keine Verfügung i. S. d. § 2113 Abs. 1l BGB darstellen.

23 In der Versteigerung gilt die Vorschrift des § 90 ZVG. Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks, erwirbt also nicht aufgrund Verfügung des Vorerben das Eigentum, sondern originär aufgrund Hoheitsakt (vgl. BeckOK-ZVG/Pestel, § 90 Rdnr. 4).

24 Bei dem Versteigerungsantrag handelt es sich lediglich um eine Prozesshandlung (vgl. Stöber/Keller, ZVG, § 15 Rdnr. 8). Auch unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 181 Abs. 2 Satz 2 ZVG kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieser eine Verfügung darstellt, da diese Norm sonst aufgrund bereits anderweitig bestehender Genehmigungserfordernisse überflüssig wäre.

25 Festzustellen ist jedoch, dass das Verfahren zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft lediglich auf Antrag durchgeführt wird (§§ 180, 15 ZVG), welcher in seiner Wirkung faktisch einer Verfügung i. S. d. § 2113 Abs. 1 BGB gleichkommt. Aufgrund Veräußerung des Grundstücks im Rahmen der Teilungsversteigerung verbleibt den Nacherben langfristig lediglich der an die Stelle des Grundstücks rückende Übererlösanspruch als Surrogat (§ 2111 BGB), da der Eigentumserwerb ihnen gegenüber wirksam ist und der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk sodann zu löschen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 17.09.1968, 15 W 360/68).

26 Der Surrogationsgrundsatz, der der wertmäßigen Erhaltung der Erbschaft dient, fände auch bei rechtsgeschäftlicher Veräußerung des Grundbesitzes Anwendung – diese ist dem nicht befreiten Vorerben jedoch gemäß § 2113 Abs. 1 BGB grundsätzlich verwehrt.

27 cc) Für den Fall verheirateter Ehegatten hat der BGH die Stellung eines Antrags auf Durchführung der Teilungsversteigerung einer Verfügung gleichgestellt (vgl. BGH, Beschluss vom 14.06.2007, V ZB 102/06 [LG Koblenz]). Weiterhin hat das BayObLG in seiner Entscheidung vom 14.05.1965 ausdrücklich offengelassen, ob der Antrag nach

§§ 180, 15 ZVG eine Verfügung i. S. d. § 2113 Abs. 1 BGB darstellt.

28 dd) Das Versteigerungsgericht hatte sich daher zu fragen, ob die Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB analog auf den Antrag auf Durchführung der Teilungsversteigerung anzuwenden ist.

29 Die analoge Anwendung einer Norm ist zulässig und geboten, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem gesetzlich geregelten Tatbestand vergleichbar ist, 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 identischen Abwägungsergebnis gekommen.

30 Sinn und Zweck des § 2113 BGB ist der Schutz des Nacherben und insbesondere auch der Wahrung von dessen Substanzerhaltungsinteresse (vgl. MünchKomm-BGB/Lieder, § 2113 Rdnr. 2). Im Falle der Versteigerung träte zwar gemäß § 2111 BGB an die Stelle des Grundbesitzes der hierauf entfallende Anteil des Übererlöses als Surrogat (vgl. Stöber, ZVG-Handbuch, Kap. 10 Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft Rdnr. 25), der ursprüngliche Nachlassgegenstand in Form des Grundstückes aber wird dem Nacherben entzogen.

31 Die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft ermöglicht es dem Erblasser, den zunächst als Erben Berufenen in seinen Dispositionsmöglichkeiten zu beschränken und das weitere Schicksal des vererbten Vermögens festzulegen. Dadurch kann insbesondere sichergestellt werden, dass das Vermögen in der Familie bleibt (vgl. MünchKomm-BGB/Lieder, § 2100 Rdnr. 5). Diese Möglichkeit wird dem Erblasser als vormaligen Eigentümer i. R. d. gemäß Art. 14 GG garantierten Testierfreiheit eröffnet. Durch letztwillige Verfügung (Testament, Erbvertrag) kann der Erblasser rechtsgeschäftlich mithin frei bestimmen, an wen sein Vermögen nach seinem Tod fallen soll (vgl. BeckOGK-BGB/Preuß, § 1922 Rdnr. 19).

32 Durch die Anordnung einer nicht befreiten Vorerbschaft bringt der Erblasser dementsprechend seinen Willen zum Ausdruck, dass eine freie Veräußerung durch den Vorerben alleine nicht möglich sein soll.

33 Verfahrensziel der Teilungsversteigerung dahin gegen ist, an die Stelle des in Natur nicht teilbaren Gegenstandes eine unter die Miteigentümer aufteilbare Geldsumme treten zu lassen (Stöber, ZVG-Handbuch, Kap. 10 Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft Rdnr. 2).

34 Das Gericht unterstellt, dass der überwiegende Anteil der (insbesondere der privat testierenden) Erblasser annimmt, dass aufgrund der Vorschrift des § 2113 BGB eine Veräußerung des Grundbesitzes dem Vorerben ohne Mitwirkung der geschützten Nacherben nicht möglich ist, da lediglich die Veräußerung durch einen freihändigen Verkauf bedacht wird und nicht auch die Möglichkeit der Durchführung einer Teilungsversteigerung. Für die Betroffenen wür-

de sich nicht erschließen, warum ein aus wirtschaftlicher Sicht identisches Ergebnis lediglich aufgrund Durchlaufen eines gerichtlichen Verfahrens unterschiedlich behandelt wird.

35 Bei Annahme einer uneingeschränkten Möglichkeit des nicht befreiten Vorerben zur Stellung eines entsprechenden Antrags käme zudem der Regelung des § 2113 Abs. 1 BGB faktisch keine Bedeutung mehr zu, da dem nicht befreiten Vorerben jederzeit die Möglichkeit der Veräußerung im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens zustünde (vgl. DNotZ 2007, 643, beck-online). Die Verfügung des Erblassers liefe mithin ins Leere.

36 ee) Auch die Vorschrift des § 181 Abs. 2 Satz 2 ZVG und dass die Aufnahme einer Regelung für den Fall einer bestehenden Vor- und Nacherbschaft entsprechend der dort geregelten Genehmigungserfordernisse nicht durch den Gesetzgeber erfolgt ist, gebietet nach hiesiger Ansicht keine anderweitige Bewertung des Sachverhaltes.

37 Unter Beachtung der dort geregelten Genehmigungserfordernisse erfasst die Norm Fälle, in welchen eine Person gesetzlich zur Vertretung eines Dritten befugt ist und die Wirksamkeit bedeutsamer Rechtshandlungen von einer gerichtlichen Genehmigung derselben abhängig gemacht werden soll. Der Vorerbe ist jedoch nicht Vertreter der Nacherben. Auch sieht das Gesetz keine Regelung vor, welche eine Handlung, die gegen die §§ 2112 ff. BGB verstößt, durch Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung zur Wirksamkeit verhelfen würde.

38 Wirksam werden Verfügungen im Sinne des § 2113 BGB dann uneingeschränkt, wenn der Nacherbe ihnen zustimmt (vgl. MünchKomm-BGB/Lieder, § 2113 Rdnr. 28).

39 ff) Sinn und Zweck der Norm des § 2113 Abs. 1 BGB gebieten daher nach Ansicht des Gerichts eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf die Stellung des Versteigerungsantrages durch einen nicht befreiten Vorerben, welcher lediglich in dieser Rechtsposition am Grundbesitz beteiligt ist und das Verfahren isoliert initiiert.

40 Ob ein Beitritt als nicht befreite Vorerbin zu einem bereits durch einen anderen (Mit-)Eigentümer betriebenen Verfahren zulässig ist und anderweitig zu bewerten wäre, ist nicht Gegenstand des hiesigen Verfahrens und war daher durch das Gericht auch nicht zu prüfen.

41 3. Mit Verfügung vom 08.03.2024 hat das Gericht die Antragstellerin zum Erlass der beabsichtigten Abhilfeentscheidung angehört. Eine Stellungnahme hierzu erfolgte nicht.

42 Der Erinnerung der Antragsgegnerin war daher durch die für die Abhilfeentscheidung zuständige Rechtspflegerin (vgl. BeckOK-ZPO/Preuß, § 766 Rdnr. 50) aus den o. g. Gründen nach erneuter Prüfung aller Verfahrensvoraussetzungen stattzugeben.

43 Da es sich im vorliegenden Fall um einen Mangel handelt, welcher durch die Vorlage der Zustimmungserklärungen der Nacherben geheilt werden kann, war das Verfahren zunächst für die o. g. Dauer einzustellen und ist lediglich

aufzuheben, sofern der Mangel nicht fristgerecht behoben werden sollte.

44 Zum Erlass einer solchen Anordnung ist das Versteigerungsgericht analog § 28 ZVG befugt (vgl. MünchKomm-ZPO/Karsten Schmidt/Brinkmann, 6. Aufl. 2020, § 766 Rdnr. 51).

45 Da das Verfahren zunächst nur eingestellt und nicht bereits aufgehoben wurde, war die Wirksamkeit der Entscheidung nicht auf deren Rechtskraft hinaus zu schieben.

ÖFFENTLICHES RECHT

21. Zum Vorkaufsrecht nach dem BauGB

OVG Hamburg, Urteil vom 21.03.2024, 2 Bf 61/23

BauGB § 16 Abs. 2, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2, § 26 Nr. 1, § 28 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 165 Abs. 4, § 234 Abs. 1, § 246 Abs. 5

BGB § 463

VwGO § 132 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Vorkaufsrecht auf der Grundlage einer Vorkaufsrechtsverordnung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB wirksam begründet worden ist, ist gemäß § 234 Abs. 1 BauGB der Zeitpunkt des notariellen Kaufvertragsabschlusses.**
- 2. Beim Verkauf eines Grundstücks durch eine Einpersonen-GmbH & Co. KG an eine andere Einpersonen-GmbH Co. KG mit demselben Alleingesellschafter liegt kein Kaufvertrag mit einem Dritten im Sinne von § 28 Abs. 2. Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB vor. Denn bei wirtschaftlicher Betrachtung stellt sich dieses Geschäft lediglich als Vermögensverschiebung innerhalb der Vermögenssphäre ein und derselben natürlichen Person als wirtschaftlicher Inhaber beider Gesellschaften dar.**
- 3. Aus dem Ausschlussstatbestand für gemeindliche Vorkaufsrechte in § 26 Nr. 1 BauGB kann nicht geschlossen werden, dass nach Willen des Gesetzgebers allein die dort benannten Näheverhältnisse aus dem Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts ausscheiden sollten.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beklagte begehrt mit ihrer Berufung die Abweisung der in erster Instanz erfolgreichen Klage der Klägerinnen gegen einen Bescheid zur Ausübung eines sog. Satzungs-vorkaufsrechts.

2 Die Klägerin zu 1 ist eine GmbH & Co. KG mit zwei Gesellschaftern: Herr A ist ihr alleiniger Kommanditist und die X-Verwaltungsgesellschaft mbH ist ihre alleinige Komplementärin. Deren alleiniger Gesellschafter und zugleich

alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer ist Herr A. Die Klägerin zu 2 ist ebenfalls eine GmbH & Co. KG, die unter derselben Anschrift wie die Klägerin zu 1 geschäftsansässig ist. Ihre zwei Gesellschafter sind ebenfalls Herr A als alleiniger Kommanditist sowie die X-Verwaltungsgesellschaft mbH als alleinige Komplementärin, deren alleiniger Gesellschafter und zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer Herr A ist. Die Komplementärin der Klägerinnen und deren Geschäftsführer sind jeweils von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

3 Die Klägerin zu 1 ist Eigentümerin des Grundstücks (...) (Flurstücke [...], [...] und [...] der Gemarkung Ottensen; im Folgenden: streitgegenständliches Grundstück). Das streitgegenständliche Grundstück hat eine Gesamtfläche von 5.659 m². Es liegt nördlich der (...) und grenzt im Westen und Osten an Bahntrassen, die westlich des Grundstücks zwischen den Bahnhöfen Diebsteich und Altona und östlich des Grundstücks zwischen den Bahnhöfen Diebsteich und Holstenstraße verlaufen. Zudem wird das Grundstück im westlichen Bereich von einer in Nord-Süd-Richtung verlaufenden Eisenbahnbrücke überspannt. Von der Straßenfläche der (...) trennt das Grundstück ein schmales, streifenartig geschnittenes Flurstück (Flurstück [...] der Gemarkung Ottensen), das im Eigentum der Beklagten steht. Das streitgegenständliche Grundstück ist im hinteren Bereich mit einem eingeschossigen Büro- und Werkstattgebäude bebaut und an mehrere Autovermietungen vermietet, die den Großteil der Fläche einschließlich des straßenseitigen Flurstücks (...), für das eine unentgeltliche Nutzungsvereinbarung mit der Beklagten besteht, als Parkplatz für ihre Fahrzeuge nutzen.

4 Das streitgegenständliche Grundstück liegt in dem im Einzelnen beschriebenen und in einer Anlage zeichnerisch dargestellten Geltungsbereich der durch die Beklagte auf Grundlage von § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB erlassenen Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebietes „Mitte Altona“ vom 19.02.2008 (HmbGVBl, S. 108), nach deren § 1 der Beklagten ein Vorkaufsrecht an den Grundstücken im dargestellten Bereich zustand.

5 Die vorgenannte Verordnung wurde durch § 2 Abs. 2 der Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebietes „Mitte Altona“ vom 01.10.2021 aufgehoben (HmbGVBl, S. 683). Das streitgegenständliche Grundstück liegt nunmehr im Geltungsbereich der Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts im Bereich des Gebietes „Diebsteich“ vom 21.09.2021 (HmbGVBl, S. 681), nach deren § 1 Satz 1 der Beklagten in dem in der Anlage rot umgrenzten Bereich ein Vorkaufsrecht zusteht.

6 Das Grundstück liegt zudem im Geltungsbereich des Baustufenplans Altona-Altstadt vom 15.02.1952 (Amtl. Anz., S. 203), erneut festgestellt am 14.01.1955 (Amtl. Anz., S. 61) und ist dort als Außenbereich ausgewiesen. Zudem sieht der Teilbebauungsplan 996 vom 20.06.1961 (HmbGVBl, S. 211) eine Erweiterung der (...) nach Norden auf einem über das streitgegenständliche Grundstück verlaufenden Streifen mit einer Tiefe von etwa 13,5 Metern vor, welche bisher nicht umgesetzt wurde. Der städtebauliche Rahmenplan Diebsteich (Stand: 16.11.2020, abrufbar unter

<https://www.hamburg.de/rahmenplan/>, zuletzt aufgerufen am 09.04.2024) sieht für das Grundstück eine „Verdichtung und Weiterentwicklung“ und die Option einer Feuer- und Rettungswache vor.

7 Die Klägerin zu 1 als Verkäuferin und die Klägerin zu 2 als Käuferin schlossen am 17.05.2021 einen notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag über das streitgegenständliche Grundstück. Der Kaufvertrag enthielt unter anderem die folgenden Vereinbarungen:

„§ 1 Kaufgegenstand

Die Verkäuferin verkauft an die dies annehmende Käuferin den unter I. bezeichneten Grundbesitz mit allen Bestandteilen und Zubehör in seinem gegenwärtigen Zustand, wie sie ihn besichtigt hat oder hätte besichtigen können – im Folgenden ‚Grundstück‘ genannt –. [...] Die Käuferin verpflichtet sich, das Grundstück abzunehmen.

§ 2 Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt EUR 3.110.000. Der Kaufpreis wird wie folgt beglichen:

EUR 3.110.000 zahlt die Käuferin spätestens am 30.06.2021 unmittelbar an die Verkäuferin auf deren Konto [...] Auf eine Sicherstellung der Kaufpreiszahlung durch zum Beispiel Eintragung einer Auflassungsvormerkung oder Zahlung über ein Notaranderkonto verzichten die Vertragsparteien trotz Belehrung des Notars über die damit verbundenen Gefahren. [...]

§ 5 Übergabe, Verrechnungstag

Die Übergabe des Grundstücks gilt zum 01.06.2021, 00:00 Uhr, als erfolgt.

Die Verkäuferin wurde vom Notar darauf hingewiesen, dass die Übergabe damit unter Umständen vor Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und auf die damit verbundenen Risiken hingewiesen. Trotz Belehrung wünscht die Verkäuferin die Beurkundung in dieser Form. [...]

§ 7 Vorkaufsrecht

Im Falle der Ausübung eines eventuell bestehenden gesetzlichen Vorkaufsrechts hinsichtlich des ganzen oder eines Teils des Kaufgegenstandes hat jede Partei das Recht zum Rücktritt vom gesamten Kaufvertrag, ohne dass dadurch das Vertragsverhältnis mit dem Vorkaufsberechtigten berührt wird. Im Falle der Ausübung des Rücktrittsrechts tritt die Verkäuferin ihre Ansprüche gegenüber der zuständigen Behörde Erfüllungshalber hiermit insoweit an die Käuferin ab, als diese bereits Zahlungen geleistet hat. Die Käuferin nimmt die Abtretung an. [...]

§ 9 Auflassung

1. Die Verkäuferin und die Käuferin sind sich darüber einig, dass das Eigentum an dem verkauften Grundstück auf die Käuferin übergehen soll. Sie bewilligen und beantragen, diese Rechtsänderung in das Grundbuch einzutragen. [...]

§ 11 Hinweise

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass

- das Eigentum an dem Grundstück erst mit der Umschreibung im Grundbuch übergeht und diese Umschreibung von der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung sowie der Verzichtserklärung auf das gesetzliche Vorkaufsrecht abhängt, [...]“

8 Die Beklagte wurde am 19.05.2021 durch den Notar über den Vertragsabschluss informiert.

9 Mit zwei gleichlautenden Schreiben vom 03.06.2021 an die Klägerinnen teilte die Beklagte mit, dass sie die Ausübung eines Vorkaufsrechts auf Grundlage § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB in Verbindung mit der Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebietes „Mitte Altona“ vom 19.02.2008 sowie eines Vorkaufsrechts für die im Teilbebauungsplan 996 als Straßenverkehrsfläche ausgewiesenen Teilflächen der Flurstücke 5135 und 5136 auf Grundlage von § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB erwäge, und gab Gelegenheit zur Stellungnahme.

10 Die Klägerinnen nahmen mit Schreiben vom 11.06.2021 sowie im Rahmen einer Videokonferenz der Beteiligten mit den Prozessbevollmächtigten der Klägerinnen am 17.06.2021 Stellung.

11 Mit Schreiben vom 17.06.2021 erklärte die Klägerin zu 2 zum Hintergrund des notariellen Vertrags, dass das streitgegenständliche Betriebsgrundstück aus Anlass der Testamentserstellung separiert und in die zu diesem Zweck gegründete Klägerin zu 2 übertragen werden sollte. Dabei sei eine Übertragung zum Buchwert angestrebt worden, da es sich letztlich um denselben Steuerpflichtigen handle. In der Steuerpraxis werde die Übertragung zwischen Schwesterpersonengesellschaften üblicherweise auf Grundlage der Vorschrift in § 6b EStG durchgeführt, welche an einen Veräußerungsvorgang anknüpfe, weshalb die Übertragung hier formal und entgeltlich über einen Vertrag erfolgt sei. Ein Kaufvertrag im Sinne von § 463 BGB liege jedoch nicht vor, da es sich der Sache nach um eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung, vergleichbar mit einer Einlage, handle. Auch ein Verkauf an einen Dritten sei nicht gegeben, da rechtlich und wirtschaftlich auf Seiten der Veräußerin und der Erwerberin alleine Herr A stehe; Dritte seien nicht beteiligt. Das Grundstück bleibe auch steuerlich allein diesem zugeordnet. Nach der Wertung aus § 26 Nr. 1 BauGB zum Ausschluss des Vorkaufsrechts bei einem Verkauf an Ehegatten und nahe Verwandte müsse das Vorkaufsrecht erst Recht ausgeschlossen sein, wenn der Eigentümer bei wirtschaftlicher Betrachtung an sich selbst veräußere. Weiter sei die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt.

12 Mit Schreiben vom selben Tag widersprach auch die Klägerin zu 1 der Ausübung eines Vorkaufsrechts und verwies im Übrigen auf die Ausführungen der Klägerin zu 2.

13 Ein auf Antrag der Beklagten von der Geschäftsstelle des Gutachterausschusses für Grundstückswerte der Beklagten erstelltes Wertgutachten vom 25.06.2021 bezifferte den Verkehrswert des Grundstücks auf insgesamt 3.700.000 €,

wobei für die straßenseitige Teilfläche von 392 m² ein Wert von 200.000 € und somit für das restliche Grundstück ein Wert von 3.500.000 € anzusetzen seien.

14 In einer weiteren Stellungnahme vom 30.06.2021 führten die Klägerinnen aus, die Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebiets „Mitte Altona“ vom 19.02.2008 sei rechtswidrig, da keinerlei planerische Vorstellungen vorgelegen hätten. Jedenfalls wären etwaige Vorstellungen auf unabsehbare Zeit nicht realisierbar gewesen, was sich am Zeitablauf seit Erlass der Verordnung und darin zeige, dass die Beklagte eine Planung erst nach Ablauf der Mietverhältnisse im Jahr 2037 angekündigt habe. Das Vorkaufsrecht sei zudem unverhältnismäßig, da eine Eigentumsübertragungsvormerkung zur Absicherung der potenziellen Entwicklung des Grundstücks ausreichend gewesen wäre. Ferner baten die Klägerinnen um konkrete Erläuterungen zu den angestrebten Verwendungszwecken des Grundstücks unter Nennung von Prioritäten, damit Herr A diese in einer Abwendungserklärung zugrunde legen könne.

15 In ihrer Sitzung vom 01.07.2021 beschloss die Kommission für Bodenordnung der Beklagten die Ausübung gesetzlicher Vorkaufsrechte für das streitgegenständliche Grundstück (i) gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB für eine ca. 392 m² große Teilfläche der Flurstücke 5135 und 5136 zu einem Entschädigungswert von 200.000 € sowie (ii) gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB für die restliche Fläche des Grundstücks gegen Zahlung eines verhältnismäßigen Anteils des Kaufpreises in Höhe von 2.941.892 €, alternativ den freihändigen Ankauf des gesamten Grundstücks zum vereinbarten Kaufpreis von 3.110.000 € oder den freihändigen Ankauf der ca. 392 m² großen Teilfläche zum Entschädigungswert von 200.000 €.

