

# MittBayNot

Begründet 1864

## 6|2018

November/Dezember 2018

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München

### Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden  
Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regensburg  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Dr. Claudius Eschwey,  
Notarassessor  
Angelika Strähuber,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Volmer:** Haftung und Vergütung von Vorsorgebevollmächtigten . . . . . 507
- **P. Wolf:** Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa – Entwicklungslinien der Niederlassungsfreiheit zwischen Vale, Brexit und Digitalisierung . . . . . 510

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Richter** zu **OLG Hamm:** Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages bei vereinbarter Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (hier: Jahr der Fertigstellung) . . . . . 543
- **Kanzleiter** zu **BGH:** Anspruch auf Unterlassung von Nutzung zu Wohnzwecken . . . . . 551
- **Wolfskeel** zu **BGH:** Anspruch der WEG auf Beitrag zur Sonderumlage bei Eigentumswechsel nach Beschlussfassung, aber vor Fälligkeit . . . . . 554
- **Weber** zu **KG:** Erfordernis der Verwalterzustimmung in der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und Verwalterbestellung in der Teilungserklärung . . . . . 557
- **S. Kappler** zu **OLG Düsseldorf:** Erbverzicht bei Scheidung und Wiederheirat . . . . . 565
- **C. Braun** zu **BGH:** Zur ergänzenden Testamentsauslegung . . . . . 571
- **Schönenberg-Wessel** zu **OLG Koblenz:** Anforderungen an Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses . . . . . 575
- **Lautner** zu **OLG München:** Erlöschen einer Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Falle der Insolvenz über das Vermögen eines die Vollmacht erteilenden Gesellschafters. . . . . 591
- **Strauß** zu **OLG Frankfurt a. M.:** Wertbestimmung für die Vereinbarung eines bedingten Unterhaltsanspruchs . . . . . 598
- **Spiegelberger** zu **BFH:** Gewerblicher Grundstückshandel im Zusammenhang mit geschenkten Objekten . . . . . 606

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

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

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Dr. Claudius Eschwey,  
Notarassessorin Angelika Strähuber

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2018

## AUFSÄTZE 507

**Volmer:** Haftung und Vergütung von Vorsorgebevollmächtigten 507

**P. Wolf:** Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa – Entwicklungslinien der Niederlassungsfreiheit zwischen Vale, Brexit und Digitalisierung 510

## BUCHBESPRECHUNGEN 526

**Bergschneider:** Verträge in Familiensachen (**Menne**) 526

**C. Braun:** Nachlassplanung bei Problemkindern (**I. Wolf**) 527

**Nitze:** Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen (**Heckschen**) 529

**Staudinger:** WEG (**Wartenburger**) 530

## RECHTSPRECHUNG 532

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

1. Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung – Widerruf einer Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17) 532
2. Feuchtigkeits- und Schimmelschäden (BGH, Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16) 534
3. Zur Einwilligung in eine Schuldübernahme (BGH, Urteil vom 23.6.2017, V ZR 39/16 – Ls.) 537
4. Erlöschen der Untervollmacht bei Widerruf der transmortalen Hauptvollmacht und Erfordernis der Voreintragung der Erben im Grundbuch vor Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld (OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18) 538
5. Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages bei vereinbarter Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (hier: Jahr der Fertigstellung) (OLG Hamm, 2.3.2017, 22 U 82/16) 540  
mit Anmerkung **Richter** 543

6. Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs in gewillkürter Verfahrensstandschaft – Antragsberechtigung (OLG München, Beschluss vom 25.7.2017, 34 Wx 110/17 – Ls.) 547

7. Formbedürftigkeit einer Reservierungsvereinbarung (LG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.12.2017, 2-07 O 280/17) 547

#### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

8. Anspruch auf Unterlassung von Nutzung zu Wohnzwecken (BGH, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16) 548  
mit Anmerkung **Kanzleiter** 551

9. Anspruch der WEG auf Beitrag zur Sonderumlage bei Eigentumswechsel nach Beschlussfassung, aber vor Fälligkeit (BGH, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16) 552  
mit Anmerkung **Wolffskeel** 554

10. Erfordernis der Verwalterzustimmung in der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und Verwalterbestellung in der Teilungserklärung (KG, Beschluss vom 3.5.2018, 1 W 370/17) 556  
mit Anmerkung **Weber** 557