16 Mit an die Klägerin zu 1 adressiertem Bescheid vom 09.07.2021, zugestellt am selben Tag, übte die Beklagte ein gesetzliches Vorkaufsrecht gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB im Hinblick auf eine genauer bezeichnete Teilfläche des Grundstücks (...) mit einer Größe von 392 m² aus (Ziffer (i)). Zugleich übte sie ein Vorkaufsrecht gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB in Verbindung mit der Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebiets „Mitte Altona“ vom 19.02.2008 hinsichtlich der Restfläche des Grundstücks (...) aus (Ziffer (ii)). Zur Begründung der in Ziffer (ii) des Bescheids erfolgten Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB führte die Beklagte im Wesentlichen aus, die Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebiets „Mitte Altona“ vom 19.02.2008 sei rechtmäßig auf Grundlage von § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB erlassen worden. Sie habe zum Zeitpunkt des Verordnungserlasses städtebauliche Maßnahmen in dem Gebiet in Betracht gezogen. Die Verordnung diene der Verwirklichung der Ziele der im Jahr 2007 eingeleiteten vorbereitenden Untersuchung Mitte Altona. Dies sei auch heute noch der Fall, da sie im Rahmen der vorbereitenden Untersuchungen Diebsteich und Mitte Altona aktiv Planungsaktivitäten entfaltet habe und das streitgegenständliche Grundstück in ihre Überlegungen einbezogen habe. Dies zeige sich auch am aktuellen Rahmenplan



Diebstreich, der Ziele für das Grundstück festlege. Mit allen planerischen Vorstellungen sei dasselbe Ziel einer grundlegenden Verdichtung der Nutzung auf der Fläche des streitgegenständlichen Grundstücks verfolgt worden. Förmlich konkretisierte Planungsabsichten seien nicht erforderlich. Eine zeitliche Grenze bestehe nicht. Die Verordnung sei auch zur Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im Bereich der vorbereitenden Untersuchung erforderlich, da sie die Entwicklungsmaßnahmen nur vorantreiben könne, wenn die hierfür benötigten Flächen zur Verfügung stünden. Die Realisierung sei über freihändige Verkäufe nicht möglich.

17 Ein Kaufvertrag mit einem Dritten liege vor. Der Vertragsurkunde sei deutlich zu entnehmen, dass es sich um einen Grundstückskaufvertrag handle. Es sei ein Kaufpreis vereinbart worden und der Notar habe auf die Vorkaufsrechte hingewiesen. Auch wenn die Gesellschafter bei der Käuferin und der Verkäuferin identisch seien, seien doch die Gesellschaften rechtlich voneinander unabhängig und jede für sich rechtsfähig.

18 Zu den städtebaulichen Zielen führte die Beklagte aus, die heutige Nutzung des Grundstücks entspreche einer Typologie, wie sie in rückwärtigen gewerblichen Lagen und Stadtrand-Situationen zu finden sei, keinesfalls aber der zentralen Lage des Grundstücks, die durch den etwa 500 Meter Luftlinie entfernten neuen Fern- und Regionalbahnhof Hamburg-Altona noch aufgewertet werde. Der Rahmenplan Diebstreich sehe für das Grundstück eine Verdichtung und Weiterentwicklung im Bestand vor. Dabei stünden eine der Zentralität entsprechende höhere bauliche Dichte sowie baulich klar gefasste Raumkanten entlang der Straßenräume im Vordergrund, um eine urbane Maßstäblichkeit zu erreichen. Konkret sehe der Rahmenplan für das streitgegenständliche Grundstück zusätzlich die Option einer Feuer- und Rettungswache vor. Ein konkretes Raumprogramm liege noch nicht vor. Das Grundstück sei zudem für die künftige Ausgestaltung der Magistrale (.../...) von Bedeutung. Ein Thema der Magistralentwicklung sei die Aufwertung des Straßenraums, die auch im Bereich des Grundstücks im Teilbebauungsplan 996 vorgesehen sei.

19 Die Ausübung des Vorkaufsrechts sei gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB aus Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Durch den Erwerb des Grundstücks werde die Umsetzung der Ziele des Rahmenplans sowie der Magistralentwicklung wesentlich erleichtert, namentlich könne die städtebauliche Unternutzung des Grundstücks behoben und die zur Versorgung der neuen Quartiere Mitte Altona, Holsten Areal und Diebstreich erforderliche Rettungswache geschaffen werden. Da Grund und Boden in Hamburg ein knappes Gut seien, sei auch das Ziel einer Intensivierung der Nutzung des Grundstücks durch das Wohl der Allgemeinheit gedeckt. Ein Abwendungsrecht gemäß § 27 Abs. 1 BauGB komme nicht in Betracht, da der Rahmenplan Diebstreich keine konkreten städtebaulichen Ziele wie die Dichte oder Art der zukünftigen Nutzung im Rahmen einer Verdichtung und Weiterentwicklung vorsehe und sich der Käufer nicht zur Errichtung einer Rettungswache verpflichten könne. Ausschlussstatbestände im Sinne von § 26 BauGB lägen

nicht vor. Das Grundstück solle entsprechend der Ziele im Rahmenplan Diebstreich verwendet werden. Der Kaufpreis für das Restgrundstück (Kaufgrundstück abzüglich der für die Straßenverkehrsfläche benötigten Teilfläche) werde mit 2.941.892 Euro bemessen. Der Verkehrswert für das gesamte Grundstück betrage laut dem Wertermittlungsgutachten 3.700.000 €, wovon 3.500.000 € auf das Restgrundstück entfielen. Dieses Verhältnis werde auf den Kaufpreis im Kaufvertrag übertragen. Schließlich sei die Ausübung des Vorkaufsrechts verhältnismäßig und ermessensfehlerfrei. Ein weniger belastendes, gleich geeignetes Mittel sei nicht erkennbar; insbesondere biete die Eintragung einer Eigentumsübertragungsvormerkung weder die gleiche rechtliche Qualität noch die gleiche rechtliche Wirksamkeit. Die Ausübung des Vorkaufsrechts sei auch angemessen. Das Interesse des Herrn A an einer privaten Entwicklung des Grundstücks gehe nicht über das Interesse eines jeden anderen Käufers hinaus. Sein Bestreben zur Regelung seines Nachlasses werde zwar als besonderes Interesse berücksichtigt. Letztlich handle es sich jedoch um rein wirtschaftliche Belange, sodass die Belange des Allgemeinwohls überwögen. Denn es handle sich nicht um eine Übertragung von wirtschaftlichen Gütern von einer Privatperson auf eine andere, sondern um eine solche zwischen zwei handelsrechtlichen Gesellschaften. Diese Konstellation sei gerade nicht von der Wertung der Ausschlussstatbestände in § 26 BauGB umfasst. Eine Gesetzeslücke liege insoweit nicht vor. Der Fortbestand des Unternehmens sei nicht gefährdet. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Bescheid vom 09.07.2021 verwiesen (...).

20 Der Klägerin zu 2 stellte die Beklagte den Bescheid am 14.07.2021 „zur Kenntnis“ zu, versehen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung.

21 Am 16.07.2021 gab der Geschäftsführer der Komplementärin der Klägerin zu 2 für diese eine notariell beurkundete Abwendungserklärung gemäß § 27 Abs. 1 BauGB ab. Darin verpflichtete sie sich unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Beklagten im Ausübungsbescheid vom 09.07.2021 dazu, eine Nutzung der Restfläche des streitgegenständlichen Grundstücks zu verwirklichen, für die im Bescheid das Vorkaufsrecht gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB ausgeübt worden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die Abwendungserklärung verwiesen (...).

22 In der Folge verhandelten die Beteiligten ohne Ergebnis über eine mögliche gemeinsame Entwicklung des streitgegenständlichen Grundstücks.

23 Die Klägerinnen erhoben am 06.08.2021 jeweils Widerspruch gegen den Bescheid vom 09.07.2021. Zur Begründung führten sie mit Schreiben vom 20.04.2022 im Wesentlichen aus, die Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts des Gebiets „Mitte Altona“ sei rechtswidrig, da keine konkreten städtebaulichen Maßnahmen geplant worden seien und die Verordnung im Oktober 2021 aufgehoben worden sei, was einer Aufgabe der bisherigen städtebaulichen Vorstellungen für das streitgegenständliche Grundstück entspreche. Weiter liege kein Vorkaufsfall vor, da es sich nicht um einen Kaufvertrag mit einem Dritten handle.

Das Grundstück habe lediglich zur Unternehmensnachfolge separiert und hierzu aus dem Vermögen der einen Schwesterpersonengesellschaft in das der anderen überführt werden sollen. Aus steuerrechtlichen Gründen sei hierzu ein formaler Veräußerungsvorgang erforderlich gewesen. Es handle sich nicht um einen Verkauf an einen Dritten, da auf beiden Seiten identische Gesellschafter und derselbe Steuerpflichtige stünden. Allein, dass beide Gesellschaften rechtsfähig seien, ändere nichts. Sinn und Zweck des städtebaulichen Vorkaufsrechts sei es gerade, eine Enteignung zu vermeiden. Der alleinige Gesellschafter der Komplementärin habe aber sein Eigentum an dem Grundstück gerade nicht aufgeben wollen. Es handle sich um einen rein internen Vorgang ohne Außenbezug, bei dem wirtschaftlich und steuerlich allein der Alleingesellschafter der Komplementärin betroffen und begünstigt werde. Zudem sei die Ausübung des Vorkaufsrechts ermessensfehlerhaft, da die Beklagte die Ähnlichkeit der vorliegenden Konstellation mit dem Ausnahmetatbestand aus § 26 Abs. 1 Nr. 1 BauGB bei einem Verkauf an nahe Verwandte nicht berücksichtigt habe. Auch sei der Verwendungszweck zu vage bezeichnet. Schließlich habe die Käuferin eine wirksame Abwendungserklärung gemäß § 27 Abs. 1 BauGB abgegeben. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass ihre Planung für eine Verpflichtungserklärung noch nicht bestimmt genug sei, da sie es andernfalls in der Hand hätte, die Abwendungserklärung durch eine bewusst unkonkrete Planung zu verhindern.

24 Die Beklagte wies die Widersprüche mit Bescheiden vom 02.06.2022, den Klägerinnen zugestellt am 08.06.2022, zurück. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts geltende Vorkaufsrechts-Verordnung „Mitte Altona“ sei rechtmäßig gewesen. Auch die nunmehr geltende Vorkaufsrechts-Verordnung „Diebsteich“ umfasse das streitgegenständliche Grundstück. Sie habe weiterhin großes Interesse an einer städtebaulichen Entwicklung des Gebiets. Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Ausübung eines Vorkaufsrechts lägen vor, insbesondere handle es sich um einen Kaufvertrag mit einem Dritten. Es komme auf die am Rechtsverkehr teilnehmenden Rechtssubjekte in Form der Kommanditgesellschaften an und nicht auf die dahinterstehende natürliche Person. Es sei unerheblich, ob die Vertragsparteien lediglich eine Separierung des Grundstücks und eine Einlage in die Kommanditgesellschaft hätten erzielen wollen, da der gesetzliche Normalfall eines notariellen Kaufvertrags vorliege. Zudem sei es rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Beteiligten aus steuerrechtlichen Gründen eines Kaufvertrags bedienen, das damit einhergehende Vorkaufsrecht jedoch abwehren wollten. Die Ausübung des Vorkaufsrechts komme auch nicht einer Enteignung gleich, es werde lediglich der Vertragspartner ausgetauscht. Die Käuferin sei Dritte im Sinne der §§ 463 ff. BGB, da sie als von der Verkäuferin selbstständige Kommanditgesellschaft nicht an dem Vorkaufsrechtsverhältnis teilhabe.

25 Das Vorkaufsrecht sei in rechtmäßiger und zweckmäßiger Weise ausgeübt worden. Der Vorwurf der bloßen Bodenbevorratung treffe nicht zu, da der Ankauf des Grundstücks der Sicherung der Entwicklung im Bereich des künftigen Fern- und Regionalbahnhofs Altona und der Magistrale (...) diene. Die Ausübung des Vorkaufsrechts entspreche dem Wohl der Allgemeinheit gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1, § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB. So entspreche die bisherige Bebauung und Gewerbenutzung nicht der zentralen Lage des Grundstücks, welche durch den neuen Fern- und Regionalbahnhof weiter aufgewertet werde. Der Rahmenplan Diebsteich sehe eine weitere Verdichtung für das Grundstück vor. Aus § 25 Abs. 2 Satz 2 BauGB ergebe sich, dass die Angabe des Verwendungszwecks auch aus Sicht des Gesetzgebers nicht immer möglich sei. Die Ausübung des Vorkaufsrechts sei vorliegend geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen. Sie habe eine angebliche Vergleichbarkeit mit dem Ausschlussgrund gemäß § 26 Nr. 1 BauGB nicht etwa verkannt, vielmehr sei eine solche nicht gegeben. Die gesetzliche Regelung sei abschließend und es liege keine mit einer engen persönlichen Bindung vergleichbare Situation vor. Im Ermessen führe die Abwägung der privaten Interessen der Klägerinnen am Vollzug des Kaufvertrags mit dem öffentlichen Interesse am Erwerb des Kaufgrundstücks dazu, dass sie von dem Vorkaufsrecht Gebrauch machen könne. Den Parteien sei klar gewesen, dass das Grundstück mit einem Vorkaufsrecht belastet sei und die Verkäuferin habe ihre Eigentumsposition freiwillig aufgegeben. Ein milderes, gleich wirksames Mittel sei nicht ersichtlich. Schließlich komme es auf die notarielle Abwendungserklärung vom 16.07.2021 nicht an, da eine Abwendungsmöglichkeit mangels hinreichend konkreter Planung der Nutzung zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht bestanden habe. Die nunmehr geplante Nutzung als Feuer- und Rettungswache könne durch die Klägerin schlechterdings nicht entwickelt werden.

26 Mit der am 07.07.2022 erhobenen Klage haben die Klägerinnen im Wesentlichen das Vorbringen aus ihren Widersprüchen wiederholt und vertieft.

27 Die Klägerinnen haben beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 09.07.2021 hinsichtlich der dort unter (ii) tenorierten Ausübung eines Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB und den jeweiligen Widerspruchsbescheid vom 02.06.2022 aufzuheben.

28 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

29 Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ihre Ausführungen aus den angefochtenen Bescheiden wiederholt und vertieft.

30 Auf den Antrag der Klägerinnen auf gerichtliche Entscheidung vom 06.08.2021 hat das LG Hamburg, Kammer für Baulandsachen, mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 18.11.2022 (Az. 351 O 6/21) den Bescheid vom 09.07.2021 hinsichtlich des in Ziffer (i) des ausgeübten Vorkaufsrechts gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen für die Ausübung eines Vorkaufsrechts gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB lägen nicht vor, da es an einem Kaufvertrag mit einem Dritten im Sinne der § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB fehle.



Denn nach der Rechtsprechung des BGH zu Gemeinschaftsverhältnissen könnten im Hinblick auf ein Grundstück, das im Eigentum mehrerer Berechtigter stehe, „Dritte“ nur solche Personen sein, die an der Gemeinschaft nicht beteiligt seien. Dies gelte aufgrund der besonderen Verbundenheit insbesondere auch für Gesamthandsgemeinschaften. So liege es hier. Allein auf die Rechtsfähigkeit der Verkäuferin und Käuferin als Kommanditgesellschaften komme es nicht an. Entscheidend sei, dass es sich nicht um juristische Personen handle, sondern um Personengesellschaften und Gesamthandsgemeinschaften. Es liege kein Verkauf an eine an der Gesamthand nicht beteiligte Person vor, da an der Gesamthandsgemeinschaft der Käuferin ausschließlich dieselben Personen wie an der Gesamthandsgemeinschaft der Verkäuferin beteiligt seien. Das Urteil des LG Hamburg ist nicht rechtskräftig.

31 Das VerwG hat mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 21.12.2022, der Beklagten zugestellt am 08.03.2023, den Bescheid vom 09.07.2021 und die Widerspruchsbescheide vom 02.06.2022 hinsichtlich des in Ziffer (ii) ausgeübten Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB aufgehoben. Die Voraussetzungen für die Ausübung eines Vorkaufsrechts hätten nicht vorgelegen, da kein Kaufvertrag „mit einem Dritten“ im Sinne von § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB vorgelegen habe. Der Begriff des Dritten sei mangels Anhaltspunkten im Wortlaut nach der Rechtsprechung des BGH aus den materiellrechtlichen Umständen anhand einer wertenden Betrachtung der Interessenlage der Beteiligten im Rahmen des konkreten Vorkaufsrechts zu ermitteln. Dieses Begriffsverständnis sei auch im Rahmen des städtebaulichen Vorkaufsrechts anzuwenden, da die bürgerlichrechtliche Vorschrift aus § 463 BGB unmittelbar Anwendung finde. Auch aus den Gesetzgebungsmaterialien zum BauGB lasse sich nichts für ein rein formales Verständnis des Verkaufs an einen Dritten herleiten. Daher liege im vorliegenden Fall kein Verkauf an einen Dritten vor, da kein echtes Umsatzgeschäft vorliege, sondern ein Verkauf zwischen zwei Schwestergesellschaften, die im wirtschaftlichen Eigentum und unter einheitlicher Leitung derselben natürlichen Person, Herrn A, stünden. Allein dieser bestimme die Geschäftsführung und innere Willensbildung beider Gesellschaften, da er alleiniger Kommanditist, alleiniger Inhaber der Geschäftsanteile der Komplementärin und deren Alleingeschäftsführer sei. Nach der Rechtsprechung des BGH liege weder bei einem Verkauf eines ideellen Bruchteils an einen mitberechtigten Gemeinschaftler noch bei einem Verkauf eines Anteils an einem gesamthänderisch gebundenen Grundstück an einen der beteiligten Gesamthänder ein Verkauf an einen Dritten vor. Dasselbe müsse auch für den hier vorliegenden Fall eines Verkaufs innerhalb eines einheitlich geleiteten Verbunds von Gesellschaften gelten, die im wirtschaftlichen Eigentum derselben Person stünden. Ebendies werde in der zivilrechtlichen Literatur für den Fall des Verkaufs einer Mutter- an eine Tochtergesellschaft, an eine Schwestergesellschaft oder eine personengleiche Gesellschaft angenommen.

32 Dieses Verständnis werde auch der Interessenlage im Rahmen des städtebaulichen Vorkaufsrechts gerecht, da das öffentliche Interesse an der Sicherung einer in der

Entwicklung befindlichen gemeindlichen Planung nicht so erheblich zu gewichten sei, dass von der dargestellten bürgerlichrechtlichen Wertung abgewichen werden müsse. Aus der Ausnahmeregelung für Verkäufe in Verwandtschaftsbeziehungen gemäß § 26 Nr. 1 BauGB ergebe sich, dass auch im Rahmen des städtebaulichen Vorkaufsrechts Näheverhältnisse berücksichtigt würden und das Vorkaufsrecht nur bei Verkäufen mit hinreichendem Bezug zum allgemeinen Grundstücksverkehr greifen solle, der bei den üblicherweise niedrigen und unter dem Verkehrswert liegenden Kaufpreisen bei Verwandtengeschäften fehle. Die Vorschrift in § 26 BauGB habe angesichts des Verweises in § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB keinen abschließenden Charakter. Jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden bestehe kein Vorrang des öffentlichen Interesses, selbst wenn man grundsätzlich einen solchen Vorrang aufgrund der in der Regel geringeren Belastung des Vorkaufsverpflichteten durch die Vorkaufsrechtsausübung der Gemeinde annehmen wollte, da der Vertrag mit dem Inhalt des Erstkaufvertrags zustande komme und die Gemeinde als neuer Vertragspartner keine Solvenzrisiken aufweise. Anders liege es aber, wenn der Verkauf wie hier erkennbar nicht von dem Willen getragen sei, das Grundstück aus der eigenen Vermögenssphäre zu entlassen, sodass die Verkaufskonditionen und der Kaufpreis nicht im Vordergrund stünden.

33 Dieses Verständnis führe nicht zu mangelnder Klarheit oder Vorhersehbarkeit bei der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts. Ob eine Vermögensneuordnung innerhalb einer Gruppe von Gesellschaften vorliege sei anhand von objektiven Kriterien wie der jeweiligen Beteiligungsverhältnisse und dem Verhältnis von Buch-/Verkehrswert des Grundstücks zum vereinbarten Kaufpreis zu ermitteln. Die entsprechenden Informationen würden die Kaufvertragsparteien, wie auch im vorliegenden Fall, bereits aus eigenem Interesse zur Verfügung stellen, andernfalls könne die Gemeinde die relevanten Umstände gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 BauGB einfordern.

34 Besondere Umgehungsgefahren folgten hieraus nicht, etwa indem im Anschluss an den verbundsinternen Verkauf ein „share deal“ mit einem Außenstehenden vereinbart werde. Die Möglichkeit, ein Grundstück in eine Gesellschaft einzubringen und anschließend einen vorkaufsrechtsneutralen Gesellschafterwechsel vorzunehmen bestehe ohnehin. Es sei hinlänglich bekannt, dass „share deals“ nicht von dem Vorkaufsrecht erfasst würden; trotzdem habe der Gesetzgeber hieran bisher nichts geändert. Zudem könne es sich nach der Rechtsprechung des BGH bei einer auf die Umgehung des Vorkaufsrechts zielenden vorkaufsrechtsneutralen Vertragsgestaltung mit anschließendem „share deal“ im Einzelfall um einen Kaufvertrag im Sinne von § 463 BGB handeln.

35 Die Beklagte hat die vom VerwG zugelassene Berufung am 24.03.2023 eingelegt. Auf am 27.04.2023 eingegangenen Antrag der Beklagten ist die Berufungsbegründungsfrist vom Senatsvorsitzenden bis zum 16.05.2023 verlängert worden. Die Berufung ist mit Schriftsatz vom 10.05.2023, eingegangen beim Berufungsgericht am selben Tag, begründet worden.

36 Die Beklagte trägt vor, das Urteil des VerwG sei rechtsfehlerhaft, da ein Kaufvertrag mit einem Dritten vorliege. Die Klägerinnen hätten bewusst aus wirtschaftlichen und steuerlichen Motiven den Verkauf von einer rechtsfähigen Kommanditgesellschaft an die andere rechtsfähige Kommanditgesellschaft vereinbart. Die Separierung und Übertragung des Grundstücks auf eine neue, rechtsfähige Gesellschaft zur Regelung der Unternehmensnachfolge sei dabei gerade gewollt gewesen. Die Klägerinnen könnten sich nicht einerseits zu ihrem Vorteil auf die Selbstständigkeit der Gesellschaften berufen und sich andererseits den damit verbundenen Rechtsfolgen entziehen, wenn diese für sie nachteilig seien.