11. Teilvollzug bei Gesamtgrundschuld (KG, Beschluss vom 17.8.2017, 1 W 334/17) 561

#### FAMILIENRECHT

12. Keine Genehmigungsbedürftigkeit einer erbrechtlichen Absichtungsvereinbarung (KG, Beschluss vom 20.7.2018, 13 UF 105/18) 562
13. Erbverzicht bei Scheidung und Wiederheirat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.2.2017, I-3 Wx 16/17) 565  
mit Anmerkung **Kappler** 565

#### ERBRECHT

14. Zur ergänzenden Testamentsauslegung (BGH, 12.7.2017, IV ZB 15/16) 567  
mit Anmerkung **C. Braun** 571
15. Versicherung an Eides statt durch einen Vorsorgebevollmächtigten im Erbscheinsverfahren (OLG Celle, Beschluss vom 20.6.2018, 6 W 78/18) 572

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2018

16. Anforderungen an Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses (OLG Koblenz, Beschluss vom 30.4.2018, 1 W 65/18) mit Anmerkung <b>Schönenberg-Wessel</b>	573 575	25. Kein hinreichender Nachweis der Identität des Vollstreckungsgläubigers (BGH, Beschluss vom 17.5.2017, VII ZB 64/16 – Ls.)	595
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>		<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
17. Auslegung des Gesellschafterbeschlusses einer Publikumpersonengesellschaft (BGH, Urteil vom 6.3.2018, II ZR 1/17)	576	26. Verletzung von Prüfungs- und Belehrungspflichten eines Notars bei unzureichender Tatsachenermittlung (BGH, Beschluss vom 24.7.2017, NotSt (Brg) 2/16 – Ls.)	595
18. Nichtigkeit der in einer Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse bei zwar formell ordnungsgemäßer, aber bewusst rechtsmissbräuchlicher Ladung eines Gesellschafters (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.4.2018, I-6 W 2/18)	579	<b>Kostenrecht</b>	
19. Unwirksamkeit einer Garantievereinbarung wegen Verstoßes gegen § 181 BGB (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.4.2018, 13 U 31/16)	583	27. Wertbestimmung für die Vereinbarung eines bedingten Unterhaltsanspruchs (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.2.2017, 20 W 251/15) mit Anmerkung <b>Strauß</b>	596 598
20. Auslegung einer Stiftungssatzung (OLG Köln, Urteil vom 2.3.2018, 1 U 50/17 – Ls.)	586	<b>Öffentliches Recht</b>	
21. Erlöschen einer Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Falle der Insolvenz über das Vermögen eines die Vollmacht erteilenden Gesellschafters (OLG München, 22.5.2017, 34 Wx 87/17) mit Anmerkung <b>Lautner</b>	586 591	28. Versagung der Genehmigung wegen einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden (BGH, Beschluss vom 27.4.2018, BLw 3/17 – Ls.)	598
<b>Internationales Privatrecht</b>		<b>Steuerrecht</b>	
22. Keine Erhöhung des Ehegattenerbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB beim Tod eines nach türkischem Recht verheirateten türkischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.2.2018, 14 W 113/16 (Wx))	592	29. Zuordnung des verrechenbaren Verlustes i. S. d. § 15a EStG bei unentgeltlicher Übertragung eines Teils eines Kommanditanteils (BFH, Urteil vom 1.3.2018, IV R 16/15)	599
23. Anwendbarer Rechtsstatus im Insolvenzfall (BGH, Urteil vom 8.2.2018, IX ZR 92/17 – Ls.)	594	30. Gewerblicher Grundstückshandel im Zusammenhang mit geschenkten Objekten (BFH, Urteil vom 23.8.2017, X R 7/15) mit Anmerkung <b>Spiegelberger</b>	602 606
<b>Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht</b>		<b>SONSTIGES</b> <b>610</b>	
24. Sicherungsgrundschuld bei Abtretung – Keine Kondition durch Insolvenzverwalter (BGH, Urteil vom 19.4.2018, IX ZR 230/15 – Ls.)	595	<b>Tagungsbericht</b>	610
		<b>Winkelmann:</b> Aktuelle Probleme und Reformperspektiven im Vertragsrecht – Kaufrecht und Bauvertragsrecht	
		<b>Veranstaltungshinweise</b>	613
		<b>Neuerscheinungen</b>	615
		<b>STANDESNACHRICHTEN</b> <b>616</b>	