37 Die Auslegung des Begriffs „Verkauf an einen Dritten“ durch das VerwG beruhe auf einer Überdehnung und falschen Interpretation der Rechtsprechung des BGH zu § 463 BGB. Nach dem Wortlaut handle es sich bei einer anderen, rechtsfähigen Gesellschaft um eine „Dritte“. Stehe der Gegenstand im Alleineigentum einer Person, so sei Dritter jeder mit Ausnahme des Vorkaufsberechtigten und des vorkaufsverpflichteten Alleineigentümers. So liege es hier, da das Grundstück im Alleineigentum der Klägerin zu 1 gestanden habe. Zwar behandle der BGH solche Fälle abweichend, in denen der Kaufgegenstand im Miteigentum mehrerer Personen oder im Eigentum einer Erbengemeinschaft als nicht rechtsfähiger Gesamthandgemeinschaft stehe. Die dort genannten Argumente seien jedoch auf die Klägerinnen als rechtsfähige Personengesellschaften nicht anzuwenden. Das Grundstück gehöre gerade nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft selbst.

38 Eine teleologische Reduktion der Vorschrift in § 463 BGB komme nicht in Betracht. Das VerwG habe die in einem speziellen Kontext getroffene Annahme des BGH falsch verstanden, wonach der Begriff des Dritten aus den materiellrechtlichen Umständen zu ermitteln sei. Gegen eine Übertragung der Begründung des BGH zur Gesamthand auf einen Verkauf zwischen Schwestergesellschaften sprächen bereits die Reichweite des gesetzlichen Konzernbegriffs gemäß § 18 AktG und die Vielschichtigkeit der in der Praxis auftretenden Konzernkonstellationen. Durch den Ausschluss des Vorkaufsrechts bei konzerninternen Verkäufen werde das Vorkaufsrecht sehr weitgehend entwertet.

39 Aus der Sonderregelung in § 26 Nr. 1 BauGB folge im Umkehrschluss, dass sonstige Näheverhältnisse von dem Vorkaufsrecht umfasst sein sollten. Selbst wenn gewisse unternehmensinterne Veräußerungen von dem Vorkaufsrecht ausgeschlossen sein sollten, so träfe dies für die vorliegende Konstellation nicht zu. Denn die Beteiligten hätten offenbar im Rahmen der Regelung der Unternehmensnachfolge eine Veränderung der Zuweisung zwischen privatem und unternehmerischem Vermögen angestrebt, so dass es sich gerade nicht um einen unternehmensinternen Vorgang handle. Das Urteil des VerwG erweise sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Es handle sich um einen Kaufvertrag, der alle Elemente eines Kaufs aufweise. Die Vorkaufsrechtsverordnung sei nicht rechtswidrig, da das streitgegenständliche Grundstück durchgängig von einer Vorkaufsrechtsverordnung umfasst gewesen sei. Eine

Abwendungsmöglichkeit habe bereits nicht bestanden, zudem genüge die Verpflichtungserklärung nicht den gesetzlichen Anforderungen. Ermessensfehler lägen nicht vor.

40 Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Aufhebung des Urteils des VerwG Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 21.12.2022 abzuweisen. Die Klägerinnen beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

41 Zur Begründung berufen sie sich auf die erstinstanzlichen Ausführungen und führen ergänzend aus, das VerwG habe zutreffend die Rechtsprechung des BGH zu Vorkaufsrechten bei Gesamthandgemeinschaften wiedergegeben, die auf den vorliegenden Fall direkt übertragbar sei. Auf Verkäufer- wie Käuferseite seien dieselbe Komplementärgesellschaft und derselbe Kommanditist vertreten, sodass ein Verkauf an einen Dritten nicht vorliege. Vor und nach dem Verkauf seien die Gesamthand Eigentümer, bestehend aus der Komplementärin und dem Kommanditisten, identisch. Auf die Rechtsfähigkeit der Gesellschaften allein könne es nicht ankommen, da es sich nicht um juristische Personen handle. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und entsprechend bei der Kommanditgesellschaft komme die Rechtsfähigkeit keiner eigenständigen Rechtsperson, sondern den Gesellschaftern als Gruppe zu. Der Gesetzgeber weiche im MoPeg, das am 01.01.2024 in Kraft getreten sei, von dem Prinzip des Gesamthandvermögens ab und erkenne die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten an. Im Umkehrschluss sei dies nach bisheriger Rechtslage noch nicht gegeben. Die Klägerinnen hätten gerade nicht die Selbstständigkeit der Gesellschaften nutzen wollen, sondern das Eigentum habe trotz Übertragung von der einen auf die andere Gesellschaft für Herrn A zugänglich bleiben sollen.

42 Auf eine wertende Auslegung komme es vor diesem Hintergrund nicht mehr an. Trotzdem sei hierzu zu erwidern, dass der Wortlaut allein nicht weiterführe, da stets eine Würdigung der Stellung der Vertragsbeteiligten erforderlich sei. Das Alleineigentum bleibe in den Händen derselben Gruppe, da es sich bei Gesellschaftsvermögen um ein Sondervermögen handle, dessen Inhaber die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als rechtsfähige Personenverbindung seien. Eine teleologische Reduktion scheide bereits deshalb aus, weil die vorliegende Konstellation nicht vom Wortlaut der Vorschrift umfasst sei. Die Frage eines Ausschlusses jeglicher konzerninternen Verkäufe stelle sich nicht, es komme nur auf den Einzelfall an. Das Vorkaufsrecht werde nicht ausgehebelt, da es von vornherein nicht bestehe. Im Übrigen fehle es an einem Verkauf im Sinne von § 463 BGB, da nur formal die Bezeichnung als Kaufvertrag gewählt worden sei, materiell jedoch die Separierung des Grundstücks und Übertragung in eine andere Gesellschaft zur Vorbereitung der Unternehmensnachfolge angestrebt worden sei. Zudem sei die Vorkaufsrechtsverordnung rechtswidrig, da ihr verfassungsgemäßes Zustandekommen mangels Nachweisen in der Sachakte nicht überprüft werden könne, es an einer Begründung fehle, und sich die Beklagte angesichts der Aufhebung der Verordnung nur zwei Monate nach Erlass des Bescheids



von den städtebaulichen Zielen der Verordnung distanziert habe sowie angesichts der neu erlassenen Vorkaufsrechtsverordnung mit anderem räumlichen Geltungsbereich unklare Planvorstellungen für das streitgegenständliche Grundstück vorlägen.

43 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird ergänzend auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und auf den Inhalt der beigezogenen Sachakten der Beklagten (...), die das Berufungsgericht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht hat, Bezug genommen.

44 Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des VerwGs ist unbegründet, da das VerwG zu Recht gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO den von den Klägerinnen angefochtenen Bescheid vom 09.07.2021 hinsichtlich des in Ziffer (ii) ausgeübten Vorkaufsrechts aufgehoben hat. Die Anfechtungsklage der Klägerinnen ist zulässig (1.) und begründet (2.).

45 1. Die Anfechtungsklage der Klägerinnen ist zulässig, insbesondere sind beide Klägerinnen klagebefugt gemäß § 42 Abs. 2 VwGO. Denn die Klägerin zu 1 ist als Verkäuferin des streitgegenständlichen Grundstücks Adressatin des Vorkaufsausübungsbescheids, vgl. § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Die Klägerin zu 2 als Käuferin ist ebenfalls klagebefugt, da es sich bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt handelt, der sich auch gegenüber der Käuferin als belastender Verwaltungsakt auswirkt (st. Rspr. des BVerwG, Beschluss vom 30.11.2009, 4 B 52.09, BRS 74 Nr. 130, juris Rdnr. 5; Beschluss vom 15.02.2000, 4 B 10.100, NVwZ 2000, 1044, juris Rdnr. 5; Beschluss vom 25.05.1982, 4 B 98.82, BRS 39 Nr. 96 juris Rdnr. 3). Denn das vertragliche Recht der Käuferin auf Eigentumsverschaffung aus dem Erstkaufvertrag wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entzogen (BVerwG, Beschluss vom 30.11.2009, a. a. O., juris Rdnr. 5; Beschluss vom 25.05.1982, a. a. O., juris Rdnr. 3; ebenso OVG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021, 2 Bs 242/00, n. v.; Beschluss vom 16.11.2020, 2 So 91/20, n. v.; Urteil vom 18.08.2010, 5 Bf 337/09, DVBl 2011, 173, juris Rdnr. 33; Köster in Schrödter, BauGB, 9. Auf. 2019, § 28 Rdnr. 58).

46 2. Die Klage ist auch begründet. Der Bescheid vom 09.07.2021 und die Widerspruchsbescheide vom 02.06.2022 sind hinsichtlich des in Ziffer (ii) ausgeübten Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB rechtswidrig und verletzen die Klägerinnen in ihren Rechten, vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

47 Rechtsgrundlage für den Bescheid sind § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2, § 28 Abs. 2 Satz 1, 2 BauGB. Gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB kann die Gemeinde, bzw. in Hamburg gemäß § 246 Abs. 5 BauGB die Beklagte, in Gebieten, in denen sie städtebauliche Maßnahmen in Betracht zieht, zur Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung durch Satzung Flächen bezeichnen, an denen ihr ein Vorkaufsrecht an den Grundstücken zusteht. In Hamburg tritt gemäß § 246 Abs. 2 Satz 1 BauGB i. V. m. § 4 Satz 1 Bauleitplanfeststellungsgesetz (i. d. F. v. 30.11.1999, HmbGVBl, S. 271, zuletzt geändert durch Gesetz

vom 09.02.2022, HmbGVBl, S. 104) an die Stelle der in § 25 Abs. 1 BauGB vorgesehenen Satzung die Form der Rechtsverordnung des Senats. Gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB kann die Gemeinde das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat. Dabei kann das Vorkaufsrecht gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB a. F. (in der gemäß § 234 Abs. 1 BauGB anwendbaren, bis zum 22.06.2021 geltenden Fassung) nur binnen zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrags durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer ausgeübt werden.

48 Der Bescheid vom 09.07.2021 ist hinsichtlich des in Ziffer (ii) ausgeübten Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB zwar formell rechtmäßig (hierzu a)), entspricht jedoch in materieller Hinsicht nicht den sich aus der genannten Rechtsgrundlage ergebenden Vorgaben (hierzu b)).

49 a) Der Bescheid vom 09.07.2021 ist formell rechtmäßig.

50 aa) Die Beklagte hörte die Klägerinnen mit Schreiben vom 03.06.2021 gemäß § 28 HmbVwVfG ordnungsgemäß an.

51 bb) Die Beklagte übte das Vorkaufsrecht fristgerecht binnen zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrags gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB a. F. (i. d. bis zum 22.06.2021 geltenden Fassung) aus, da die Mitteilung des Kaufvertrags durch den Notar am 19.05.2021 erfolgte und das Vorkaufsrecht mit Bescheid vom 09.07.2021, den Klägerinnen zugestellt am 09. bzw. 14.07.2021, ausgeübt wurde. Hier ist gemäß § 234 Abs. 1 BauGB die zur Zeit des Verkaufsfalls geltende Fassung der Vorschrift in § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB zugrunde zu legen, die eine Frist von zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrags vorsah.

52 cc) Weiter enthielt der Bescheid vom 09.07.2021 eine hinreichend konkrete Angabe des Verwendungszwecks. Gemäß § 25 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist der Verwendungszweck des Grundstücks anzugeben, soweit das bereits zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts möglich ist.

53 Welche Anforderungen an die Angabe des Verwendungszwecks im Bescheid zu stellen sind, richtet sich nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls und lässt sich nicht nach generellen Maßstäben vorab bestimmen (so BVerwG, Beschluss vom 15.02.1990, 4 B 245.89, NJW 1990, 2703, juris Rdnr. 3 zur Angabe des Verwendungszwecks gemäß § 24 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Denn die Angabe des Verwendungszwecks hat zum einen Bedeutung für eine Abwendung des Vorkaufsrechts durch den Käufer gemäß § 27 Abs. 1 BauGB und zum anderen für die in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbare Frage, ob das Vorkaufsrecht im Einzelfall dem angegebenen Verwendungszweck entspricht und die Ausübung des Vorkaufsrechts somit gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 24 Abs. 3 Satz 1, 2 BauGB vom Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.02.1990, a. a. O., juris Rdnr. 3). Vor diesem Hintergrund ist aus formeller Sicht eine hinreichend konkrete und eindeutige Bezeichnung des Verwendungszwecks zu fordern, die eine (gerichtliche) Überprüfung ermöglicht und einen nachträglichen Austausch des Verwendungs-

zwecks verhindert (vgl. zur entsprechenden Vorschrift in § 69 Abs. 2 Satz 2 BbgNatSchG OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.12.2013, OVG 11 B 18.12, juris Rdnr. 50). Dabei kann hier dahinstehen, ob die Angabe des Verwendungszwecks generell nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift hat und die unvollständige oder gar völlig fehlende Angabe des Verwendungszwecks die Ausübung des Vorkaufsrechts für sich genommen nicht rechtsfehlerhaft machen kann (offengelassen zu § 24 Abs. 3 Satz 2 BauGB bei BVerwG, Beschluss vom 15.02.1990, a. a. O., juris Rdnr. 4; ebenso zur entsprechenden Vorschrift in § 69 Abs. 2 Satz 2 BbgNatSchG OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.12.2013, juris Rdnr. 52).

54 Denn der Bescheid vom 09.07.2021 wird den genannten Anforderungen gerecht. Darin formuliert die Beklagte hinreichend deutlich einen im Rahmen des städtebaulichen Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB zulässigen Verwendungszweck, der auch eine Überprüfung im Rahmen der Rechtfertigung zum Wohle der Allgemeinheit gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 24 Abs. 3 Satz 1, 2 BauGB ermöglicht. Die Beklagte gab in dem Bescheid vom 09.07.2021 unter der Überschrift „1.2.7 Verwendung des Grundstücks“ an, dass sie das streitgegenständliche Grundstück entsprechend der Ziele im Rahmenplan Diebsteich verwenden werde. Die Ziele des Rahmenplans Diebsteich werden in dem Bescheid an anderer Stelle, im Abschnitt „1.2 Bestehen eines gesetzlichen Vorkaufsrechts, 1.2.3 städtebauliche Begründung“, ausführlich beschrieben. Demnach sieht der Rahmenplan Diebsteich für das streitgegenständliche Grundstück eine Verdichtung und Weiterentwicklung im Bestand vor. Eine höhere bauliche Dichte, die der Zentralität entspreche, sowie baulich klar gefasste Raumkanten entlang der Straßenräume stünden dabei im Vordergrund. Der Rahmenplan Diebsteich formuliere zudem, so die Beklagte, konkret die Option einer Feuer- und Rettungswache auf dem Grundstück, welche zur Versorgung der neuen Quartiere Mitte Altona, Holsten-Quartier und Diebsteich benötigt werde.

55 dd) Schließlich genügt der Bescheid vom 09.07.2021 dem allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Begründungserfordernis aus § 39 HmbVwVfG, das neben die Angabe des Verwendungszwecks tritt und die Darlegung der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe für die Entscheidung voraussetzt. Dies ist hier in dem ausführlich begründeten Bescheid erfolgt, aus dem sich insbesondere auch die berücksichtigten relevanten Ermessensbelange ergeben.

56 b) Der Bescheid vom 09.07.2021 ist jedoch hinsichtlich des in Ziffer (ii) ausgeübten Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB materiell rechtswidrig. Zwar bestand zum hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags vom 17.05.2021 ein Vorkaufsrecht der Beklagten an dem streitgegenständlichen Grundstück, das sich aus der formell und materiell rechtmäßigen Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts im Bereich des Gebiets „Mitte Altona“ vom 19.02.2008 (HmbGVBl, S. 108, im Folgenden: Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008) ergibt (hierzu aa)). Es ist jedoch kein Vorkaufs-

fall eingetreten, da die Klägerin zu 1 als Vorkaufsverpflichtete keinen Kaufvertrag „mit einem Dritten“ gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB abgeschlossen hat (hierzu bb)).

57 aa) Der Beklagten stand zum hier maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrags vom 17.05.2021 ein Vorkaufsrecht an dem streitgegenständlichen Grundstück zu.

58 (1) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Vorkaufsrecht wirksam begründet wurde, ist gemäß § 234 Abs. 1 BauGB der Zeitpunkt des notariellen Kaufvertragsabschlusses, hier am 17.05.2021. Nach § 234 Abs. 1 BauGB sind für das Vorkaufsrecht die jeweils zur Zeit des Verkaufsfalls geltenden städtebaurechtlichen Vorschriften anzuwenden. Bei der Vorkaufsrechtsverordnung handelt es sich um eine städtebauliche Vorschrift in diesem Sinne, da sie auf § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB beruht, wonach die Gemeinde ein Vorkaufsrecht in städtebaulichen Maßnahmengebieten begründen kann. Der Verkaufsfall setzt den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Grundstück voraus, der hier am 17.05.2021 erfolgte, ohne dass es im vorliegenden Fall auf die Frage ankäme, inwiefern sich bei Vertragsschluss noch ausstehende behördliche Genehmigungen auf die Bestimmung des Zeitpunkts auswirken (vgl. hierzu nur *Stock* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2023, § 234 Rdnr. 4 m. w. N.).

59 Bei Abschluss des Kaufvertrags am 17.05.2021 bestand ein Vorkaufsrecht der Beklagten an dem Grundstück auf Grundlage der Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008, nach deren § 1 der Beklagten ein Vorkaufsrecht an den in der Verordnung benannten und zeichnerisch dargestellten Grundstücken, darunter dem streitgegenständlichen Grundstück, zusteht.

60 Dass die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 nach Abschluss des notariellen Kaufvertrags und nach Ausübung des Vorkaufsrechts im Bescheid vom 17.05.2021 durch § 2 Abs. 2 der Verordnung über die Begründung eines Vorkaufsrechts im Bereich des Gebietes „Mitte Altona“ vom 21.09.2021 (HmbGVBl, S. 683; im Folgenden: Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2021) aufgehoben wurde, wirkt sich vor diesem Hintergrund nicht aus, da für das Entstehen des Vorkaufsrechts allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags abzustellen ist. Denn das Vorkaufsrecht muss jedenfalls durch die Satzung bzw. Verordnung entstanden sein, bevor der Kaufvertrag abgeschlossen wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 14.04.1994, 4 B 70.94, NJW 1994, 3178, juris Rdnr. 3). Dies ergibt sich auch daraus, dass das Vorkaufsrecht gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB nicht bereits kraft Gesetzes besteht. Die Gemeinde schafft erst mit der Satzung bzw. Rechtsverordnung die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts in künftigen Verkaufsfällen (vgl. zum Vorstehenden BVerwG, Beschluss vom 14.04.1994, a. a. O., juris Rdnr. 3).

61 Im Übrigen ergäbe sich auch dann nichts anderes, wenn es auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung und damit den Erlass der beiden Widerspruchsbescheide am 02.06.2022 ankäme. Denn zu diesem Zeitpunkt war das



streitgegenständliche Grundstück von dem Geltungsbe-
reich der Verordnung über die Begründung eines Vorkaufs-
rechts im Bereich des Gebietes „Diebsteich“ vom 21.09.2021
(HmbGVBl 2021, S. 681; im Folgenden: Vorkaufsrechtsver-
ordnung Diebsteich 2021) umfasst, nach deren § 1 Satz 1
der Beklagten in dem in der Anlage rot umgrenzten Bereich
ein Vorkaufsrecht zusteht, und die zeitlich unmittelbar an
die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 an-
schloss.

62 (2) Die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 war
rechtmäßig. Sie beruht auf § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB.
Danach kann die Gemeinde, bzw. in Hamburg gemäß § 246
Abs. 5 BauGB die Beklagte, in Gebieten, in denen sie städ-
tebauliche Maßnahmen in Betracht zieht, zur Sicherung ei-
ner geordneten städtebaulichen Entwicklung durch Sat-
zung bzw. in Hamburg gemäß § 246 Abs. 2 Satz 1 BauGB
i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Bauleitplanfeststellungsgesetz durch
Rechtsverordnung des Senats Flächen bezeichnen, an de-
nen ihr ein Vorkaufsrecht an den Grundstücken zusteht.
Diese Voraussetzungen liegen in formeller (hierzu (aa)) und
materieller Hinsicht (hierzu (bb)) vor.

63 (aa) Die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 ist
formell rechtmäßig zustande gekommen.

64 Der zuständige Senat hat die Vorkaufsrechtsverordnung
formell ordnungsgemäß durch Beschluss vom 19.02.2008
und unter Wahrung des Zitiergebots aus Art. 53 Abs. 2
Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
vom 06.06.1952 (HmbBl. I 100-a, 100-1, zuletzt geändert
durch G. v. 20.04.2023, HmbGVBl, S. 169; im Folgenden: HV)
erlassen (...).

65 Die Vorkaufsrechtsverordnung wurde entsprechend
§ 25 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. § 16 Abs. 2 BauGB ortsüblich be-
kannt gemacht (HmbGVBl, S. 108) und trat gemäß Art. 54
Satz 1 HV mit dem auf die Ausgabe des Hamburgischen Ge-
setz- und Verwaltungsblattes folgenden Tag in Kraft, mithin
hier am 08.03.2008. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist ge-
setzlich nicht vorgesehen.

66 Eine förmliche Begründung der Verordnung war nicht er-
forderlich. Eine formelle Begründungspflicht für die Vor-
kaufsrechtsverordnung ist weder der Ermächtigungsgrund-
lage in § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB zu entnehmen (eben-
so VGH Mannheim, Urteil vom 10.09.2019, 8 S 2050/17,
NVwZ-RR 2020, 549, juris Rdnr. 47; *Stock* in Ernst/Zinkahn/
Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 25 Rdnr. 22) noch der
Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg oder dem
Grundgesetz (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.01.1987, 1 BvR
969/83, DVBl 1987, 879 zu Erhaltungssatzungen; ebenso
BVerwG, Beschluss vom 03.07.1987, 4 C 26.85, DVBl 1987,
1013, juris Rdnr. 10 zu Erhaltungssatzungen; vgl. auch *Stock*,
a. a. O., § 25 Rdnr. 22; *Kment* in Jarass/Kment, BauGB,
3. Aufl. 2022, § 25 Rdnr. 5).

67 Jedenfalls gehen die dem Erlass der Verordnung zu-
grundeliegenden Erwägungen des Senats hinreichend
deutlich aus der umfangreichen Beschlussvorlage des Se-
nats (...) hervor.

68 (bb) Die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008
ist auch materiell rechtmäßig, da die beiden Tatbestands-
voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage in § 25
Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB vorliegen. Danach muss die Ge-
meinde zum einen städtebauliche Maßnahmen in Betracht
ziehen (hierzu (aaa)), zum anderen muss die Begründung
des Vorkaufsrechts zur Sicherung einer geordneten städte-
baulichen Entwicklung erforderlich sein (hierzu (bbb)). Die
Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 war zum Zeit-
punkt des Kaufvertragsabschlusses am 17.05.2021 auch
nicht obsolet geworden (hierzu (ccc)).

69 (aaa) Die Beklagte zog bei Erlass der Vorkaufsrechtsver-
ordnung Mitte Altona 2008 städtebauliche Maßnahmen in
Betracht.

70 Nach der Rechtsprechung des BVerwG zählen zu den
städtebaulichen Maßnahmen im Sinne dieser Vorschrift al-
le Maßnahmen, die einen städtebaulichen Bezug aufweisen
und der Gemeinde dazu dienen, ihre Planungsvorstellun-
gen zu verwirklichen. Die Gemeinde erhält durch diese
Regelung die Möglichkeit, bereits im Frühstadium der Vor-
bereitung städtebaulicher Maßnahmen Grundstücke zu
erwerben (BVerwG, Beschluss vom 08.09.2009, 4 BN 38.09,
BauR 2010, 81, juris Rdnr. 4; Beschluss vom 14.04.1994,
4 B 70.94, NJW 1994, 3178, juris Rdnr. 5). Förmlich konkre-
tisierter Planungsabsichten bedarf es nicht (BVerwG, Be-
schluss vom 08.09.2009, a. a. O., juris Rdnr. 4; Beschluss
vom 14.04.1994, a. a. O., juris Rdnr. 5; vgl. auch Beschluss
vom 30.09.2020, 4 B 45.19, ZfBR 2021, 66, juris Rdnr. 4). Wie
konkret die in Betracht zu ziehenden städtebaulichen Maß-
nahmen bezeichnet werden müssen, hängt maßgebend
von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab (BVerwG,
Beschluss vom 08.09.2009, a. a. O., juris Rdnr. 4). Dabei
können die Planungsvorstellungen der Gemeinde neben
dem Text der Verordnung und einer etwaigen Begründung
auch anderen Verlautbarungen der Gemeinde entnommen
werden, aus denen sich ihre städtebaulichen Ziele ergeben
(VGH Mannheim, Urteil vom 10.09.2019, 8 S 2050/17, NVwZ-
RR 2020, 549, juris Rdnr. 47). Denn eine förmliche Begrün-
dung der Vorkaufsrechtsverordnung ist nicht vorgeschrie-
ben (vgl. hierzu oben aa) (2) (aa)).

71 Nach diesen Maßgaben zog die Beklagte bei Erlass
der Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 städte-
bauliche Maßnahmen in Betracht. Aus der Beschlussvorla-
ge des Senats zum Erlass der Vorkaufsrechtsverordnung
Mitte Altona 2008 (...) ergibt sich, dass die Beklagte im
rechtlich maßgeblichen Zeitpunkt des Verordnungserlas-
ses eine städtebauliche Entwicklungsmaßnahme gemäß
§ 165 Abs. 1 und 2 BauGB im Bereich „Mitte Altona“ er-
wog. Hierzu hatte der Senat mit Beschluss vom 18.12.2007
die Durchführung vorbereitender Untersuchungen gemäß
§ 165 Abs. 4 BauGB für den Bereich des Altonaer Bahnhofs
und angrenzender Flächen eingeleitet, in deren Zusam-
menhang die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008
der „Steuerung des Grundstücksverkehrs bei der städte-
baulichen Entwicklung im Bereich Mitte Altona“ dienen soll-
te.

72 Bei städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen gemäß
§ 165 ff. BauGB einschließlich der vorbereitenden Untersu-

chungen gemäß § 165 Abs. 4 BauGB handelt es sich um Maßnahmen mit städtebaulichem Bezug (ebenso OVG Berlin, Beschluss vom 18.05.2022, OVG 10 N 4/21, juris Rdnr. 11). Die vorbereitenden Untersuchungen gemäß § 165 Abs. 4 BauGB dienen gerade der Vorbereitung einer städtebaulichen Gesamtmaßnahme im Sinne eines koordinierten Maßnahmenbündels, das durch eine flächendeckende und zeitlich geschlossene Planungskonzeption für ein exakt umgrenztes Gebiet verwirklicht werden soll (BVerwG, Urteil vom 03.07.1998, 4 CN 2.97, NVwZ 1998, 1297, juris Rdnr. 11).

73 Angesichts des bereits gefassten Beschlusses des Senats vom 18.12.2007 zur Durchführung vorbereitender Untersuchungen gemäß § 165 Abs. 4 BauGB im Bereich Mitte Altona (Amt. Anz. 2008, S. 162) hatte die Beklagte diese städtebaulichen Maßnahmen auch hinreichend konkret in Betracht gezogen (vgl. zum erforderlichen Minimum an Konkretisierung OVG Münster, Urteil vom 28.07.1997, NVwZ 1999, 432, juris Rdnr. 15; VGH München, Urteil vom 26.01.2009, 2 N 08.124, BayVBl 2009, 344, juris Rdnr. 10). Hintergrund der Planungen waren die Überlegungen der Deutschen Bahn, den Fernbahnhof Altona an den Standort des S-Bahnhofs Diebsteich zu verlegen, was zu einer umfassenden Neuordnung sowohl der nicht mehr genutzten Gleisbereiche als auch des bisherigen Bahnhofs Altona nebst Umgebung und des neu entstehenden Bahnhofs Diebsteich nebst Umgebung führen sollte. Zu den im Betrachtungsraum geplanten Maßnahmen zählten laut der Beschlussvorlage des Senats die Entwicklung der Bahnflächen sowie der bisher von der Post genutzten Fläche, der Neubau von Wohnungen und gewerblichen Bauten sowie die Schaffung von Gemeinbedarfseinrichtungen unterschiedlichen Charakters (...).

74 (bbb) Die Begründung des Vorkaufsrechts war zur Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung erforderlich. Nach der Rechtsprechung des BVerwG muss die Satzung objektiv geeignet sein, zur Sicherung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung (siehe § 1 Abs. 3 BauGB) beizutragen. Nur wenn hiervon nach Maßgabe der konkreten Umstände – etwa im Hinblick auf die räumliche Ausdehnung der Satzung und auf ein Sicherheitsbedürfnis wegen ggf. abweichender Entwicklungen – auszugehen ist, kann die Gemeinde sich der Vorkaufssatzung bedienen (BVerwG, Beschluss vom 30.09.2020, 4 B 45.19, ZfBR 2021, 66, juris Rdnr. 5). Das Instrument des Vorkaufsrechts steht der Gemeinde nicht als Mittel einer allgemeinen Bodenbevorratung oder zum Erwerb von Grundstücken zur Verfügung, die zur Umsetzung der von ihr betriebenen Bauleitplanung ersichtlich nicht benötigt werden. Es soll sie vielmehr in die Lage versetzen, die von ihr in Betracht gezogenen städtebaulichen Maßnahmen zu gegebener Zeit leichter durchführen zu können. In eine auf § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB gestützte Vorkaufssatzung können nur Flächen einbezogen werden, deren Erwerb der Verwirklichung der beabsichtigten städtebaulichen Maßnahmen dienlich ist (BVerwG, Beschluss vom 15.02.2000, 4 B 10.00, NVwZ 2000, 1044, juris Rdnr. 7).

75 Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 sollte laut der Be-

schlussvorlage des Senats (...) zum Zeitpunkt ihres Erlasses die Planung während der vorbereitenden Untersuchungen Mitte Altona gemäß § 165 Abs. 4 BauGB und bis zu einer etwaigen förmlichen Festlegung eines städtebaulichen Entwicklungsbereichs sichern. Dem entspricht es, dass der räumliche Geltungsbereich der Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 deckungsgleich mit dem Bereich der vorbereitenden Untersuchung Mitte Altona war (...).

76 Die von der Beklagten angestrebte Steuerung von Grundstücksverkäufen im Gebiet der vorbereitenden Untersuchungen ist objektiv nachvollziehbar, da durch die umfassende städtebauliche Neuordnung mit einem gestiegenen Interesse von Investoren an den Flächen im Untersuchungsgebiet zu rechnen und zu befürchten war, dass deren Nutzungsinteressen den Planungsvorstellungen der Beklagten zuwiderlaufen könnten. Auch wäre es der Beklagten angesichts der Größe des Untersuchungsgebiets nicht möglich gewesen, sämtliche benötigte Flächen auf anderem Weg, etwa durch einen freihändigen Ankauf, zu sichern (...).

77(ccc) Die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 war zu dem für das Entstehen des Vorkaufsrechts maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses am 17.05.2021 nicht obsolet geworden.

78 Soweit die Klägerinnen der Sache nach einwenden, die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 sei obsolet geworden, da sie bereits im Oktober 2021 und somit kurz nach Erlass des streitgegenständlichen Bescheids vom 09.07.2021 durch § 2 Abs. 2 der Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2021 aufgehoben worden sei, und sich die Beklagte von den städtebaulichen Maßnahmen im Bereich der Verordnung Mitte Altona 2008 distanziert habe, folgt der Senat dem nicht.

79 Anhaltspunkte für eine Funktionslosigkeit der Verordnung im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses liegen nicht vor, insbesondere waren die durch die Verordnung gesicherten städtebaulichen Maßnahmen zu diesem Zeitpunkt nicht wirksam umgesetzt worden (vgl. zur Funktionslosigkeit in diesen Fällen OVG Münster, Urteil vom 19.04.2010, 7 A 1041/08, DVBl 2010, 1121, juris Rdnr. 102 ff.; *Kronisch* in Brügelmann, BauGB, Stand: Juli 2019, § 25 Rdnr. 21). Vielmehr verfolgte die Beklagte sowohl zum Zeitpunkt der Ausübung des streitgegenständlichen Vorkaufsrechts mit Bescheid vom 09.07.2021 als auch nach Aufhebung der Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 das Ziel einer städtebaulichen Neuordnung der durch die Verlegung des Fernbahnhofs Altona zum Standort Diebsteich betroffenen Gebiete weiter. Die Aufhebung der Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 im Oktober 2021 und der zeitlich nahtlos anschließende Erlass der Vorkaufsrechtsverordnung Diebsteich 2021 für den Bereich des streitgegenständlichen Grundstücks sind Ausdruck der fortschreitenden Planung und Weiterentwicklung der städtebaulichen Ziele in diesem Bereich. Denn im Zuge der mehrjährigen Planung wurden erkennbar örtliche Schwerpunkte gesetzt, die zu einer weiteren Differenzierung der Planung geführt haben und wiederum von entsprechenden Vorkaufsrechtsverordnungen begleitet wurden. Nachdem



die Deutsche Bahn AG im Jahr 2014 förmlich beschlossen hatte, den Fern- und Regionalbahnhof Altona an den Standort Diebsteich zu verlegen, stellte der Senat fest, dass die Voraussetzungen des § 165 Abs. 3 BauGB für eine förmliche Festlegung eines städtebaulichen Entwicklungsbereichs im Bereich der vorbereitenden Untersuchung Mitte Altona nicht vorlägen (...). Zur kontinuierlichen Sicherung der angestrebten städtebaulichen Neuordnung erließ der Senat die zeitlich unmittelbar an die Vorkaufsrechtsverordnung Mitte Altona 2008 anschließende Vorkaufsrechtsverordnung Altona 2021 für den Bereich um den bisherigen Fernbahnhof Altona und das Gleisdreieck Ottensen sowie die Vorkaufsrechtsverordnung Diebsteich 2021 für den Bereich um den neuen Standort des Fernbahnhofs Diebsteich (...). Die auch das streitgegenständliche Grundstück umfassende Vorkaufsrechtsverordnung Diebsteich 2021 flankierte den Rahmenplan Diebsteich, in dessen Gebiet die nördlich der (...) liegenden Teilflächen der vorbereitenden Untersuchung Mitte Altona einbezogen wurden (...). Der Rahmenplan Diebsteich bezweckt die städtebauliche Entwicklung des künftigen Bahnhofsumfelds und soll durch die Aufstellung von Bebauungsplänen, den Abschluss städtebaulicher Verträge sowie die Anpassung von Grundstückszuschnitten umgesetzt werden (...).

80 bb) Der Bescheid vom 09.07.2021 ist jedoch materiell rechtswidrig, da kein Vorkaufsfall eingetreten ist. Denn die Klägerin zu 1 als Vorkaufsverpflichtete hat keinen Kaufvertrag „mit einem Dritten“ gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB abgeschlossen.

81 Gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB kann die Gemeinde das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat. Zwar ist die Klägerin zu 1 als Eigentümerin und Verkäuferin des Grundstücks Verpflichtete im Sinne der Vorschrift. Es liegt auch ein Kaufvertrag vor (hierzu (1)). Die Klägerin zu 2 als Käuferin ist jedoch nicht Dritte im Sinne von § 463 BGB (hierzu (2)).

82 (1) Bei dem zwischen den Klägerinnen geschlossenen notariellen Vertrag vom 17.05.2021 handelt es sich um einen Kaufvertrag im Sinne von §§ 463 i. V. m. 433 BGB. Zwar kommt es bei der Einordnung als Kaufvertrag nicht allein auf die Bezeichnung des Vertrags an (vgl. *Faust* in BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2023, § 463 Rdnr. 21; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 24 Rdnr. 50). Hier liegt jedoch sowohl angesichts der ausdrücklichen Bezeichnung als „Kaufvertrag“ als auch der typischen formalen und materiellen Vertragsbestandteile eines Kaufvertrags wie der Bezeichnungen als Verkäuferin und Käuferin (siehe Präambel des Kaufvertrags), der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung (§ 2 des Kaufvertrags) und zur Abnahme der Sache (§ 1 des Kaufvertrags) sowie der Übergabe des Grundstücks und der Eigentumsverschaffung (§ 9 des Kaufvertrags) ein Kaufvertrag vor (vgl. ebenso LG Hamburg, Urteil vom 20.01.2023, 351 O 6/21, n. v. für denselben Kaufvertrag).

83 Soweit die Klägerinnen vortragen, dass der Vertrag nur rein formal als Kaufvertrag bezeichnet worden sei, die Vertragsparteien materiell jedoch allein die Separierung des Grundstücks und seine Übertragung in eine getrennte Ge-

sellschaft zur Regelung der Unternehmensnachfolge angestrebt hätten, kann dem nicht gefolgt werden. Nach der äußeren Form und dem Inhalt des Vertrags handelt es sich, wie soeben ausgeführt, um einen Kaufvertrag. Es liegt auch kein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB vor. Danach ist eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist und mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird, nichtig. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, da die Abgabe der auf den Kauf gerichteten Willenserklärungen ernstlich gewollt war. Denn es kam den Klägerinnen gerade darauf an, einen Kaufvertrag abzuschließen, um eine gewinnneutrale Übertragung des Grundstücks auf Grundlage der Vorschrift in § 6b EStG im Einklang mit den Richtlinien der Finanzverwaltung (R6 b.2 Abs. 7 Nr. 4 der Einkommensteuer-Richtlinien; EStR) vornehmen zu können, welche ausdrücklich eine „Veräußerung“ vorsehen.

84 (2) Es liegt jedoch kein Kaufvertrag „mit einem Dritten“ im Sinne von § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 463 BGB vor, da die Klägerin zu 2 nicht Dritte im Sinne der Vorschrift ist.

85 Nach der hier vorzunehmenden, einschränkenden Auslegung des Begriffs des Dritten handelt es sich im vorliegenden Einzelfall nicht um einen Kaufvertrag mit einem Dritten, da sich der Verkauf des streitgegenständlichen Grundstücks durch eine Einpersonen-GmbH & Co. KG an eine andere Einpersonen-GmbH & Co. KG mit demselben Alleingesellschafter bei wirtschaftlicher Betrachtung als Vermögensverschiebung innerhalb der Vermögenssphäre ein und derselben natürlichen Person als wirtschaftlicher Inhaber darstellt, sodass es an einem Verkehrsgeschäft mit einem Dritten fehlt.

86 (aa) Die ältere Rechtsprechung des BGH zum Begriff des Dritten gemäß § 463 BGB im Falle von Gemeinschaftsverhältnissen kann entgegen der Ansicht der Klägerinnen nicht maßgeblich für die Auslegung dieses Begriffs in der vorliegenden Konstellation herangezogen werden (andere Ansicht LG Hamburg, Urteil vom 18.11.2022, 351 O 6/21, n. v.).

87 Nach der Rechtsprechung des BGH liegt bei einem Verkauf durch eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Erbengemeinschaft an ein Mitglied der jeweiligen Gemeinschaft kein Verkauf an einen Dritten im Sinne von § 463 BGB vor, da Dritter nur sein könne, wer an der Gemeinschaft der Berechtigten nicht beteiligt sei (BGH, Urteil vom 23.04.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133 = NJW 1954, 1035; Urteil vom 15.06.1957, V ZR 198/55, WM 1957, 1162, juris Rdnr. 30 f.; Urteil vom 28.04.1967, V ZR 163/65, WM 1967, 529, juris Rdnr. 8; ebenso OLG Köln, Beschluss vom 06.03.2015, I-2 Wx 387/14, JurBüro 2015, 377, juris Rdnr. 11; BayObLG, Beschluss vom 08.10.1980, BReg 2 Z 72/79, JurBüro 1981, 752, juris Rdnr. 30; vgl. hierzu *Stock* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 24 Rdnr. 54). Denn aus der Verwendung des Begriffs „Dritter“ in den Vorschriften zu Gemeinschaftsverhältnissen im BGB ergebe sich eine Abgrenzung des Dritten von den Mitberechtigten innerhalb der Gemeinschaft. Der Gesetzgeber gehe von einer engen Verbundenheit der einzelnen gemeinschaftlich Berechtigten aus und wolle den Kreis der Mitberechtigten gegen das

Eintreten einer fremden Person möglichst schützen (zum Vorstehenden BGH, Urteil vom 23.04.1954, a. a. O., BGHZ 13, 133). Dies gelte erst recht im Rahmen von Gesamthandsgemeinschaften wie der Erbengemeinschaft, weil hier die gegenseitige Verbundenheit noch enger sei als bei Miteigentümern (BGH, Urteil vom 15.06.1957, a. a. O., juris Rdnr. 30 f.; Urteil vom 14.11.1969, V ZR 115/66, BB 1970, 1073, juris Rdnr. 12).

88 Die Klägerinnen führen unter Übertragung dieser Grundsätze auf das vorliegende Verfahren aus, dass hier kein Verkauf an einen Dritten vorliege, da an der Verkäuferin wie an der Käuferin dieselben Gesellschafter beteiligt seien und kein Verkauf an einen nicht an der Gesamthand beteiligten Dritten vorliege (vgl. auch LG Hamburg, Urteil vom 18.11.2022, 351 O 6/21, n. v., VG Saarland, Beschluss vom 12.02.2009, 5 L 69/09, RNotZ 2009, 332, juris Rdnr. 31 f.; ebenso OVG Lüneburg, Urteil vom 28.02.1983, 6 OVG A 108/81, BIGBW 1984, 79, für den Verkauf von einer Kommanditgesellschaft an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit identischen Gesellschaftern, wenn auch vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts; *Stock*, a. a. O., § 24 Rdnr. 54; *Daum* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.04.2024, § 463 Rdnr. 64.1; anders VGH Mannheim, Beschluss vom 30.03.2009, 8 S 31/08, BuR 2010, 74, juris Rdnr. 58 für den Verkauf durch eine Aktiengesellschaft an eine Kommanditgesellschaft, deren Komplementär-GmbH nur zu rund 49 % der Verkäuferin gehörte, da es sich nicht um ein von der Verkäuferin beherrschtes Konzernunternehmen handle).

89 Dem folgt der Senat nicht. Zum einen stammt die in Bezug genommene ältere Rechtsprechung des BGH aus der Zeit vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch die Grundsatzentscheidung des BGH im Jahr 2001 (BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056, juris Rdnr. 5 ff.). Der BGH hat die vorgenannte Rechtsprechung weder auf rechtsfähige Kommanditgesellschaften übertragen noch hat er sich, soweit ersichtlich, seither mit der hier aufgeworfenen Rechtsfrage befasst (vgl. nur BGH, Beschluss vom 21.01.2016, V ZB 43/15, NJW 2016, 3242, juris Rdnr. 14 ff., zu einer Sonderkonstellation bei Miteigentum im Rahmen einer Teilungsversteigerung). Zudem betrafen die Entscheidungen des BGH jeweils einen Verkauf durch die Gemeinschaft an ein Mitglied der Gemeinschaft bzw. der Gesamthand, während vorliegend formal eine Veräußerung zwischen zwei Gesamthandsverbänden erfolgt. Schließlich spricht gegen eine Übertragung der genannten Rechtsprechung auf die vorliegende Konstellation, dass der Gesetzgeber laut der Begründung des Regierungsentwurfs zum am 01.01.2024 in Kraft getretenen MoPeG (BGBl. 2021, S. 3436) das Gesamthandsprinzip für historisch überholt ansieht und es seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter dem Gesichtspunkt der Vermögenstrennung für entbehrlich hält (Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 17.03.2021, BT-Drucks. 19/27635, S. 148).

90 (bb) Wer „Dritter“ im Sinne des § 463 BGB ist, ist vielmehr durch Auslegung anhand der üblichen Auslegungsmethoden zu ermitteln. Bei der Auslegung ist die Funktion

des Begriffs des Dritten zu berücksichtigen, die erkennbar in der Abgrenzung von den am Vorkaufsverhältnis rechtlich beteiligten Parteien liegt (vgl. *Westermann*, MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2019, § 463 Rdnr. 26). Denn nach dem Wortlaut und der Systematik der Vorschrift erschließt sich der Begriff des „Dritten“ aus der (negativen) Abgrenzung zu Vorkaufsverpflichtetem und Vorkaufsberechtigtem. Wer weder „zum Vorkauf berechtigt“ noch „Verpflichteter“ ist, ist „Dritter“ im Sinne der Norm. Für die Abgrenzung zum Verkäufer als Vorkaufsverpflichteten bedeutet dies: Der Kaufvertrag ist dann mit einem Dritten geschlossen, wenn Verkäufer und Käufer nicht identisch sind (OVG Saarlouis, Beschluss vom 03.06.2009, 2 B 254/09, BRS 74 Nr. 131 (2009), juris Rdnr. 26; *Kronisch* in Brügemann, BauGB, Vor §§ 24–28 Rdnr. 36).

91 (cc) Allein nach dem Wortlaut des § 463 BGB könnte die vorliegende Konstellation einen Kaufvertrag mit einem Dritten darstellen. Denn die Klägerin zu 2 als Käuferin ist eine von der Klägerin zu 1 verschiedene, rechtsfähige GmbH & Co. KG. Sie kann gemäß § 161 Abs. 2, § 124 Abs. 1 HGB, § 14 BGB unter ihrer Firma Rechte, insbesondere Eigentum, erwerben. Unabhängig von der im Einzelnen bis heute umstrittenen Rechtsnatur der Kommanditgesellschaften (vgl. zum Streitstand nur *K. Schmidt/Drescher*, MünchKomm-HGB, 5. Aufl. 2022, § 124 Rdnr. 1 m. w. N. sowie *Hillmann* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 124 Rdnr. 1 m. w. N.) hat sich die Kommanditgesellschaft jedenfalls in ihren praktischen Auswirkungen weitgehend gegenüber den Gesellschaftern verselbstständigt (*Hillmann* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 124 Rdnr. 1). Denn bei einem Grundstückserwerb wie hier tritt die Klägerin zu 2 eigenständig und unabhängig von ihren Gesellschaftern im Rechtsverkehr auf, da sie grundbuchfähig ist (vgl. zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGH, Urteil vom 25.01.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, juris Rdnr. 7) und sie allein unter ihrer Firma in das Grundbuch eingetragen wird (vgl. § 15 Abs. 1b) der Verordnung zur Durchführung der Grundbuchverordnung i. d. F. v. 24.01.1995, BGBl. I 114, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.2022, BGBl. I, S. 2606, GBV).