## AUFsätze

## Haftung und Vergütung von Vorsorgebevollmächtigten

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Vor einiger Zeit hatte ich mich an dieser Stelle zur Rechenschaftspflicht des Vorsorgebevollmächtigten geäußert und Gestaltungsoptionen dazu erwogen.<sup>1</sup> Die damaligen Überlegungen sollen um zwei weitere Aspekte zum Rechtsverhältnis ergänzt werden, das der Vollmacht zugrunde liegt. Einerseits stellt sich die Frage, ob nicht entgegen dem bisher diskutierten „Alles oder Nichts“ in der Gegensatzbildung von Auftrag und Gefälligkeit individuell angepasste haftungsreduzierende Vorgaben getroffen werden können. Für nicht familiär verbundene Bevollmächtigte wird – als zweiter Aspekt – gelegentlich die Möglichkeit einer Vergütung erwogen. Auch das fordert Gestaltungsüberlegungen heraus.

## I. Überlegungen zur Haftungsbegrenzung

Rechtsgeschäftliche Vorgaben zum Haftungsmaßstab können grundsätzlich bei allen drei Tatbestandsmerkmalen einer vertraglichen Schadensersatzpflicht ansetzen (vgl. § 280 Abs. 1 BGB): dem Erfordernis einer Sonderverbindung, der Pflichtverletzung und dem Verschuldensvorwurf.

### 1. Die rechtsverbindlich vereinbarte Gefälligkeit?

Das Schuldverhältnis, das § 280 Abs. 1 BGB verlangt, bildet den Gegenpart zur Gefälligkeit ohne Rechtsbindungswillen. Das Meinungsbild der Rechtsprechung habe ich bereits in einem früheren Beitrag<sup>2</sup> dargestellt. Hier anzusetzen erscheint mir gleichwohl nicht die erste Wahl des Vertragsgestalters. Denn aus der Urkunde im Übrigen können sich selbst bei Herausstellung des Gefälligkeitsverhältnisses deutliche Anzeichen für einen Rechtsbindungswillen, und damit für ein Schuldverhältnis, ergeben, etwa aufgrund Aussetzung einer Vergütung, welche die Festlegung der Gefälligkeit als unbeachtliche protestatio in facta contraria erscheinen ließe. Mehr noch: Je ausgefeilter das Grundverhältnis überhaupt mit vertraglich bindendem Geltungsanspruch ausformuliert wird, desto unwahrscheinlicher wird die Annahme einer Gefälligkeit. Wer ein Gefälligkeitsverhältnis eingeht, regelt typischerweise gar nichts. Wer durchdachte Regelungen vereinbart, erwartet

vom anderen und zeigt für sich rechtlichen Bindungswillen. Auf diese Widersprüche sollte man sich nicht einlassen.

## 2. Die Pflichtverletzung

Der Vollmachtgeber kann stattdessen den Pflichtenkreis des Bevollmächtigten festlegen oder besser umgekehrt: den Rahmen vorgeben, innerhalb dessen sich erwartetes Handeln ohne Annahme einer Pflichtverletzung abspielen kann. Auf Neudeutsch würde man vielleicht von einer Übertragung der Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) in den privaten Bereich (und in die Gerichtssprache) hinein sprechen können.

Ebenso wie der Vollmachtgeber in einer Patientenverfügung seine Wünsche zur Art und Weise einer künftigen medizinischen Behandlung oder Nichtbehandlung vorgeben kann, steht es ihm frei, solche Anordnungen auch zur Vermögensverwaltung zu treffen. Davon hat die kautelarjuristische Literatur bisher zwar kaum Kenntnis genommen. Die Rechtsprechung des BGH ist aber eindeutig. In seinem Urteil vom 22.7.2009<sup>3</sup> prüft er etwa eingehend, ob sich der Betreuer gegenüber dem geltend gemachten Steuerschaden auf einen besonderen Wunsch des Betreuten berufen konnte.<sup>4</sup> Genauer gesagt: Der BGH hielt es für selbstverständlich, dass eine solche Vorgabe beachtlich wäre; es musste lediglich in tatsächlicher Hinsicht geklärt werden, ob der Betreute sie in freier Willensbildung erteilt hatte. Darauf baut soeben der BGH in seinem Beschluss vom 30.11.2016<sup>5</sup> und erneut in seinem Beschluss vom 9.5.2018<sup>6</sup> auf, wenn er gegenüber einem vom Betreuer vorgenommenen Hausverkauf den möglichen Wunsch des Betreuten auf Erhalt der Immobilie (und die Berücksichtigung dieses Wunsches bei Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung) erörtert<sup>7</sup> oder er erteilte Weisungen für beachtlich hält.