92 (dd) Der Wortlaut einer Vorschrift stellt zwar die äußerste Grenze einer weiten Auslegung dar, er ist jedoch einer mit Hilfe der üblichen Methoden vorgenommenen einschränkenden Auslegung zugänglich (vgl. BGH, Urteil vom 17.11.1992, 1 StR 534/92, NJW 1993, 1145, juris Rdnr. 9). Die Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt hier, dass bei einem Verkauf durch eine Einpersonen-GmbH & Co. KG an eine andere Einpersonen-GmbH & Co. KG mit demselben Alleingesellschafter kein Verkauf an einen Dritten vorliegt.

93 Das Vorkaufsrecht dient nach seinem Sinn und Zweck zwei möglichen Interessen des Rechtsinhabers. So kann der Vorkaufsberechtigte ein Erwerbsinteresse an der Kaufsache haben. Er kann aber auch ein Abwehrinteresse verfolgen, das dahin geht, den Erwerb der Sache durch einen Dritten zu verhindern (*Daum* in BeckOGK-BGB, § 463 Rdnr. 4). Für die Interessenlage des Vorkaufsverpflichteten ist nach dem Sinn und Zweck des Vorkaufsrechts wesentlich, dass er dem Vorkaufsrecht des Berechtigten erst dann



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

unterliegt, wenn er sich ohnehin von dem Vorkaufsgegenstand trennen will. Diesen unterschiedlichen Interessenlagen entsprechend ist der Kaufvertrag nur dann mit einem Dritten im Sinne von § 463 BGB geschlossen, wenn Verkäufer und Käufer nicht identisch sind; es muss also für das Entstehen des Vorkaufsrechts ein sog. Verkehrsgeschäft vorliegen, bei dem auf Käuferseite mindestens eine Person steht, die bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht auch gleichzeitig als Verkäufer anzusehen ist (vgl. zum Begriff des Verkehrsgeschäfts: BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 5/07, NJW 2007, 3204, juris Rdnr. 22). Die Rechtfertigung für den Zugriff des Vorkaufsberechtigten, durch einseitige Willenserklärung einen Kaufvertrag zustande zu bringen, ergibt sich (erst) daraus, dass der Vorkaufsverpflichtete den Vorkaufsgegenstand im Rahmen eines Verkehrsgeschäfts zur Verfügung stellt (vgl. *Wertenbruch* in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rdnr. 55; *Daum* in BeckOGK-BGB, § 463 Rdnr. 64). Beim Verkauf durch eine Einpersonen-GmbH & Co. KG an eine andere Einpersonen-GmbH & Co. KG mit demselben Alleingesellschafter wie im vorliegenden Fall fehlt es an dieser Voraussetzung, da es sich um eine bloße Vermögensverschiebung innerhalb der Vermögenssphäre ein und derselben natürlichen Person als wirtschaftlicher Inhaber handelt.

94 Zwar wollte sich die Klägerin zu 1 formal von dem Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück trennen und dieses sollte laut dem Kaufvertrag vom 17.05.2021 aus ihrem Vermögen in das der Klägerin zu 2, einer rechtsfähigen GmbH & Co. KG, übergehen. Ein Verkehrsgeschäft liegt jedoch nicht vor, da die Veräußerung bei wirtschaftlicher Betrachtung lediglich eine Vermögensverschiebung innerhalb der Vermögenssphäre des Alleinkommanditisten der Klägerin zu 1 bedeutet, der zugleich Alleinkommanditist auch der Klägerin zu 2 und Alleingesellschafter der einzigen Komplementärin beider Klägerinnen ist. Dieser „wirtschaftliche Inhaber“ bediente sich zweier gemäß §§ 1, 35 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zulässiger Einpersonengesellschaften, um das streitgegenständliche Grundstück von anderen Vermögenswerten zu separieren und von der einen auf die andere, ebenfalls vollständig von ihm kontrollierte Gesellschaft zu übertragen. Eine dem Zweck von § 463 BGB entsprechende Eigentumsaufgabe im Sinne einer Beendigung des Zugriffs auf das Grundstück war von vornherein nicht angestrebt, da dieser „wirtschaftliche Inhaber“ beider Gesellschaften erkennbar bestrebt und angesichts der gesellschaftsrechtlichen Strukturen auch in der Lage war, den Zugriff auf das Grundstück vor und nach dem Verkauf vollständig zu kontrollieren.

95 Dass im vorliegenden Einzelfall kein Verkehrsgeschäft vorliegt, zeigt sich im Übrigen daran, dass der der Beklagten am 19.05.2021 übersandte notarielle Kaufvertrag Vereinbarungen enthält, welche allein der besonderen Konstellation der hier erfolgten Vermögensverschiebung innerhalb des Vermögens des „wirtschaftlichen Inhabers“ sind, da sie bei einem Verkauf an einen Dritten gänzlich unüblich wären. So verzichteten die Klägerinnen gemäß § 2 des Kaufvertrags vom 17.05.2021 trotz Belehrung des Notars über die damit verbundenen Gefahren auf eine Sicherstellung der Kaufpreiszahlung durch zum Beispiel die Eintra-

gung einer Auflassungsvormerkung oder die Zahlung auf ein Notaranderkonto. Auch vereinbarten sie gemäß § 5 des Kaufvertrags, dass die Übergabe des Grundstücks zum 01.06.2021, 00:00 Uhr, als erfolgt gelte, obwohl der Notar darauf hinwies, dass die Übergabe damit unter Umständen vor Zahlung des Kaufpreises erfolge und damit Risiken einhergingen. Zudem erschien bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags vom 17.05.2021 allein der wirtschaftliche Inhaber beider Gesellschaften als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der Komplementärin beider Gesellschaften zum Notartermin.

96 Das Erfordernis des Verkehrsgeschäfts gilt umso mehr im Rahmen des gesetzlichen Vorkaufsrechts nach §§ 24 ff. BauGB, da die Verhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs in die Eigentumsfreiheit des Verkäufers gemäß Art. 14 Abs. 1 GG auch dadurch gerechtfertigt wird, dass dieser sich im Rahmen eines Verkehrsgeschäfts von dem Vorkaufsgegenstand trennen will, sodass der Eingriff weniger schwer wiegt. Es handelt sich bei dem gemeindlichen Vorkaufsrecht um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, durch welche die Sozialbindung des Grundeigentums näher ausgestaltet wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 07.11.2000, 6 B 19.00, Buchholz 406.48 Art. 34 BayNatSchG Nr. 1, juris Rdnr. 4 m. w. N.). Der Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Verkäufers und Vorkaufsverpflichteten ist als gering zu bewerten, wenn sich der Vorkaufsverpflichtete dazu entschlossen hat, das Grundstück zu veräußern, und ihm nach Ausübung des Vorkaufsrechts lediglich ein anderer Vertragspartner in Form der solventen Gemeinde zu den vereinbarten Vertragsbedingungen, vgl. § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i. V. m. § 464 Abs. 2 BGB, aufgezwungen wird (vgl. OVG Berlin, Urteil vom 22.10.2019, OVG 10 B 9.18, ZfBR 2020, 269, juris Rdnr. 47). Kein geringfügiger und ohne Weiteres gerechtfertigter Eingriff liegt jedoch dann vor, wenn es wie hier an einem Entschluss des Verpflichteten zur Aufgabe des Grundeigentums fehlt, da das Vorkaufsrecht der Gemeinde keinen Zugriff auf unternehmensinterne Vermögensverschiebungen erlauben soll, die bei wirtschaftlicher Betrachtung auf Verkäufer- und Käuferseite dieselbe Person betreffen.

97 (ee) Der hier vorgenommenen Auslegung des Begriffs des Dritten in § 463 BGB stehen weder der Ausschlussbestand für gemeindliche Vorkaufsrechte in § 26 Nr. 1 BauGB noch die diesem zugrunde liegende gesetzgeberische Wertung entgegen. Gemäß § 26 Nr. 1 BauGB ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen, wenn der Eigentümer das Grundstück an seinen Ehegatten oder eine Person verkauft, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt ist.

98 Diese Vorschrift findet nach ihrem Wortlaut hier keine unmittelbare Anwendung. Es kann aus der Vorschrift auch nicht geschlossen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers allein die dort bezeichneten Näheverhältnisse aus dem Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts ausscheiden sollten. Zum einen trifft die Vorschrift keine Aussage zu dem hier streitigen Begriff des Dritten; vielmehr setzt sie das Vorliegen eines Kaufvertrags mit einem Dritten

voraus. Während der Begriff des Dritten die Ebene des Eintritts eines Vorkaufsfalls betrifft, greift der Ausschlussbestand des § 26 Nr. 1 BauGB erst auf der nachfolgenden Ebene der Ausübung des Vorkaufsrechts und begrenzt als negative Tatbestandsvoraussetzung den unbestimmten Rechtsbegriff aus § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB, wonach das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden darf, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt (vgl. BVerwG, Urteil vom 09.11.2021, 4 C 1.20, NJW 2022, 341, juris Rdnr. 13). Zum anderen liegt der Regelung für besondere Näheverhältnisse in § 26 Nr. 1 BauGB auch keine mit der vorliegenden Konstellation vergleichbare Wertung zugrunde. Sinn und Zweck des Ausschlussgrundes in § 26 Nr. 1 BauGB ist es, dass der Eintritt der Gemeinde in Kaufverträge zwischen nahen Verwandten in der Regel nicht angemessen ist, da in diesen Fällen typischerweise ein unter dem Verkehrswert liegender Kaufpreis vereinbart wird (so die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum BauGB in BT-Drucks. 10/4630, S. 83; ebenso *Reidt* in Battis/Krautzbberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 26 Rdnr. 2; *Stock* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzbberger, BauGB, § 26 Rdnr. 2 f.). Es liegt jedoch bei einem Verkauf an nahe Verwandte, anders als in dem hier zu entscheidenden Fall, typischerweise auch nach wirtschaftlicher Betrachtung weder eine Personenidentität noch ein identisches wirtschaftliches Interesse auf Veräußerer- und Erwerberseite vor, da das wirtschaftliche Interesse bei einem Verkauf an nahe Verwandte unterschiedlich ausfallen kann.

99 Die zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob die Vorschrift in § 26 BauGB eine abschließende Aufzählung der Ausschlussgründe enthält, wirkt sich vor diesem Hintergrund im vorliegenden Verfahren nicht aus (dafür *Kronisch* in Brügelmann, BauGB, Stand: Sept. 2017, § 26 Rdnr. 3 m. w. N.; *Schrödter*, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 26 Rdnr. 1; a. A. *Reidt* in Battis/Krautzbberger/Löhr, BauGB, § 26 Rdnr. 1). Im Übrigen bestünde, selbst wenn man angesichts des Wortlauts der Vorschrift in § 26 BauGB von einer abschließenden Aufzählung ausgeht, daneben weiterhin Raum für eine Berücksichtigung besonderer Umstände im Rahmen der Prüfung einer Rechtfertigung durch das Allgemeinwohl im Einzelfall, da es sich bei der Aufzählung in § 26 BauGB lediglich um die Konkretisierung von Beispielsfällen handelt, in denen das Allgemeinwohl die Ausübung des Vorkaufsrechts typischerweise nicht rechtfertigt (BVerwG, Urteil vom 09.11.2021, 4 C 1.20, NJW 2022, 341, juris Rdnr. 13; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 29.06.1993, 4 B 100.93, NVwZ 1994, 284, juris Rdnr. 5).

100 (ff) Der hier vorgenommenen Auslegung kann nicht das von der Beklagten geltend gemachte Folgeargument entgegengehalten werden, wonach bei diesem Verständnis des § 463 BGB auch bei konzerninternen Grundstückskaufverträgen kein Kaufvertrag mit einem Dritten vorläge, was zu einer weitreichenden Beschränkung der Anwendungsfälle für das Vorkaufsrecht führe.

101 Zum einen kann dahinstehen, ob ein Vorkaufsrecht generell bei allen konzerninternen Verkäufen ausgeschlossen ist (so *Faust* in BeckOK-BGB, § 463 Rdnr. 25; *Daum* in BeckGOK-BGB, Stand: 01.10.2023, § 463 Rdnr. 64.1; wohl auch

Schermaier in Staudinger, Neub. 2013, § 463 Rdnr. 46; bejahend im Regelfall *Westermann* in MünchKomm-BGB, § 463 Rdnr. 27; bejahend für Beteiligung von mindestens 90 % *Grunewald* in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 463 Rdnr. 10). Zur Beantwortung dieser Frage bietet das vorliegende Verfahren bereits keinen Anlass, da es sich hier mangels herrschendem Unternehmen nicht um einen Konzern im eigentlichen Sinne handeln dürfte.

102 Zum anderen käme es nach der hier vorgenommenen Auslegung auch bei konzerninternen Übertragungen auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls an, wobei stets zu prüfen wäre, ob ein Umgehungsgeschäft vorliegt. Denn nach der Rechtsprechung des BGH findet das Vorkaufsrecht gemäß § 463 BGB bei interessengerechter Auslegung nicht nur auf formelle Kaufverträge Anwendung, sondern auch auf solche Vertragsgestaltungen zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten, die bei materieller Betrachtung einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, dass sie ihm gleichgestellt werden können, und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses „eintreten“ kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, juris Rdnr. 8 m. w. N.; ebenso *Reidt*, a. a. O., Vor §§ 24 bis 28 Rdnr. 5; *Stock*, a. a. O., § 24 Rdnr. 53; *Spieß* in Jäde/Dirnberger, BauGB, 10. Aufl. 2022, § 24 Rdnr. 3). Derartige kaufähnliche Vertragsgestaltungen werden zum Beispiel angenommen, wenn der Vorkaufsverpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft einbringt und anschließend die Gesellschaftsanteile entgeltlich an einen Dritten überträgt (BGH, Urteil vom 27.01.2012, V ZR 272/10, NJW 2012, 1354, juris Rdnr. 9).

103 Im Übrigen handelt es sich bei der Frage nach der Weite des verbleibenden Anwendungsbereichs für das Vorkaufsrecht um rechtspolitische Erwägungen, die im vorliegenden Verfahren keinen Platz haben. Dass in Folge der hier vertretenen einschränkenden Auslegung des Begriffs des Dritten für das Vorkaufsrecht kein relevanter Anwendungsbereich mehr verbliebe, lässt sich nicht feststellen.

104 (gg) Schließlich sind keine Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Umgehung des Vorkaufsrechts durch den Abschluss des Kaufvertrags ersichtlich, zumal die Klägerinnen in §§ 7 und 11 des Kaufvertrags Bezug auf das Vorkaufsrecht genommen haben. Der Einwand der Beklagten, die Klägerinnen könnten sich nicht einerseits zu ihrem steuerrechtlichen und wirtschaftlichen Vorteil auf die Selbstständigkeit der Gesellschaften berufen und sich andererseits den damit verbundenen Rechtsfolgen hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts entziehen, wenn diese für sie nachteilig seien, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt im Kern in der gemäß §§ 1, 35 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zulässigen Gesellschaftsform der Einpersonengesellschaft begründet (vgl. *Liebscher* in Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rdnr. 6; *Fleischer*, MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 1 Rdnr. 66). Allein hieraus kann sich ohne weitere Anhaltspunkte kein missbräuchliches Verhalten der Klägerinnen ergeben.

(...)

STEUERRECHT

22. Zur Bemessung der Schenkungsteuer bei niedrig verzinsten Darlehen

BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 20/22 (Vorinstanz: FG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 27.04.2022, 3 K 273/20)

*BewG § 13 Abs. 1, Abs. 2 2. Hs., § 15 Abs. 1, § 198 ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 10 Abs. 1 Satz 6, § 12 Abs. 1
EStG § 6 Abs. 1 Nr. 3
FGO § 118 Abs. 2*

LEITSÄTZE:

1. Die Gewährung eines nicht marktüblich verzinsten Darlehens ist als gemischte Schenkung zu versteuern.
2. Bei der Bemessung des Zinsvorteils kann der in § 15 Abs. 1 BewG festgelegte Zinssatz von 5,5 % nicht herangezogen werden, wenn ein niedrigerer marktüblicher Wert für vergleichbare Darlehen feststeht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) erhielt mit Vertrag vom 03.11.2016 von seiner Schwester ein Darlehen i. H. v. 1.875.768,05 €. Das Darlehen galt als zum 01.01.2016 ausgezahlt. Die Darlehenssumme wurde rückwirkend zum 01.01.2016 mit 1 % verzinst. Das Darlehen wurde auf unbestimmte Zeit gewährt und konnte mit einer Frist von zwölf Monaten erstmals zum 31.12.2019 gekündigt werden.

2 Mit Bescheid vom 29.11.2017 setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) Schenkungsteuer i. H. v. 229.500 € fest. Dabei ging das FA von einem steuerpflichtigen Erwerb i. H. v. 785.008 € mit Wirkung zum 01.01.2016 aus. In der verbilligten Überlassung der Darlehenssumme zur Nutzung sah es eine freigebige Zuwendung in Höhe der Differenz zwischen dem tatsächlich vereinbarten Zinssatz von 1 % und dem Zinssatz für den einjährigen Betrag der Nutzung einer Geldsumme gemäß § 15 Abs. 1 BewG in Höhe von 5,5 %. Da es sich um Nutzungen und Leistungen von ungewisser Dauer handelte, bewertete es den Nutzungsvorteil gemäß § 13 Abs. 2 2. Hs. BewG mit dem 9,3-Fachen des Jahreswerts in Höhe von 84.409,56 (1.875.768,05 € x 4,5 %), also mit 785.008,91 €.

3 Den Einspruch des Klägers wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 13.07.2020 als unbegründet zurück. Es sah die vergünstigte Überlassung der Darlehenssumme weiterhin als gemischte Schenkung an, ging nunmehr jedoch von dem 23.03.2017 als Bewertungsstichtag und Besteuerungszeitpunkt – dem Tag der Rechtswirksamkeit der notwendigen familiengerichtlichen Genehmigung durch amtsgerichtlichen Beschluss – aus. Der vereinbarte Zinssatz von 1 % war nach der Auffassung des FA nicht marktüblich. Gemäß den Statistiken der Deutschen Bundesbank sei unter Berücksichtigung des Datums des Vertrags-

schlusses einerseits und der Kündigungsmöglichkeit zum 31.12.2019 andererseits ein Effektivzinssatz zwischen 2,67 % und 2,81 % marktüblich gewesen. Der in § 15 Abs. 1 BewG festgelegte Zinssatz von 5,5 % sei im Streitfall zugrunde zu legen, da ein marktüblicher Zinssatz für vergleichbare Darlehen nicht habe festgestellt werden können. Die zwischen dem Kläger und seiner Schwester vereinbarten Darlehenskonditionen würden hinsichtlich Laufzeit, Fälligkeit und Tilgung von marktüblichen Darlehensbedingungen abweichen. Deshalb könnten die vom Kläger vorgelegten Kreditangebote, die im Übrigen erst im Januar 2018 erstellt worden seien, nicht als Vergleich herangezogen werden.

4 Die Klage vor dem FG blieb ohne Erfolg. Zur Begründung führte das FG im Wesentlichen aus, die Schenkung sei bereits zum 01.01.2016 erfolgt. An diesem Tag habe das Darlehen laut dem Darlehensvertrag als ausgezahlt gegolten und der Kläger habe das Darlehen nutzen können. Die Kreditzinsen für private Haushalte bei einer Zinsbindung von einem bis fünf Jahren hätten im Durchschnitt des Jahres 2016 bei 2,67 % effektiv und im Durchschnitt der Monate August bis Oktober 2016 bei 2,71 % effektiv gelegen. Für wirtschaftlich selbstständige Personen hätten die Darlehenszinsen bei einer Zinsbindung von ein bis fünf Jahren im Durchschnitt des Jahres 2016 2,81 % effektiv und im Durchschnitt der Monate August bis Oktober 2016 2,88 % effektiv betragen. Der Kläger habe das Darlehen im Zusammenhang mit der Übernahme des landwirtschaftlichen Betriebs seines Vaters und daher als wirtschaftlich tätige Person aufgenommen. Die Differenz laut dem vereinbarten Zinssatz von 1 % und dem nach Angaben der Deutschen Bundesbank zu zahlendem Zinssatz von 2,81 % habe nominal 1,81 % betragen. Nicht erkennbar sei, dass der Kläger auf dem Kapitalmarkt eine vergleichbare Finanzierung zu einem niedrigeren Zinssatz habe erhalten können. Die vom Kläger vorgelegten Schreiben seien für einen Nachweis nicht geeignet. Das Urteil des FG ist in EFG 2022, 1782 veröffentlicht.

5 Mit seiner Revision macht der Kläger eine Verletzung der § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 1 ErbStG und des § 15 Abs. 1 BewG geltend. Es liege keine freigebige Zuwendung vor. Weder der Schwester des Klägers noch dem Rechtsanwalt, der als Ergänzungspfleger für die Schwester dem Darlehensvertrag zugestimmt habe, sei die teilweise Unentgeltlichkeit bewusst gewesen. Zudem habe der Kläger einen niedrigeren als den in § 15 Abs. 1 BewG festgelegten Zinssatz von 5,5 % für die zur Nutzung überlassene Geldsumme durch die vorgelegten Darlehensangebote nachgewiesen. Schließlich sei nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG i. d. F. des Vierten Corona-Steuerhilfegesetzes vom 19.06.2022 (BGBl. 2022 I, S. 911 = BStBl. I 2022, S. 931) keine Abzinsung von Verbindlichkeiten mehr vorgesehen. Es sei folglich nicht ersichtlich, warum eine Niedrigverzinsung noch Schenkungsteuer auslösen könne, wenn eine Abzinsung nicht mehr vorgesehen sei.

6 Der Kläger beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und unter Abänderung des Schenkungsteuerbescheids vom 29.11.2017 in Gestalt

der Einspruchsentscheidung vom 13.07.2020 die Schenkungsteuer auf 0 € festzusetzen.