Das gibt der vermögenden Klientel, bei der nicht das gesamte Einkommen und Vermögen zur Begleichung des Pfl-

<sup>3</sup> XII ZR 77/06, NJW 2009, 2814.

<sup>4</sup> Der Betreuer hatte ausgerechnet diejenige (Auslands-)Immobilie bis zum Schluss behalten, die als einzige ohne steuerliche Nachteile (gewerblicher Grundstückshandel wg. Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze) jederzeit hätte veräußert werden können.

<sup>5</sup> XII ZB 335/16, DNotZ 2017, 130.

<sup>6</sup> XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025 = MittBayNot 2018, 532 (in diesem Heft).

<sup>7</sup> Wenngleich ihm in der Subsumtion des Sachverhalts unter diesen Obersatz dann jedes Anzeichen für einen solchen Wunsch fehlte.

<sup>1</sup> Volmer, MittBayNot 2016, 386. Nachfolgend sei dazu auf die Entscheidungen des LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16, MittBayNot 2017, 157 mit Anm. Spornath und OLG München, Urteil vom 6.12.2017, 7 U 1519/17, MittBayNot 2018, 435 mit Anm. Volmer hingewiesen. Dazu auch interessante Überlegungen bei Horn, NJW 2018, 2611.

<sup>2</sup> Volmer, MittBayNot 2016, 386.

geheims eingesetzt werden muss, einen gewissen Gestaltungsspielraum. So kann etwa der Vollmachtgeber die bisherige Vermögensanlage fest- und fortschreiben, damit der Bevollmächtigte nicht als erste Amtshandlung das Börsendepot in mutmaßlich „mündelsichere Anlagen“ umschichten muss, damit Spenden zur Unterstützung gemeinnütziger Organisationen oder der Kirche beibehalten werden ebenso wie bisher übliche Zuwendungen an Kinder, mehr noch Enkelkinder und nahestehende Personen.<sup>8</sup> Auch können solche Handlungsanweisungen anfängliche Vorbehalte der Gerichte gegen ausreichende Fähigkeiten des Bevollmächtigten ausschalten.<sup>9</sup>

Ebenso kann der Vollmachtgeber ausdrücklich zu Schenkungen bis hin zu Haus- und Hofübergaben ermächtigen, beispielsweise um damit eine individuelle Objektzuordnung statt der unerwünschten Erbengemeinschaft zu ermöglichen oder um die Erbschaftsteuerfreibeträge besser auszunutzen. Zu hochwertigen Schenkungen muss der Vollmachtgeber aber auch ausdrücklich ermächtigen. Eine Gestattung von Schenkungen im Umfang, wie sie dem Betreuer erlaubt sind,<sup>10</sup> ermöglicht lediglich übliche Anstandsgeschenke, nicht aber umfangreiche Vermögenstransfers. Diese Beschränkung folgt aber nicht aus allgemeinen Vorgaben zur Vorsorgevollmacht, sondern aus den Beschränkungen der indirekt in Bezug genommenen Norm des § 1804 BGB. Die Weisung selbst dürfte erst bei selbstschädigendem Umfang für den Bevollmächtigten unbeachtlich sein,<sup>11</sup> d. h. bei eintretendem oder drohendem Vermögensverfall. Das lässt sich aus dem Rückforderungsrecht des § 528 BGB in Verbindung mit der Dolo-agit-Einrede bzw. unter Hinweis auf § 528 BGB stimmig begründen.

Die Einzelheiten einer solchen Festlegung dürften sich aber einer typisierenden Betrachtung entziehen und nur für den jeweiligen individuellen Fall ausformulierbar sein. Das wiederum erklärt vermutlich die literarische Zurückhaltung in der Auf- und Ausarbeitung solcher Gestaltungsmöglichkeiten.

### 3. Das Verschulden

Überindividuell einfacher gestaltbar scheint eine Verschiebung des Haftungsmaßstabes, indem der Vollmachtgeber den Rahmen des Vertretenmüssens, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, modifiziert. Gänzlich ausgeschlossen ist ein Haftungserlass lediglich für den Fall der Arglist (§ 276 Abs. 3 BGB), wofür bewusstseinsbildend natürlich einiges spricht.<sup>12</sup>

8 BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025, 1026 Rdnr. 20 = MittBayNot 2018, 532 (in diesem Heft).

9 Vgl. BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025 = MittBayNot 2018, 532 (in diesem Heft), wonach einem nach Umfang oder Schwierigkeit überforderten Vorsorgebevollmächtigten ein ständiger Kontrollbetreuer beigeordnet werden kann.