7 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

8 Der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sei erfüllt. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Ergänzungspfleger an eine Schenkungsteuerpflicht gedacht habe. Der Kläger habe den Nachweis für eine niedrigere Verzinsung nach § 15 Abs. 1 BewG nicht erbracht. Schließlich ergebe sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG nichts anderes, da es sich um eine einkommensteuerrechtliche und nicht um eine schenkungsteuerrechtliche Bestimmung handle.

9 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, zur Abänderung des angefochtenen Bescheids in Gestalt der Einspruchsentscheidung und zur Abweisung der Klage im Übrigen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Zutreffend ist das FG von einer freigebigen Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aufgrund der zinsverbilligten Darlehensgewährung ausgegangen. Die Höhe der Bemessungsgrundlage bestimmt sich jedoch nicht nach der Differenz zwischen dem vereinbarten Zinssatz in Höhe von 1 % und dem sich aus § 15 Abs. 1 BewG ergebenden gesetzlichen Zinssatz in Höhe von 5,5 %, da entgegen der Auffassung des FG ein niedrigerer Wert festgestellt werden kann.

10 1. Das FG hat zu Recht angenommen, dass mit der zinsverbilligten Überlassung der Darlehenssumme eine der Schenkungsteuer unterliegende freigebige Zuwendung der Schwester des Klägers an den Kläger vorliegt. Sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand einer Schenkung sind erfüllt.

11 a) Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist, und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (Urteil des BFH vom 16.09.2020, II R 24/18, BFHE 272, 87 = BStBl. II 2021, S. 621 Rdnr. 13).

12 aa) Die Gewährung eines niedrig verzinsten Darlehens ist als freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG anzusehen. Gegenstand der Zuwendung ist die teilweise unentgeltliche Gewährung des Rechts, das als Darlehen überlassene Kapital zu nutzen. Der Empfänger eines niedrig verzinsten Darlehens erfährt durch die Gewährung des Rechts, das als Darlehen überlassene Kapital zu einem niedrigeren Zinssatz als dem marktüblichen zu nutzen, eine Vermögensmehrung, die der Schenkungsteuer unterliegt. Die Minderung des Vermögens des Zuwendenden besteht dabei darin, dass er auf einen Ertrag verzichtet, den er bei verkehrsmäßigem Verhalten gezogen hätte (BFH, Urteil vom 17.04.1991, II R 119/88, BFHE 164, 130 = BStBl. II 1991, S. 586 unter II. 2., zu § 27 Abs. 1 GrEStG a. F.; BFH, Beschluss vom 15.03.2001, II B 171/99, BFH/NV 2001, 1122 unter II. 2. a)). Dabei ist es unerheblich, dass zivilrechtlich in der bloßen vorübergehenden Gebrauchsüber-

lassung einer Sache in der Regel keine das Vermögen mindernde Zuwendung liegt, wie sie für eine Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB erforderlich ist (vgl. BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12, BFH/NV 2014, 537 Rdnr. 13, zu einem zinslosen Darlehen). Gegenstand der Zuwendung ist der kapitalisierte Nutzungsvorteil.

13 bb) Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands einer freigebigen Zuwendung bedarf es des Bewusstseins des Zuwendenden, die Leistung ohne Verpflichtung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung oder einem Gemeinschaftszweck zu erbringen. Für die zutreffende Vorstellung des Zuwendenden von dem Begriff der (Un-) Entgeltlichkeit genügt es, wenn er dessen rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt laienhaft zutreffend erfasst (BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 40/19, BFHE 275, 248 = BStBl. II 2023, S. 146 Rdnr. 11).

14 b) Nach diesen Grundsätzen hat das FG im Streitfall zu Recht entschieden, dass die zinsverbilligte Nutzungsüberlassung der Darlehenssumme von der Schwester an den Kläger eine freigebige Zuwendung darstellt.

15 aa) Der objektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung ist erfüllt. Die unentgeltliche Vermögensverschiebung liegt in dem Nutzungsvorteil der Überlassung des Darlehens zu einem günstigeren Zinssatz als dem marktüblichen Zinssatz. Gemäß den Feststellungen des FG lag bei einem mit dem im Streitfall vergleichbaren Darlehen nach den Angaben der Deutschen Bundesbank der Zinssatz im Jahr 2016 effektiv bei 2,81 %. Der von dem Kläger zu zahlende Zinssatz von 1 % lag danach unter dem marktüblichen Zinssatz, sodass das Darlehen verbilligt überlassen wurde. Maßgeblich ist der Vorteil des Klägers als Darlehensnehmer, der – so die Feststellungen des FG – kein vergleichbares Darlehen zu einem vergleichbar niedrigen Zinssatz von 1 % am Markt hätte aufnehmen können.

16 bb) Auch der subjektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung ist im Streitfall – wie durch das FG ausgeführt – erfüllt. Hierfür reicht das Bewusstsein über die Teilunentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts aus. Sowohl der Schwester des Klägers als auch dem Rechtsanwalt als Ergänzungspfleger musste bei einem Zinssatz von 1 % und einer grundsätzlich unbestimmten Laufzeit bewusst gewesen sein, dass das Darlehen teilweise unentgeltlich gewährt wurde. Bei der Schwester genügte eine zutreffende laienhafte Erfassung des rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalts. Nicht ausschlaggebend für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung ist, ob der Ergänzungspfleger mit Abschluss des Darlehens zivilrechtlich ordnungsgemäß gehandelt hat, oder ob die Beteiligten davon ausgingen, dass eine alternative und zugleich sichere Anlage des Geldes zu keinem höheren Zinssatz möglich gewesen wäre.

17 2. Das FG hat auch zutreffend erkannt, dass die freigebige Zuwendung am 01.01.2016 ausgeführt wurde und die Schenkungsteuer an diesem Tag entstanden ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Das Darlehen galt als zum 01.01.2016 ausgezahlt. Dass der Darlehensvertrag insgesamt erst aufgrund des am 23.03.2017 rechtskräftigen amtsgerichtlichen Be-

schlusses wirksam geworden ist, lässt die rückwirkende Vereinbarung über die Auszahlung des Darlehens unberührt. Für die Bestimmung des Zeitpunkts der Entstehung der Schenkungsteuer kommt es in einem solchen Fall nicht auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrags an, sondern auf den in dem Vertrag vereinbarten Zeitpunkt der Ausführung der freigebigen Zuwendung.

18 3. Die Auffassung des FG, dass bei der Bewertung der Zuwendung nach § 15 Abs. 1 BewG der Zinssatz von 5,5 % anzuwenden sei, da kein niedriger Zinssatz feststehe, hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

19 a) Bei niedrig verzinsten Darlehen ist die für die schenkungsteuerrechtliche Steuerberechnung maßgebliche Zinsdifferenz aus dem Unterschied zwischen dem vereinbarten Zinssatz und dem sich aus § 15 Abs. 1 BewG ergebenden Zinssatz zu bilden. Durch die Formulierung des zweiten Halbsatzes in § 15 Abs. 1 BewG „wenn kein anderer Wert feststeht“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass grundsätzlich von dem gemeinen Wert der Nutzung in Höhe von 5,5 % auszugehen ist, ein anderer Wert aber dann herangezogen werden kann, wenn dieser feststeht.

20 b) Die diesbezüglichen Feststellungen des FG sind widersprüchlich, sodass der BFH an diese nicht gebunden ist. Sie stellen einen materiellrechtlichen Fehler dar, der auch ohne diesbezügliche Rüge zum Wegfall der Bindungswirkung des § 118 Abs. 2 FGO führt (BFH-Urteile vom 25.06.2003, X R 72/98, BFHE 202, 514 = BStBl. II 2004, S. 403 unter II. 2. a) und vom 07.02.2013, VIII R 8/10, BFH/NV 2013, 1096 unter II. 1. b)).

21 aa) Das FG hat in seinem Urteil festgestellt, dass die Darlehenszinsen für wirtschaftlich selbstständige Personen bei einer Zinsbindung von ein bis fünf Jahren im Durchschnitt des Jahres 2016 bei 2,81 % effektiv gelegen haben. Es hat darüber hinaus festgestellt, dass das Darlehen im Streitfall nach vierjähriger Laufzeit hätte gekündigt werden können, der Kläger das Darlehen in Zusammenhang mit der Übernahme des landwirtschaftlichen Betriebs seines Vaters, also als wirtschaftlich tätige Person aufgenommen hat, die Differenz zwischen dem vereinbarten Zinssatz von 1 % und dem laut Angaben der Deutschen Bundesbank zu zahlenden Zinssatz von 2,81 % nominal 1,81 % betragen hat und der Kläger daher lediglich circa 36 % der Zinsen an seine Schwester zahlen musste, die er am freien Markt hätte bezahlen müssen.

22 bb) Trotz dieser Feststellung, dass im vorliegenden Fall ein marktüblicher Zinssatz in Höhe von 2,81 % zu zahlen gewesen wäre, kam das FG zu dem Ergebnis, dass ein niedrigerer als der in § 15 Abs. 1 BewG festgelegte Zinssatz nicht feststehe. Dies ist angesichts des von dem FG – zu Recht – angeführten Vergleichsmaßstabs des marktüblichen Zinssatzes, der bei der Gewährung oder Aufnahme eines Darlehens zu vergleichbaren Bedingungen zu entrichten gewesen wäre, widersprüchlich.

23 c) Jedenfalls im vorliegenden Fall, in dem das FG einen aus vergleichbaren Darlehen abgeleiteten marktüblichen Zinssatz festgestellt und diesen auf die persönliche Situa-

tion des Steuerpflichtigen und die im Einzelfall vereinbarten Darlehenskonditionen bezogen hat, steht ein anderer Wert im Sinne des § 15 Abs. 1 BewG fest. Für die Ermittlung des Werts der Bereicherung ist dann dieser festgestellte Wert heranzuziehen. Der in § 15 Abs. 1 BewG normierte gesetzliche Zinssatz kann in einem solchen Fall nicht herangezogen werden.

24 d) Es kommt in diesem besonderen Fall nicht darauf an, ob der festgestellte Zinssatz darauf zurückzuführen ist, dass der Steuerpflichtige diesen Zinssatz durch einschlägige Vergleichsangebote nachgewiesen hat. Dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 BewG ist nicht zu entnehmen, dass der Steuerpflichtige einen anderen Wert nachweisen muss. Anders als beispielsweise § 198 BewG, der ausdrücklich vom Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts durch den Steuerpflichtigen spricht, ordnet § 15 Abs. 1 BewG weder an, dass der Steuerpflichtige tätig werden muss, noch, dass ein Nachweis zu erfolgen hat. Vielmehr ist § 15 Abs. 1 BewG im Passiv formuliert und fordert lediglich das Feststehen eines anderen Werts.

25 e) Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu der bisherigen BFH-Rechtsprechung, insbesondere im BFH, Urteil vom 17.04.1991, II R 119/88 (BFHE 164, 130 = BStBl. II 1991, S. 586). Dort hat der BFH unter II. 2. zwar ausgeführt, dass dem Ansatz von 5,5 % im Sinne des § 15 Abs. 1 BewG ein abweichender „Marktpreis“ nicht entgegensteht. Damit ist aber lediglich gemeint, dass nicht ein allgemeiner marktüblicher Zinssatz herangezogen werden kann, bei dem nicht bekannt ist, ob die zugrundeliegenden Darlehen zu vergleichbaren Bedingungen abgeschlossen wurden wie das tatsächlich vereinbarte Darlehen. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass ein marktüblicher Zinssatz heranzuziehen ist, den das FG bei Vergleichbarkeit der dem Darlehen zugrunde liegenden Bedingungen festgestellt hat, sodass in einem solchen Fall nicht der gesetzliche Zinssatz in Höhe von 5,5 % herangezogen werden darf.

26 f) Der als Schenkung anzusehende Nutzungsvorteil des Klägers ist danach der Zinsvorteil, der mit der Differenz zwischen dem vom FG festgestellten marktüblichen Darlehenszinssatz in Höhe von 2,81 % und dem vereinbarten Zinssatz in Höhe von 1 % anzusetzen ist und somit 1,81 % beträgt. Unerheblich ist danach, ob sich aus dem Abzinsungsausschluss nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG ein anderer Zinssatz ergeben kann oder der gesetzliche Zinssatz in Höhe von 5,5 % nach § 15 Abs. 1 BewG verfassungswidrig ist.

27 4. Die Sache ist spruchreif. Der BFH kann aufgrund der Feststellungen des FG den Wert der freigebigen Zuwendung und die festzusetzende Schenkungsteuer selbst berechnen. Die Schenkungsteuer wird auf 59.140 € festgesetzt.

28 Für die Ermittlung der schenkungsteuerrechtlichen Bereicherung ist nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 13 Abs. 1 BewG von einem Jahreswert des Nutzungsvorteils in Höhe von 1,81 % der Darlehenssumme i. H. v. 1.875.768,05 € auszugehen, also einem Jahreswert i. H. v. 33.951,40 €. Dieser ist gemäß § 13 Abs. 2 BewG mit dem Faktor 9,3 zu multiplizieren, sodass sich ein Wert der Bereicherung

für die freigebige Zuwendung i. H. v. 315.748,02 € ergibt. Von dem Steuerwert der freigebigen Zuwendung i. H. v. 315.748 € ist der Freibetrag für einen Erwerb zwischen Schwester und Bruder nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 15 Abs. 1 Steuerklasse II Nr. 2 ErbStG i. H. v. 20.000 € in Abzug zu bringen, sodass sich ein steuerpflichtiger Erwerb i. H. v. 295.748 € ergibt. Dieser ist gemäß § 10 Abs. 1 Satz 6 ErbStG auf volle 100 € nach unten abzurunden. Der in Ansatz zu bringende steuerpflichtige Erwerb beträgt daher 295.700 €. Der anzuwendende Steuersatz in Steuerklasse II beläuft sich gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG bei einem Erwerb bis einschließlich 300.000 € auf 20 %. Die festzusetzende Schenksteuer beträgt daher 59.140 €.

(...)

23. Zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Verlängerung eines Erbbaurechts

BFH, Urteil vom 10.07.2024, II R 3/22 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 30.09.2020, 5 K 235/19)

BewG § 12 Abs. 3, § 13 Abs. 1 und 3
GrEStG § 8 Abs. 1

LEITSATZ:

Wird ein Erbbaurecht vor Ablauf der Laufzeit gegen Vereinbarung eines Erbbauzinses verlängert, ist Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer der kapitalisierte Erbbauzins für den Verlängerungszeitraum. Eine Abzinsung des Kapitalwerts auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung über die Verlängerung des Erbbaurechts ist nicht vorzunehmen.

24. Forderungsverzicht zwischen Gesellschaftern einer GmbH als freigebige Zuwendung

BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.06.2020, 7 K 2351/17)

ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 8 Satz 1

LEITSATZ:

Haben Gesellschafter einer GmbH wirksam vereinbart, dass Leistungen in die Kapitalrücklage gesellschafterbezogen zugeordnet werden, wird jedoch die Kapitalrücklage im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung abweichend hiervon allen Gesellschaftern entsprechend ihren Beteiligungsquoten zugerechnet, kann der Verzicht auf einen angemessenen Wertausgleich durch den Gesellschafter, der die Leistungen erbracht hat, eine freigebige Zuwendung zugunsten der Mitgesellschafter darstellen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger), sein Vater (V) und sein Bruder (B) schlossen am 27.06.2006 einen notariell beurkundeten Vertrag über die Errichtung einer GmbH. Gegenstand des Unternehmens war der Erwerb, die Verwaltung, Nutzung und Verwertung eigenen Vermögens sowie die Beteiligung an anderen Unternehmen. Jeder Gesellschafter war zu einem Drittel am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Das Stammkapital i. H. v. 27.000 € brachten die Gesellschafter durch Bareinlagen in Höhe von jeweils 9.000 € auf.

2 Nach § 9 Nr. 2 der Satzung stand der auszuschüttende Gewinn den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital zu, sofern nicht eine andere Gewinnverteilung unter Zustimmung jedes benachteiligten Gesellschafters beschlossen wurde. Entsprechendes galt für die Zuweisung und Auflösung der Kapitalrücklagen. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung wurden grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst und konnten nur innerhalb einer Frist von einem Monat ab Beschlussfassung angefochten werden. Änderungen der Satzung sowie Nebenabreden bedurften der notariellen Beurkundung.

3 Am 01.07.2006 fassten die Gesellschafter unter Verzicht auf alle Frist- und Formvorschriften folgenden Beschluss:

„Die Gesellschaft soll bislang im Privatvermögen der Gesellschafter gehaltenes Kapitalvermögen zusammenfassen und einheitlich anlegen. Die Gesellschafter werden zu diesem Zwecke aus ihrem Privatvermögen Geld- und Wertpapiervermögen einbringen, ggfs. auch andere Vermögenswerte. Die zur Nutzung eingebrachten Vermögenswerte werden vereinbarungsgemäß den Kapitalrücklagen zugeführt, daneben werden für jeden Gesellschafter Verrechnungskonten geführt, auf die die Gewinnanteile der Gesellschafter, Entnahmen aus den Kapitalrücklagen und Einlagen zunächst verbucht werden. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, dass jeder Gesellschafter über seinen Teil der Rücklagen frei verfügen kann und insbesondere bei disquotalen Einlagen jeder Gesellschafter Rechtsinhaber und Eigentümer seines Anteils der Kapitalrücklagen bleibt, die Kapitalrücklagen also nicht im Verhältnis der Beteiligungen zu je 1/3 den Gesellschaftern zugerechnet werden.“

4 Im Zeitraum zwischen Juli 2006 und Januar 2010 erbrachte V mehrere Bar- und Sachleistungen an die GmbH, die zunächst teilweise auf dem Gesellschafter-Verrechnungskonto verbucht, jedoch später aufgrund entsprechender Gesellschafterbeschlüsse, die jeweils von zwei Gesellschaftern unterzeichnet waren, in die Kapitalrücklage der GmbH als „Kapitalrücklage V“ umgebucht wurden. Auf diese Weise wurde der Kapitalrücklage der GmbH insgesamt ein Betrag in Höhe von 4,95 Mio. € zugeführt.

5 Mit notariellem Vertrag vom 15.11.2012 beschlossen die Gesellschafter der GmbH, das Stammkapital von 27.000 € auf 554.500 € zu erhöhen. Zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile in Höhe von jeweils 263.750 € wurden nur

der Kläger und B zugelassen. Die Kapitalerhöhung erfolgte in der Weise, dass der Kläger und B im Wege der Sacheinlage Beteiligungen an anderen Gesellschaften in die GmbH einbrachten, die ihnen V mit notariellem Vertrag vom 24.10.2012 unentgeltlich übertragen hatte. Der Buchwert der eingebrachten Beteiligungen betrug zum Einbringungsstichtag 01.11.2012 jeweils 2.352.428,51 €. Die Differenz zu den von dem Kläger und B übernommenen Kapitalerhöhungsgeschäftsanteilen in Höhe von jeweils 2.088.678,51 € wurde als sonstige Zuzahlung in die Kapitalrücklage der GmbH eingestellt.

6 Infolge der Kapitalerhöhung verringerte sich die Beteiligung des V am Gesellschaftsvermögen der GmbH von 33,33 % auf 1,623084 % (9.000 €/554.500 €) und erhöhten sich die Beteiligungen des Klägers und die des B von jeweils 33,33 % auf 49,188458 % (272.750 €/554.500 €). Im Gegenzug für den Verzicht des V auf die Teilnahme an der Kapitalerhöhung trafen die Beteiligten in dem notariellen Vertrag vom 15.11.2012 eine Ausgleichsvereinbarung, in der sie unter anderem festlegten, dass die Veränderung der Kapitalbeteiligungen auch zu einer Veränderung der Ansprüche der Gesellschafter an und auf die Kapitalrücklage, welche bei der Gesellschaft besteht, führt. Bei der Bestimmung des bei V eingetretenen Wertverlusts rechneten sie die Kapitalrücklage der GmbH (vor Kapitalerhöhung) in Höhe von 4,95 Mio. € den Gesellschaftern in Höhe von jeweils einem Drittel zu. Nach Durchführung der Kapitalerhöhung betrug der Anteil des V an der Kapitalrücklage 148.144,66 € und die Anteile des Klägers und des B jeweils 4.489.606,18 €. Nach dieser Berechnung, die die Urkundsbeteiligten als „verbindlich“ anerkannten, ergab sich für V eine Wertminderung in Bezug auf seine Beteiligung an der GmbH i. H. v. 1.063.061,26 €. Zum Ausgleich dieses Verlusts verpflichteten sich der Kläger und B im notariellen Vertrag vom 15.11.2012 zu lebenslänglichen Zahlungen an V in Höhe von monatlich 14.500 €. Bei Vorversterben des V sollten diese Zahlungen an seine Ehefrau, die Mutter des Klägers und des B erfolgen, allerdings nur in Höhe von 75 %. Die als „Wertverlustvereinbarung (V)“ bezeichnete Berechnung wurde von allen Gesellschaftern unterzeichnet und als Anlage zur notariellen Urkunde vom 15.11.2012 genommen.

7 Der Beklagte und Revisionskläger (FA) sah den Wertverlust des V durch die Ausgleichsvereinbarung vom 15.11.2012 als nicht vollständig ausgeglichen an und erblickte darin eine gemischte Schenkung von V an den Kläger und B. Das FA war der Ansicht, die Kapitalrücklage der GmbH sei für Zwecke der Berechnung des Wertverlusts nicht jedem der Gesellschafter zu einem Drittel, sondern allein dem V zuzurechnen, und stellte daher dem Wert der Rücklage vor Kapitalerhöhung i. H. v. 3.566.239 € den Wert der Rücklage nach Kapitalerhöhung i. H. v. 125.685 € und den vereinbarten Wertausgleich von 1.063.061 € gegenüber. In Höhe des Differenzbetrags ging es von einer hälftigen Bereicherung des Klägers und des B in Höhe von jeweils 1.188.746 € aus und setzte mit Bescheid vom 23.5.2016 Schenkungsteuer i. H. v. 156.768 € fest.

8 Gegen den Bescheid legte der Kläger Einspruch ein. Er machte geltend, das FA habe nicht berücksichtigt, dass der

Kläger und B ihre Beteiligungen zum Buchwert in die GmbH eingebracht hätten.

9 Mit Einspruchsentscheidung vom 10.08.2017 setzte das FA die Schenkungsteuer auf 151.125 € herab und wies den Einspruch im Übrigen als unbegründet zurück, da es auch unter Berücksichtigung der gemeinen Werte der eingebrachten Beteiligungen zu einer Vermögensminderung bei V gekommen sei. Das FA berechnete die hälftige Bereicherung des Klägers nunmehr mit 1.159.058 €, indem es dem Wert der Kapitalrücklage vor Kapitalerhöhung i. H. v. 3.566.239 € zuzüglich der Einlage des V i. H. v. 9.000 € seiner Beteiligung in Höhe von 1,623084 % am gemeinen Wert des Gesellschaftsvermögens in Höhe 11.956.371 € sowie den vereinbarten Wertausgleich von 1.063.061 € gegenüberstellte.

10 Mit Urteil vom 24.06.2020, 7 K 2351/17 gab das FG der Klage des Klägers statt und hob den Bescheid vom 23.05.2016 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 10.08.2017 auf.

11 Das FG war der Auffassung, das FA sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass V seinen Mitgesellschaftern eine Zuwendung gemacht habe. Diese Ansicht verkenne, dass die Aufstockung der Kapitalrücklage auf disquotalen Einlagen des V beruhe, die nach der im Einlagezeitpunkt geltenden Rechtslage nicht der Schenkungsteuer unterlegen hätten. Die Formulierung in den Gesellschafterbeschlüssen, dass der jeweilige Kapitalbetrag in die Kapitalrücklage des Unternehmens umgebucht werde als Kapitalrücklage des V ändere nichts daran, dass V im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung nur zu einem Drittel an der von ihm aufgebrachten Kapitalrücklage beteiligt gewesen sei. Die geleistete Einlage stelle Eigenkapital der GmbH dar, das allein der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftern zustehe.

12 Mit der gegen das FG-Urteil erhobenen Revision macht das FA die Verletzung materiellen Bundesrechts geltend.

13 Das FG habe sich nicht hinreichend mit den rechtlichen Auswirkungen des Gesellschafterbeschlusses vom 01.07.2006 auseinandergesetzt, wonach bei disquotalen Einlagen jeder Gesellschafter Rechteinhaber und Eigentümer seines Anteils an der Kapitalrücklage bleibe. Dementsprechend hätte die Kapitalrücklage nicht den Gesellschaftern in Höhe ihrer jeweiligen Beteiligungsquoten, sondern allein dem V zugerechnet werden dürfen. Das FG habe nicht beachtet, dass der Vorgang der Einlageleistung als solcher nicht besteuert worden sei. Zu einer freigebigen Zuwendung des V im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern sei es erst durch den im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung erfolgten Verzicht des V auf seine Ansprüche hinsichtlich seines Anteils an der Kapitalrücklage gekommen.

14 Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

15 Der Kläger beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

16 Er macht unter anderem geltend, der Gesellschafterbeschluss vom 01.07.2006 habe im Außenverhältnis keine Wirkung entfalten können. Eine Verbuchung der disquotalen Einlagen des V auf einem gesellschafterbezogenen Kapitalrücklagenkonto sei nicht erfolgt, da nur ein Kapitalrücklagenkonto der Gesellschaft bestanden habe. Mangels individueller Rücklagenzuordnung könne V keinen Anspruch gegen die GmbH auf Auskehrung „seiner“ Kapitalrücklage gehabt haben. Das FA gehe auch zu Unrecht von einem subjektiven Schenkungswillen des V gegenüber seinen Söhnen aus. Dies zeige sich bereits daran, dass die Beteiligten im notariellen Vertrag vom 15.11.2012 eine Ausgleichsvereinbarung getroffen hätten. V habe die Berechnung des Ausgleichsanspruchs durch seinen steuerlichen Berater in Auftrag gegeben, um eine Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung zu gewährleisten. Er habe davon ausgehen können, dass der aus der geänderten Beteiligungsquote resultierende Wertverlust angemessen berücksichtigt worden sei.

17 Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass der Forderungsverzicht des V im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der GmbH nicht den Tatbestand der freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt. Das FA hat die Schenkungsteuer auch der Höhe nach zutreffend festgesetzt.

18 1. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Ob der Bedachte bereichert ist, bestimmt sich ausschließlich nach der Zivilrechtslage (Urteil des BFH vom 27.08.2014, II R 43/12, BFHE 246, 506 = BStBl. II 2015, S. 241 Rdnr. 37, 45). Als Bereicherung kommt dabei grundsätzlich jede Vermögensmehrung sowie jede Minderung von Schulden oder Belastungen beim Bedachten in Betracht (BFH, Urteil vom 17.03.2004, II R 3/01, BFHE 204, 311 = BStBl. II 2004, S. 429 unter II. 1.). Auch ein Forderungsverzicht kann Gegenstand einer freigebigen Zuwendung sein (BFH-Urteile vom 30.08.2017, II R 46/15, BFHE 259, 370 = BStBl. II 2019, S. 38 Rdnr. 28 f. und vom 16.09.2020, II R 33/19, BFH/NV 2021, 317 Rdnr. 23).

19 2. Danach hat das FG das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu Unrecht mit der Begründung verneint, der Verzicht des V auf einen vollen Wertausgleich für seine Kapitalzuführungen führe nicht zu einer Bereicherung seiner Mitgesellschafter, weil die Kapitalrücklage jedem der Gesellschafter in Höhe ihrer Beteiligungsquoten zugestanden habe.

20 a) Das FG hat verkannt, dass eine von den Beteiligungsquoten abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage zivilrechtlich zulässig und grundsätzlich auch steuerrechtlich anzuerkennen ist.

21 aa) Die Kapitalrücklage ist zwar Bestandteil des Eigenkapitals der Gesellschaft; dieses steht allein der Gesellschaft und nicht dem Gesellschafter zu (vgl. BFH, Urteil vom 20.07.2018, IX R 5/15, BFHE 262, 135 = BStBl. II 2019, S. 194

Rdnr. 22 m. w. N.). Insbesondere erwirbt der Gesellschafter im Fall einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen nicht ein selbstständiges Wirtschaftsgut „Beteiligung an der Kapitalrücklage“. Die Einzahlung in die Kapitalrücklage ist vielmehr in rechtlicher Hinsicht aufzuspalten in die Zuführung von Kapital zum Vermögen der Gesellschaft (Einlage) und die anschließende Einstellung des zugeführten Betrags in die Kapitalrücklage. Nur Erstere betrifft das Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft; die spätere Einstellung in die Rücklage ist ein rein gesellschaftsinterner Vorgang, der die Stellung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft nicht berührt. Deshalb entsteht auch bei Zuführung des Kapitals zu einer Kapitalrücklage nicht eine Berechtigung des Gesellschafters speziell in Bezug auf diese Rücklage, sondern die Einlage verstärkt lediglich die aus der Beteiligung erwachsende Gesellschafterstellung (BFH, Urteil vom 27.04.2000, I R 58/99, BFHE 192, 428 = BStBl. II 2001, S. 168 unter III. 5. b)).

22 bb) Die Zuordnung der Kapitalrücklage zum Eigenkapital der Gesellschaft schließt es nach allgemeiner Auffassung im Schrifttum jedoch nicht aus, dass Leistungen eines Gesellschafters in die Kapitalrücklage in entsprechender Anwendung von § 29 Abs. 3 Satz 2, § 72 Satz 2 GmbHG in der Weise gesellschafterbezogen zugeordnet werden können, dass etwa im Fall der Liquidation oder der Auflösung der Kapitalrücklage die geleisteten Beträge nur den Gesellschaftern zustehen sollen, die die Leistung ursprünglich erbracht haben, sodass die übrigen Gesellschafter nicht über ihre Beteiligung von der eingelegten Leistung profitieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage nach der Satzung der GmbH möglich ist und die Gesellschafter wirksam einen entsprechenden Beschluss fassen (vgl. zum Beispiel *Priester*, DStR 2001, 795, 797; *Blumers/Beinert/Witt*, DStR 2002, 616, 617 f.; *Schulze/Osterloh*, BB 2018, 427, 428; *Kotzenberg/Riedel*, DB 2019, 2655, 2656; *Ott*, DStR 2021, 897, 899; *Karsten Schmidt/Scheller* in Scholz, GmbHG, 12./13. Aufl., § 72 Rdnr. 2a; vgl. auch BFH, Urteil vom 28.09.2021, VIII R 25/19, BFHE 274, 457 Rdnr. 14). Liegen diese Voraussetzungen vor, ist eine zivilrechtlich wirksam zustande gekommene gesellschafterbezogene Zuordnung der Kapitalrücklage grundsätzlich auch in steuerrechtlicher Hinsicht anzuerkennen (so auch R E 7.5 Abs. 11 Satz 14 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019).

23 b) Eine gesellschaftsrechtlich zulässige und auch in steuerrechtlicher Hinsicht anzuerkennende Vereinbarung entsprechender disquotaler Rückzahlungsansprüche in Bezug auf die Kapitalrücklage kann dazu führen, dass ein späterer Verzicht auf eine derartige Forderung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander einen schenkungsteuerbaren Vorgang nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auslöst. Das FG ist hingegen von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Denn aus der Prämisse, die disquotale Einlage stelle Eigenkapital der Gesellschaft dar und stehe nicht den Gesellschaftern zu, hat es unzutreffend geschlussfolgert, dass die Kapitalrücklage den Gesellschaftern stets nur in Höhe ihrer Beteiligungsquoten zuzurechnen ist und der Verzicht auf disquotale Rückzahlungsansprüche, die auf einem Gesellschafterbeschluss beruhen, nicht zu einem schen-



kungsteuerbaren Vorgang führen kann. Das Urteil des FG war daher aufzuheben.

24 3. Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist abzuweisen. Der angefochtene Schenkungsteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 10.08.2017 ist rechtmäßig. Die Gesellschafter der GmbH haben wirksam eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage zugunsten des V beschlossen (hierzu unter II. 3. a)). Daher hat V, indem er im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der GmbH auf einen vollen Ausgleich der von ihm aufgebrauchten Kapitalrücklage verzichtet hat, eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG im Verhältnis zu dem Kläger bewirkt (hierzu unter II. 3. b)). Das FA hat auch die Höhe der Schenkungsteuer zutreffend festgesetzt (hierzu unter II. 3. c)).

25 a) Die Gesellschafter der GmbH haben wirksam eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage zugunsten des V beschlossen.

26 aa) Die Gesellschafter der GmbH haben mit Beschluss vom 01.07.2006 bestimmt, dass „insbesondere bei disquotalen Einlagen jeder Gesellschafter Rechtsinhaber und Eigentümer seines Anteils der Kapitalrücklagen bleibt, die Kapitalrücklagen also nicht im Verhältnis der Beteiligungen zu je 1/3 den Gesellschaftern zugerechnet werden“. Dieser Beschluss stand im Einklang mit der in § 9 Nr. 2 der Satzung enthaltenen Öffnungsklausel, die den Gesellschaftern ausdrücklich die Befugnis einräumte, eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Regelung in Bezug auf die „Zuweisung und Auflösung von Kapitalrücklagen“ zu treffen. Der Beschluss vom 01.07.2006 beruhte danach auf einer satzungsmäßigen Grundlage, sodass er ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung nach § 53 Abs. 3 Satz 1 GmbHG erforderlichen notariellen Beurkundung wirksam war (vgl. Urteil des BGH vom 02.07.2019, II ZR 406/17, DB 2019, 1783 Rdnr. 57; vgl. auch *Lawall*, DStR 1996, 1169; MünchKomm-GmbHG/*Harbarth*, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 47; *Priester/Tebben* in Scholz, GmbHG, § 53 Rdnr. 27a; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl., § 53 Rdnr. 33).

27 Der Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses vom 01.07.2006 steht auch nicht entgegen, dass § 19 der Satzung vorsah, dass nicht nur Satzungsänderungen, sondern auch Nebenabreden der notariellen Beurkundung bedurften. Denn im Unterschied zu den gesetzlichen Beurkundungspflichten führt die Verletzung einer nur durch Satzung aufgestellten Beurkundungsvorschrift nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses (BGH, Urteil vom 16.07.2024, II ZR 71/23, DB 2024, 1875 Rdnr. 37; vgl. auch *Noack* in *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Aufl., Anhang nach § 47 Rdnr. 49; *Schmidt/Nachtwey* in *Prinz/Winkeljohann*, Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 174). Haben aber – wie hier – sämtliche Gesellschafter zugestimmt, kann der Beschluss von keinem der Gesellschafter angefochten werden, denn die Zustimmung aller Gesellschafter führt für jeden Gesellschafter zum Verlust der Anfechtungsberechtigung (BFH, Urteil vom 28.09.2022, VIII R 20/20, BFHE 278, 231 Rdnr. 31; *Lawall*, DStR 1996, 1169, 1174; MünchKomm-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rdnr. 53; *Priester/Tebben* in Scholz, GmbHG, § 53

Rdnr. 30a; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 53 Rdnr. 30). Der einstimmige und nicht anfechtbare Beschluss vom 01.07.2006 über die disquotale Zuweisung der Kapitalrücklage war damit zivilrechtlich wirksam und bindend. Er ist mangels entgegenstehender Gründe auch in steuerrechtlicher Hinsicht anzuerkennen.

28 bb) Die disquotale Zurechnung der Kapitalrücklage ging auch nicht deswegen ins Leere, weil es, wie der Kläger geltend macht, von vornherein an einer wirksamen Beschlussfassung der Gesellschafter über die Einstellung der Leistungen des V in die Kapitalrücklage der GmbH gefehlt habe. Ausweislich der im Jahr 2007 gefassten Gesellschafterbeschlüsse wurden die zunächst auf dem Gesellschafter-Verrechnungskonto des V bestehenden Verbindlichkeiten in die Kapitalrücklage der GmbH als „Kapitalrücklage V“ umgebucht. Diese Beschlüsse wurden satzungsgemäß von der Mehrheit der Gesellschafter gefasst und waren daher wirksam. Sie waren auch deswegen bindend, weil sie durch den an der Beschlussfassung nicht teilnehmenden Gesellschafter nicht angefochten wurden.

29 b) Durch den Verzicht auf einen vollen Ausgleich des von ihm aufgebrauchten Betrags der Kapitalrücklage im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung bei der GmbH hat V eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an den Kläger bewirkt.

30 aa) Die objektive Bereicherung des Klägers liegt darin, dass er aufgrund des Forderungsverzichts des V die bei diesem aufgrund der Kapitalerhöhung entstandene Wertminderung seines Anteils nicht vollständig ausgleichen musste. Obwohl die Kapitalrücklage nach dem Gesellschafterbeschluss vom 01.07.2006 allein dem V zustand, wurde sie in der Wertverlustberechnung vom 15.11.2012 allen Gesellschaftern in Höhe ihrer jeweiligen Beteiligungsquote zugerechnet. Sie wurde damit trotz abweichender Beschlussfassung auch auf den Kläger und B verteilt, ohne dass diese hierfür einen entsprechenden Ausgleich zu leisten hatten. Hierin liegt ein vermögenswerter Vorteil, um den der Kläger und B bereichert worden sind.

31 bb) Der Kläger ist auch, wie es § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfordert, auf Kosten des V bereichert worden. Denn soweit V auf einen vollen Ausgleich der bei ihm eingetretenen Wertminderung verzichtet hat, ist bei ihm eine entsprechende Vermögensminderung eingetreten. Entgegen dem Vorbringen des Klägers in der mündlichen Verhandlung war diese Vermögensminderung nicht nur rein vorläufiger Natur. In der notariellen Urkunde vom 15.11.2012 wurde festgelegt, dass „die Veränderung der Kapitalbeteiligung (...) auch zu einer Veränderung der Ansprüche der Gesellschafter an und auf die Kapitalrücklage“ führt. Zugleich erkannten sämtliche Gesellschafter die Wertverlustberechnung als „verbindlich“ an. Diese getroffenen Vereinbarungen können nicht anders verstanden werden, als dass V auf einen vollen Ausgleich der bei ihm entstandenen Wertminderung endgültig verzichtet hat.

32 cc) Auch das subjektive Erfordernis einer freigebigen Zuwendung, nämlich der Wille des V zur Freigebigkeit, ist erfüllt.

33 (1) Hierfür genügt es, wenn sich der Zuwendende der (Teil-)Unentgeltlichkeit seiner Leistung bewusst ist. Bei Unausgewogenheit gegenseitiger Verträge reicht regelmäßig das Bewusstsein des einseitig benachteiligten Vertragspartners über den Mehrwert seiner Leistung aus; auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschieds kommt es hingegen nicht an. Die Kenntnis des Zuwendenden hinsichtlich der Umstände, aus denen sich die objektive Bereicherung des Zuwendungsempfängers ergibt, ist dabei regelmäßig prima facie zu unterstellen. Ein auf die Bereicherung des Empfängers gerichteter Wille im Sinne einer Bereicherungsabsicht ist nicht erforderlich (BFH-Urteile vom 29.10.1997, II R 60/94, BFHE 183, 253 = BStBl. II 1997, S. 832 und vom 12.07.2005, II R 8/04, BFHE 210, 474 = BStBl. II 2005, S. 845).

34 (2) Danach liegt der subjektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung vor. Dem V war bekannt, dass bei der Bestimmung der vom Kläger zu erbringenden Ausgleichsleistung die Kapitalrücklage der GmbH den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer quotalen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zugerechnet worden war, obwohl die Gesellschafter mit Beschluss vom 01.07.2006 bindend festgelegt hatten, dass jeder Gesellschafter Rechtsinhaber und Eigentümer seines Anteils der Kapitalrücklage bleibt, die Kapitalrücklage also nicht im Verhältnis der Beteiligungen sämtlichen Gesellschaftern zugerechnet werden sollte. Die Wertverlustberechnung, in der die Kapitalrücklage entsprechend den Beteiligungsquoten aufgeteilt wurde, wurde auch von V unterzeichnet und als Anlage zur notariellen Urkunde vom 15.11.2012 genommen. Damit war dem V im Zusammenhang mit der Durchführung der Kapitalerhöhung bewusst, dass die vom Kläger und B an ihn zu leistende Ausgleichszahlung den entstandenen Wertverlust nur teilweise ausgleichen würde. Das reicht für die Annahme des Bewusstseins der (Teil-)Unentgeltlichkeit aus, ohne dass es darauf ankommt, welche konkreten Motive für die Zuwendung des V im Vordergrund standen.

35 dd) Der Annahme einer freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aufgrund des Forderungsverzichts des V steht schließlich nicht entgegen, dass die Aufstockung der Kapitalrücklage der GmbH auf disquotalen Einlagen beruht, die nach der im Zeitpunkt der Einlageleistung maßgebenden Rechtslage nicht der Besteuerung nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG unterlagen (vgl. § 37 Abs. 7 Satz 1 ErbStG). Denn Gegenstand des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids sind nicht die Einlageleistungen des V, sondern dessen Verzicht auf einen vollen Ausgleich der von ihm aufgebrauchten Kapitalrücklage.

36 c) Das FA hat auch die Höhe der Schenkungsteuer zutreffend festgesetzt. Insbesondere ist das FA in der Einspruchsentscheidung vom 10.08.2017 zu Recht von einer Bereicherung des Klägers i. H. v. 1.159.058 € ausgegangen.

37 Nach den Feststellungen des FG, die der Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen hat und deshalb für den Senat bindend sind (§ 118 Abs. 2 FGO), war V nach der Kapitalerhöhung mit einem Anteil von 1,623084 % am Gesellschaftsvermögen der GmbH beteiligt. Der Wert seiner Beteiligung an dem vom FG festgestellten gemeinen Wert

des Betriebsvermögens i. H. v. 11.956.371 € betrug daher 194.062 €. Vor der Kapitalerhöhung belief sich der Wert seiner Beteiligung auf 3.575.239 €, da von dem vom FG festgestellten gemeinen Wert des Betriebsvermögens i. H. v. 3.593.239 € die Bareinlagen des Klägers und B i. H. v. 18.000 € unstreitig abzuziehen waren. Die Kapitalerhöhung führte daher zu einem Wertverlust bei V i. H. v. 3.381.177 €. Die in der Wertverlustberechnung vom 15.11.2012 ermittelte Ausgleichszahlung i. H. v. 1.063.061 € glich diesen Wertverlust nur teilweise aus. Den Differenzbetrag i. H. v. 2.318.116 € hat das FA zu Recht jeweils zur Hälfte beim Kläger und bei B als Bereicherung angesetzt, weil sie jeweils in dieser Höhe durch den Forderungsverzicht des V von ihrer Ausgleichsverpflichtung befreit wurden. Die weiteren Berechnungsgrundlagen der angefochtenen Schenkungsteuerfestsetzung stehen zwischen den Beteiligten nicht in Streit, sodass der Senat insoweit von weiteren Ausführungen absieht.

(...)

ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Prof. Dr. **Matthias Loose**, München

Auf gesellschaftsrechtlichen Vorgängen wie zum Beispiel Kapitalerhöhungen, Anteilsübertragungen oder Anteilseinziehungen liegt naturgemäß der Fokus der rechtlichen Beratung beim Gesellschaftsrecht und der Fokus der steuerrechtlichen Beratung beim Ertragsteuerrecht. Nicht selten wird dabei übersehen, dass die Vorgänge auch schenkungsteuerbare Tatbestände auslösen können. In dem vom BFH entschiedenen Streitfall ging es um Vereinbarungen im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung bei einer aus dem Vater und seinen Söhnen bestehenden Familien-Holding. Das Vermögen der Gesellschaft hatte der Vater über Jahre hinweg durch Einlagen in die freie Kapitalrücklage der Gesellschaft erhöht.

1. Einleitung

Freigebige Zuwendungen unterliegen nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Schenkungsteuer. Dabei handelt es sich um den Grundtatbestand. Er erfordert eine objektive Bereicherung des Erwerbers auf Kosten des Zuwendenden, die von einem subjektiven Zuwendungswillen getragen wird. Schenkungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften können zwar grundsätzlich diesen Tatbestand erfüllen. Für unentgeltliche oder teilentgeltliche Leistungen von Gesellschaftern an ihre Gesellschaft gilt dies jedoch nicht, denn sie beruhen stets auf dem Gesellschaftsverhältnis und nicht auf einer freigebigen Zuwendung.¹ Gleichwohl können solche Leistungen als freigebige Zuwendungen unter den Gesellschaftern beurteilt werden. Nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG gilt als Schenkung auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder

¹ BFH, Urteil vom 30.01.2013, II R 6/12, BFHE 240, 178 = BStBl. II 2013, S. 930; R E 7.5 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2019.

Stiftung (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt. Der Gesetzgeber hatte dabei insbesondere sog. disquotale Einlagen eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen vor Augen, aufgrund derer die Anteile der anderen Gesellschafter (mittelbar) eine Werterhöhung erfahren.² Um eine Besteuerung nach § 7 Abs. 8 ErbStG zu verhindern, vereinbaren Gesellschafter nicht selten, dass Einlagen eines Gesellschafters in die freie Kapitalrücklage der Gesellschaft, die mittelbar auch den anderen Gesellschaftern über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen zustehen, intern (weiterhin) allein dem einlegenden Gesellschafter zustehen sollen. In dem Fall ist im Zeitpunkt der Einlage § 7 Abs. 8 ErbStG nicht erfüllt. Wird jedoch später – z.B. im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung – das Vermögen abweichend von der vorherigen gesellschaftsrechtlichen Regelung allen Gesellschaftern im Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung zugerechnet, kann wiederum der Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt sein. So war es nach Auffassung des BFH in dem Sachverhalt, der dem Revisionsverfahren II R 40/21 zugrunde lag.