10 Diese Bezugnahme ist z. B. im Muster des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz enthalten, weswegen dazu nach meinem Eindruck häufig Fragen (und Fehlvorstellungen) auftreten. Dazu Würzburger Notarhandbuch/Müller, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Kap. 3 Rdnr. 22.

11 BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17, NJW-RR 2018, 1025, 1026 Rdnr. 20 = MittBayNot 2018, 532 (in diesem Heft).

12 Vgl. von Heynitz, MittBayNot 2003, 269.

Auf den ersten Blick angemessen erscheint dabei eine Beschränkung des Vertretenmüssens auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Für diesen Maßstab spricht die Nähe zum Gesetz, weil das BGB diesen Maßstab in Fällen besonderer persönlicher Verbundenheit (eben zum Beispiel in § 1664 BGB) vorgibt. Solches dürfte dem Vollmachtgeber auch bei der Erteilung einer Vorsorgevollmacht vorschweben, selbst wenn mit dieser ausnahmsweise eine familienfremde Person betraut werden sollte. Auch der familienfremde Bevollmächtigte ist typischerweise über eine soziale Nähebeziehung (d. h. freundschaftlich) mit dem Vollmachtgeber verbunden, der bestenfalls erwarten kann, seine Geschäfte würden im laufenden Familienalltag des Freundes so gut als möglich miterledigt. Deswegen hatte ich in meinen ersten Skizzen zu den heutigen Überlegungen diesen Verschuldensmaßstab auch vorschlagen wollen.

Auf den zweiten Blick zeigen sich aber einige Nachteile, die nur mit hohem Gestaltungsaufwand zu bewältigen sind. So ist zunächst das Fallmaterial, aus dem sich erste Hinweise für eine Anwendung des Verhaltensmaßstabes ergeben können, äußerst beschränkt. Gerade im Eltern-Kind-Verhältnis geht es sodann nicht um die Begründung des Verschuldensvorwurfs im Rahmen einer Anspruchstellung, sondern von „hinten herum“ um die Berücksichtigung eines Mitverschuldens einwands bzw. den Einfluss auf einen gestörten Gesamtschuldnerausgleich.<sup>13</sup> Problematisch ist die Beweislastregelung: Der Schuldner, der sich auf die Anwendung der *diligentia quam in suis* beruft, muss seine übliche Sorgfalt nachweisen!<sup>14</sup> Das dürfte dem Vorsorgebevollmächtigten wenig gefallen.

Insgesamt erscheint mir deswegen die Haftungsreduzierung auf grobe Fahrlässigkeit einfacher in der späteren Handhabung, wenngleich darin eine gewisse Privilegierung des sonst in eigenen Angelegenheiten sehr sorgfältigen Bevollmächtigten liegt.<sup>15</sup>

## II. Vergütung

Innerhalb der Familie wird typischerweise die Vorsorgevollmacht unentgeltlich geführt, allenfalls einmal gegen Aufwandsersatz.<sup>16</sup> Die bloße Aufwandserstattung steht aber der Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses noch nicht entgegen.<sup>17</sup> Vielleicht hoffen Kinder und Ehegatte als Bevollmächtigte auf ein höheres Erbe, wenn die Kosten gering gehalten

13 Etwa OLG Hamm, Urteil vom 15.12.1997, 6 U 66/96, NJW-RR 1998, 1181; OLG Hamm, Urteil vom 17.8.1993, 27 U 144/92, NJW-RR 1994, 415: unzureichende Aufsicht der Eltern als Mitursache für Schäden des Kindes.

14 OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.5.2012, 1 U 186/11, NJW 2012, 3043.

15 Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.5.2012, 1 U 186/11, NJW 2012, 3043.

16 Innerhalb der Familie führt erst nach dem Erbfall § 2057a BGB zu einem Wertausgleich im Rahmen der Erbauseinandersetzung. Zur Berechnung der Ausgleichsbeträge instruktiv OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2016, 3 U 25/16, ZEV 2017, 400. Die Ausgleichsberechtigung hängt gemäß Abs. 2 ausdrücklich von der unentgeltlichen Leistungserbringung des Kindes ab.