2. Gesellschaftsrechtliche Beurteilung disquotaler Einlagen

Zunächst musste die entscheidende (gesellschaftsrechtliche) Vorfrage beantwortet werden, ob dem Vater aufgrund seiner über Jahre hinweg vorgenommenen sog. disquotalen Einlagen in die GmbH ein höherer Anteil am Gesellschaftsvermögen zustand, als ihn sein Gesellschaftsanteil repräsentierte. Nur so hätte er später im Rahmen der durchgeführten Kapitalerhöhung darauf verzichten können. Das FG hatte dies noch verneint. Der BFH sah dies anders. Seiner Ansicht nach ist eine von den Beteiligungsquoten abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage zivilrechtlich zulässig und grundsätzlich auch steuerrechtlich anzuerkennen. Die Kapitalrücklage ist zwar Bestandteil des Eigenkapitals der Gesellschaft und steht allein der Gesellschaft und nicht einzelnen Gesellschaftern zu.³ Das schließe es aber nicht aus, dass Leistungen eines Gesellschafters in die Kapitalrücklage abweichend von dieser Regel intern gesellschafterbezogen zugeordnet werden können. Dies gilt nach Auffassung des BFH jedenfalls dann, wenn eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage nach der Satzung der GmbH möglich ist und die Gesellschafter einen entsprechenden (wirksamen) Gesellschafterbeschluss fassen.⁴

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist eine zivilrechtlich wirksam zustande gekommene gesellschafterbezogene Zuordnung der Kapitalrücklage nach Ansicht der Finanzverwaltung grundsätzlich auch in steuerrechtlicher Hin-

sicht anzuerkennen.⁵ Das ist insoweit von praktischer Bedeutung, weil die Gesellschafter bei disquotalen Einlagen in die Kapitalrücklagen in der Regel den Tatbestand des § 7 Abs. 8 ErbStG erfüllen, vorausgesetzt, dass die Einlage auch zu einer Werterhöhung der Anteile der übrigen Gesellschafter führt.⁶ Die Finanzverwaltung nimmt also die Fälle aus dem Anwendungsbereich heraus, in denen die Gesellschafter untereinander eine andere Zuordnung vereinbaren.

3. Verzicht auf Ausgleich im Zusammenhang mit Kapitalerhöhung

Findet die (abweichende) Zuordnung der Kapitalrücklage bei weiteren gesellschaftsrechtlichen Vorgängen keine Berücksichtigung, kann ein anderer Tatbestand, nämlich § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, erfüllt sein. Im Revisionsfall war die Kapitalrücklage der GmbH den Gesellschaftern bei der umgesetzten Kapitalerhöhung im Verhältnis ihrer quotalen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zugerechnet worden. Das widersprach dem Gesellschafterbeschluss, wonach jeder Gesellschafter Rechtsinhaber und Eigentümer seines Anteils an der Kapitalrücklage bleiben sollte. Die bis dato allein vom Vater aufgrund seiner Einlagen aufgefüllte Kapitalrücklage der Gesellschaft sollte also intern gerade nicht im Verhältnis der Beteiligungen allen Gesellschaftern zugerechnet werden. Dem Vater stand demnach ein höherer Anteil an der Kapitalrücklage zu, als über seinen Gesellschaftsanteil repräsentiert wurde. Dies hätte bei der später durchgeführten Kapitalerhöhung berücksichtigt werden müssen.

Der Verzicht des Vaters auf vollen Ausgleich des von ihm allein aufgebrachten Anteils an der Kapitalrücklage im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung wurde vom BFH als freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bewertet. Die objektive Bereicherung der Söhne lag darin begründet, dass sie die aufgrund der Kapitalerhöhung entstandene Wertminderung des Anteils des Vaters nicht vollständig ausgleichen mussten. Obwohl die Kapitalrücklage nach dem zuvor gefassten Gesellschafterbeschluss allein dem Vater zustand, wurde sie in der Wertverlustberechnung allen Gesellschaftern in Höhe ihrer jeweiligen Beteiligungsquote zugerechnet. Der für § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erforderliche Wille zur Freigebigkeit wurde ebenfalls bejaht. Dafür reicht es aus, wenn sich der Zuwendende der (Teil-)Unentgeltlichkeit seiner Leistung bewusst ist. Die Kenntnis des Zuwendenden hinsichtlich der Umstände, aus denen sich die objektive Bereicherung des Zuwendungsempfängers ergibt, ist dabei regelmäßig prima facie zu unterstellen. Ein auf die Bereicherung des Empfängers gerichteter Wille im Sinne einer Bereicherungsabsicht ist nicht erforderlich.⁷

2 Einzelheiten zur Rechtsentwicklung vgl. Loose, GmbHR 2013, 561; Loose in von Oertzen/Loose/Stalleiken, ErbStG, 3. Aufl. 2024, § 7 Rdnr. 563 ff.

3 BFH, Urteil vom 20.07.2018, IX R 5/15, BFHE 262, 135 = BStBl. II 2019, S. 194 Rdnr. 22 m. w. N.

4 BFH, Urteil vom 19.06.2024, II R 40/21, BB 2024, 2389 (Ls.).

5 R E 7.5 Abs. 11 Satz 14 ErbStR 2019.

6 BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 22/21, MittBayNot 2025, 81.

7 BFH, Urteil vom 12.07.2005, II R 8/04, BFHE 210, 474 = BStBl. II 2005, S. 845.

4. Zusammenfassung

Der Streitfall betrifft ausdrücklich nicht (!) den Tatbestand des § 7 Abs. 8 ErbStG, der erst mit Wirkung ab 2011 eingeführt wurde, um sog. disquotale Einlagen in eine Kapitalgesellschaft, die zu einer Werterhöhung der Anteile der (anderen) Gesellschafter führen, als Schenkungen zu erfassen. Die disquotalen Einlagen des Vaters in die Kapitalrücklage erfolgten zeitlich vor Einführung dieser Norm. Im Übrigen wurden sie jeweils durch eine entsprechend abweichende Zuordnung der Kapitalrücklage ausgeglichen. Die Anteile der Söhne haben aufgrund der Einlagen des Vaters also gar keine Werterhöhung erfahren. Erst als der Vater auf den ihm zustehenden Anteil an der Kapitalrücklage im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung verzichtete, wurde § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ausgelöst.

Die Beteiligungen, die die Söhne im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung in die GmbH eingebracht haben, waren ihnen zuvor ebenfalls vom Vater unentgeltlich

übertragen worden. Dies beruht auf eigenen, nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, steuerbaren, allerdings vermutlich nach §§ 13a, 13b ErbStG steuerbegünstigten Schenkungen, die nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens waren. Der Vater hätte die Beteiligungen auch direkt in die (Holding) GmbH gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen einbringen können. Anschließend hätte er die GmbH-Beteiligung unentgeltlich auf seine Söhne übertragen können. Für diese Übertragung hätte unter den entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls die Steuerbegünstigung der §§ 13a, 13b ErbStG gewährt werden können. Die Beteiligten werden hinreichende Gründe für den von ihnen beschrittenen Weg gehabt haben. Es wäre zu kurz gedacht, würde man die komplizierten gesellschaftsrechtlichen Vorgänge im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung allein aus schenkungsteuerlicher Sicht betrachten. Sie erfordern vielmehr eine umfassende rechtliche und steuerrechtliche Prüfung.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



Veranstaltungshinweise

Rheinisches Institut für Notarrecht der Universität Bonn

„Aufgaben und Chancen der notarrechtlichen Institute“

Donnerstag, 15.05.2025, 19 Uhr c. t.,
Bonner Juridicum, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

Referent: Prof. Dr. Peter Limmer, Würzburg

Tagungsbeitrag: kostenlos?

Kontakt/Anmeldung:

per E-Mail an notarrecht@uni-bonn.de oder per Post an
Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a,
53113 Bonn

6. Bayerischer Mediationstag

Inspirationen für ein innovatives Konfliktmanagement in Gesellschaft, Wirtschaft und Rechtspflege

Donnerstag, 21.05.2025, ab 12:30 Uhr
IHK Campus München, Forum, Orleansstraße 10-12, 81669 München

Inhalt und Ablauf:

12:30 Uhr **Registrierung/
Begrüßungsgetränke**

13:00 Uhr **Grußworte**
Georg Eisenreich, MdL, Bayerischer
Staatsminister der Justiz
Volker Schlehe, IHK München und
Oberbayern

13:30 Uhr **Einführung in Thema und Konzept**
Benjamin Lorenz, Landesnotarkammer
Barbara von Petersdorff-Campen,
Vorstand MediationsZentrale München
Anne Riethmüller, Präsidentin
RAK München
Volker Schlehe, IHK München und
Oberbayern
Dr. Hendrik Schultzy, Staatsministerium
der Justiz

14:15 Uhr **Knowledge-Café (Runde 1),**
Haus A, Einteilung in Gruppen

15:15 Uhr **Kaffeepause**

15:45 Uhr **Knowledge-Café (Runde 2),**
Haus A, Einteilung in Gruppen

17:00 Uhr

Vorstellung der Ergebnisse

Moderation *Michael Dudek*, Bayerischer
AnwaltVerband

18:00 Uhr

Imbiss und Austausch

Der **Teilnahmebeitrag** beträgt 125,00 € (inkl. USt.)
pro Person. Er wird mit der Anmeldung fällig.

Anmeldung online unter: www.bayerischermediationstag.de

Ihre Ansprechpartnerin:

Nadine Melzer, 089 5116-1628, melzer@muenchen.ihk.de

Anmeldeschluss: 07.05.2025

Teilnahmebedingungen unter ihk-muenchen.de/teilnahmebedingungen-ihk.

Knowledge-Cafés

- Wirtschaftsmediation**
Innovative Methoden – Wie bewähren sich hybride Konzepte?
Rechtsanwalt Dr. *Marcus P. Lerch*, LL.M. (Cambridge),
Wirtschaftsmediator
- Interkulturelle Konflikte**
Lösung von Konflikten zwischen Angehörigen verschiedener Kulturkreise am Arbeitsplatz
Prof. Dr. *Annette Risi*, Professur für Personalmanagement, Coach, Wirtschaftsmediatorin, TH Ingolstadt

- | | |
|--|--|
| <p>3 Vertragsrecht
Konfliktlösungsklauseln in (notariellen) Verträgen
Notar Dr. <i>Robert Walz</i>, LL.M., München</p> <p>4 Verbraucherstreitigkeiten
Mediation und Verbraucherkonflikt – Geht das zusammen?
<i>Claude Fellens</i>, Médiateur de la consommation, Luxemburg</p> <p>5 Öffentliche Verwaltung
Lösungen für die Einleitung von Mediation in Verwaltungsverfahren
Prof. Dr. <i>Roland Fritz</i>, M.A., Rechtsanwalt und Mediator</p> <p>6 Früherfahrung
Schulmediation – Wie können Kinder und Jugendliche an Mediation herangeführt werden?
Rechtsanwältin <i>Astrid Cassing</i>, Mediatorin und <i>Sandra Ponschab</i>, systemischer Coach, Mediatorin</p> <p>7 Gerichtsverfahren
Wie lassen sich Mediation und Justiz zusammenbringen?
Privatdozent Dr. <i>Martin Zwickel</i>, Maître en droit, Universität Erlangen-Nürnberg</p> | <p>8 Kosten
Braucht es Finanzierungsmodelle für Familienmediation?
Ass.-Prof. Mag. Dr. <i>Ulrike Frauenberger-Pfeiler</i>, Universität Wien</p> <p>9 Institutionalisierung
Stärkung der Mediation durch Professionalisierung und Organisation
Dr. <i>Peter Röthemeyer</i>, Jurist und Mediator</p> <p>10 Digitalisierung
Wie können KI und Legal Design beim Zugang zur Mediation und bei der Konfliktlösung helfen?
Prof. Dr. <i>Heribert Anzinger</i>, Universität Ulm</p> <p>11 Spielerische Konfliktlösung
Innovative Methoden: Gaming in der Mediation
Prof. Dr. <i>Thomas Voit</i>, Professur für Wirtschaftsinformatik, TH Nürnberg und Richterin am OLG
Dr. <i>Elke Höfelmann</i>, Güterichterin und Mediationsbeauftragte</p> |
|--|--|

Institut für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

24. Wissenschaftliches Symposium: Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht

Freitag, 06.06.2025, ab 9:15 Uhr

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

Inhalt und Ablauf:			
9:15 Uhr	Begrüßung und Einführung Dr. <i>Andreas Bernert</i> , Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI, Würzburg	11:45 Uhr	Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung bei der Personengesellschaft Prof. Dr. <i>Carsten Schäfer</i> , Universität Mannheim, Institut für Unternehmensrecht
9:30 Uhr	Aktuelle Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht Prof. Dr. <i>Walter Bayer</i> , Direktor Institut für Notarrecht Jena	12:15 Uhr	Diskussion, anschließend Mittagspause
10:00 Uhr	Reformen und Reformüberlegungen im Gesellschaftsrecht Ministerialrätin <i>Daniela Pferr</i> , Bundesministerium der Justiz, Berlin	13:30 Uhr	Die Anwachsung im Personengesellschaftsrecht Prof. Dr. <i>Barbara Grunewald</i> , Emeritierte Professorin an der Universität zu Köln
10:30 Uhr	Diskussion, anschließend Kaffeepause	14:00 Uhr	Die Liquidation der (Einheits-)GmbH & Co. KG Dr. <i>Johannes Scheller</i> , Notar in Hamburg
11:15 Uhr	Die Gesellschafterversammlung der GmbH Univ.-Prof. Dr. <i>Christoph Teichmann</i> , Universität Würzburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht	14:30 Uhr	Diskussion, anschließend Kaffeepause
		15:15 Uhr	Die Reform des Stiftungsrechts aus notarieller Sicht Dr. <i>Simon Blath</i> , Referatsleiter im Gesellschafts- und Steuerrecht, Deutsches Notarinstitut Würzburg



- 15:45 Uhr **Maßstäbe der Gestaltung von Unternehmereheverträgen**
Dr. Jonas Bühler, Notar in Neu-Ulm
- 16:15 Uhr **Diskussion und Schlusswort**
Dr. Andreas Bernert, Notar a. D.,
Geschäftsführer des DNotI Würzburg

Organisatorische Hinweise

Die Veranstaltung behandelt notarspezifische Themen. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist vorab mit der jeweiligen Aufsichtsbehörde abzustimmen. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2025“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: DE29790200760006671594.

Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis sieben Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

Teilnahmegebühren:

Frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 80 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 130 € für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; 240 € für NotRV-Mitglieder; 290 € für Nichtmitglieder.

Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225; E-Mail: notrv@dnoti.de; www.notrv.de.

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg, Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung

NotaReG-Tagung zum Recht der Dienstbarkeiten

Freitag, 27.06.2025, 12:30–18:15 Uhr,
Hörsaal 14 in der Neuen Universität, Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg

Inhalt und Ablauf:

- 12:30 Uhr **Empfang**
- 13:00 Uhr **Begrüßung und Einleitung**
Prof. Dr. Christian Baldus, Heidelberg
- 13:15 Uhr **Altes Servitutenrecht als neues Gestaltungsmittel – Entwicklungslinien im Recht der Dienstbarkeiten**
Prof. Dr. Joachim Münch, Göttingen
- 14:00 Uhr **Die Energiewende sucht neue Wege(rechte) – aktuelle Fragen zur Sicherung von Wege- und Leitungsrechten im Zusammenspiel von Dienstbarkeiten, „Konzessions“- und Gestattungsverträgen beim Ausbau und der Transformation von Elektrizitäts-, Gas-, Wärme- und Wasserstoffnetzen**
RA Christopher Siebler, EY Mannheim
- 14:45 Uhr **Diskussion und Kaffeepause**
- 15:45 Uhr **Neuere Rechtsprechung des OLG Karlsruhe – 12. Zivilsenat – zum Recht der Grunddienstbarkeiten**
RiOLG Dr. Jürgen Görtz, Karlsruhe

16:30 Uhr

Bedeutung der Bestellung von Dienstbarkeiten zur Bestimmung der eigentumsrechtlichen Zuordnung – oder: Dienstbarkeit – doch mehr als Gehen und Fahren?

Notar Dr. Jens Tersteegen, Köln

17:15 Uhr

Diskussion

17:45 Uhr

Abschlusspodium

18:15 Uhr

Empfang**Teilnahmegebühren:**

Die Teilnahme ist kostenfrei.

Kontakt/Anmeldung:

Bitte nutzen Sie für Ihre Anmeldung gerne das Anmeldeformular auf der Homepage: <https://www.jura.uni-heidelberg.de/igr/notareg/anmeldung.html>.

Erste MittBayNot-Jahrestagung

Praxisupdates im Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Steuerrecht

Samstag, 28.06.2025, 8:30-15:45 Uhr,
Marriott Hotel City West, Landsberger Straße 156, 80687 München

Inhalt und Ablauf:		14:45 Uhr	Kaffeepause
8:30 Uhr	Registrierung	15:00 Uhr	Praxisupdate Erbrecht Notar Dr. <i>Dietmar Weidlich</i> , Roth
9:00 Uhr	Begrüßung		
9:15 Uhr	Praxisupdate Immobilienrecht und WEG Notare <i>Michael Volmer</i> , Aschaffenburg, und Dr. <i>Felix Wobst</i> , Gerolzhofen	16:00 Uhr	Ende
10:45 Uhr	Kaffeepause	Die Praxisupdates werden als Sonderbeilage zu Heft 5/2025 der MittBayNot veröffentlicht	
11:00 Uhr	Praxisupdate Gesellschaftsrecht Notar PD Dr. Patrick Meier, Bischofsheim i. d. Rhön	Kontakt/Anmeldung: Anmeldung für bayerische und pfälzische Notare und Notarassessoren über die Serviceplattform (ID: 62506) Alle weiteren Anmeldungen: fortbildung@notare-bayern-pfalz.de	
12:00 Uhr	Mittagspause	Sonstige Rückfragen: mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de	
13:15 Uhr	Praxisupdate Steuerrecht Notar Dr. <i>Eckhard Wälzholz</i> , Füssen, und Notarassessor Dr. <i>Constantin Kemper</i> , München		



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. **Überlassungsvertrag – Intensiv**
(Berkefeld, Oertel)
05.05.2025, Oldenburg (6 Zeitstd.)
Nr. 03246825
2. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**
(Tondorf)
05.05. – 09.05.2025, Bochum und Live-Stream (30 Zeitstd.)
Nr. 03246593
3. **6. Jahresarbeitsagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**
(Leitung: Thon)
15.05. – 17.05.2025, Berlin und Live-Stream (15 Zeitstd.)
Nr. 034848
4. **Online-Vortrag LIVE: Geldwäscheprävention in der Notarstelle für Mitarbeiter**
(Thelen)
21.05.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)
Nr. 03246166
5. **Erbbaurechte in der notariellen Praxis**
(Schreinert)
23.05.2025, Kassel (6 Zeitstd.)
Nr. 03246827
6. **Aktuelle Brennpunkte in der notariellen Praxis**
(Berkefeld, Bühler)
24.05.2025, Kaiserslautern (6 Zeitstd.)
Nr. 03246970
7. **Aktuelles Steuerrecht für Notare**
(Wartenburger)
26.05.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 03246085
8. **Online-Vortrag LIVE: Intensivkurs Kostenrecht**
(Diehn)
05.06. – 06.06.2025, Live-Stream (10,5 Zeitstd.)
Nr. 03246715
9. **Internationales Privatrecht für Mitarbeitende im Notariat**
(Primaczenko)
06.06.2025, Oldenburg (6 Zeitstd.)
Nr. 03246912
10. **Kaufverträge in Spezielsituationen (Betreuung, Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, Insolvenz, Zwangsvollstreckung) für Mitarbeiter im Notariat**
(Krauß)
27.06.2025, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 03246828
11. **Intensivkurs Grundstücksrecht**
(Berkefeld, Forschner)
10.07. – 11.07.2025, Lübeck und Live-Stream (12 Zeitstd.)
Nr. 03245960

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

Neuerscheinungen

1. Alvermann/Bahns/Beckert u.w.: Formularbuch Recht und Steuern. 11. Aufl., Beck, 2025. 1954 S., 225,00 €
2. Bülow/Artz: Verbraucherkreditrecht. 11. Aufl., Beck, 2025. 1155 S., 175,00 €
3. Fischer: Maklerrecht. 8. Aufl., Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2025. 527 S., 129,00 €
4. Grune/Radeisen: Umsatzsteuer 2025. Boorberg, 2025. 1470 S., 123,00 €
5. Habersack/Drinhausen: Recht der SE und der grenzüberschreitenden Umwandlung. 4. Aufl., Beck, 2025. 1824 S., 259,00 €
6. Kirchhof/Seer: Einkommensteuergesetz. 25. Aufl., Otto Schmidt, 2025. 3335 S., 189,00 €
7. Klowait/Gläßer: Mediationsgesetz. 3. Aufl., Nomos, 2025. 1134 S., 139,00 €
8. Klümpen-Neusel: Immobilien klug vererben. 2. Aufl., NWB, 2025. 342 S., 69,00 €
9. Koch: Aktiengesetz. 19. Aufl., Beck, 2025. 2880 S., 219,00 €
10. Kogel: Strategien bei der Teilungsversteigerung des Familienheims. 7. Aufl., Giesecking, 2025. 446 S., 69,00 €
11. Krüger/Rauscher: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 1: §§ 1-354. 7. Aufl., Beck, 2025. 3114 S., 389,00 €
12. Lieder/Ghassemi-Tabar: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 8: Umwandlungsrecht. 6. Aufl., Beck, 2025. 2498 S., 299,00 €
13. Marsch-Barner/Schäfer: Handbuch börsennotierte AG. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2025. 2680 S., 329,00 €
14. Mehrbrey: Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 1772 S., 219,00 €
15. Schack: Internationales Zivilverfahrensrecht. 9. Aufl., Beck, 2025. 674 S., 139,00 €
16. Schmidt: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 1: §§ 1-104a. 6. Aufl., Beck, 2025. 1807 S., 299,00 €
17. Schulze/Staudenmayer: EU Digital Law. Article-by-Article Commentary. 2. Aufl., Nomos. 2025. 1155 S., 290,00 €
18. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: §§ 139-163 BGB (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 437 S., 159,95 €
19. Winkler/Schlögel: Erbbaurecht. 8. Aufl., Beck, 2025. 672 S., 115,00 €



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