17 BGH, Urteil vom 14.11.1991, III ZR 4/91, NJW 1992, 498.

werden.<sup>18</sup> Oder sie befürchten, über Ehegatten- und Elternunterhalt doch wieder herangezogen zu werden, wenn das Einkommen die Heimkosten nicht deckt. Gegenüber familienfremden Dritten traut sich aber der Vollmachtgeber angesichts des zu erwartenden Aufwands häufig nicht, diese um eine unentgeltliche Übernahme der Aufgaben zu bitten. Dann stellt sich die Frage nach einer passenden Vergütungsvereinbarung.

Diese sind als Pauschale möglich, etwa – wie bei der Testamentsvollstreckung häufig diskutiert – als pauschaler Anteil vom Vermögen oder in Form eines monatlichen Fixbetrages. Alternativ kann auch an eine Entschädigung nach Zeitaufwand (Stundensatzvergütung) gedacht werden.

## 1. Pauschale oder Stundensatz

Die Pauschale hat sicherlich den einfacheren Nachweis für sich – bei der Stundensatzvergütung müsste mindestens ein einfaches Journal geführt werden –, kann aber den erforderlichen und getätigten Aufwand schlimmstenfalls völlig verfehlen.<sup>19</sup> Die Stundensatzvereinbarung bildet den tatsächlichen Aufwand besser ab.

## 2. Stundensatzhöhe

Die Höhe des Stundensatzes kann sodann natürlich frei festgelegt werden. Hinsichtlich gesetzlicher Vorbilder, die bei einer Anlehnung auch eine Wertsicherung überflüssig machen, sei auf folgende Fälle hingewiesen:

- Vormünder und Betreuer werden nach VBVG<sup>20</sup> vergütet. Derzeit erhält der Betreuer danach mindestens 27 € pro Stunde, bei besonderer Qualifikation (Ausbildung bzw. Studium) 33,50 € oder 44 € pro Stunde, dies jeweils inklusive USt. Für den Vormund betragen die entsprechenden Sätze 19,50 €, 25 € oder 33,50 € pro Stunde, dies zzgl. USt. Trotz unterschiedlicher Umsatzsteuerregelungen ist der Stundensatz eines Vormunds also niedriger als derjenige eines Betreuers. Für eine Bezugnahme auf eine dieser Normen spricht die Sachähnlichkeit. Mit Ausübung der Vorsorgevollmacht soll der Bevollmächtigte ja gerade die sonst dem Betreuer zufallenden Aufgaben erledigen. Nachteilig erscheint mir die Fiskalnähe der Vergütung, die kostensenkende gesetzgeberische Eingriffe (bis hin zu einer völligen Umstrukturierung des Vergütungsrechts) denkbar erscheinen lässt. So kann man sich bei den letzten Änderungen des Vergütungsrechts (wie auch bei Überlegungen zur Reform des Betreuungsrechts insgesamt, etwa zur gesetzlich vermuteten Vertretungsmacht für den Ehe-

gatten<sup>21</sup>) des Eindrucks nicht erwehren, diese Reformen seien maßgeblich getrieben vom Interesse der Justiz an Kosten- und Aufwandsvermeidung.

- Die Sachverständigen sind in verschiedene Vergütungsgruppen nach JVEG<sup>22</sup> eingeteilt, wobei die Vergütung der einzelnen Gruppen sich im Bereich von 65 € bis 125 € pro Stunde bewegt. Eine Bezugnahme hierauf halte ich für eher fernliegend, weil der Sachverständige seine Vergütung für die eigene Hauptberufstätigkeit und für überdurchschnittliche Expertenkenntnisse erhält. Der gute Bekannte wird aber in der Regel nicht aufgrund besonderer Fähigkeiten in der Vermögensverwaltung oder Ähnliches zum Bevollmächtigten bestellt.
- Ich persönlich neige zu einer Bezugnahme auf die Halbstundensätze für Steuerberater nach § 13 StBVV<sup>23</sup> mit 30 € bis 70 €, als Mittelwert also 50 € für die halbe Stunde. Den sich daraus ergebenden Vergütungsunterschied zum VBVG kann man durch eine Orientierung nicht an Höchst- oder Mittelwert, sondern an der unteren Grenze reduzieren. Möglich ist auch, dass der Vollmachtgeber die Differenz bewusst als Anreiz einsetzt. Den wesentlichen Vorteil sehe ich in der Fiskalferne der Regelung: Da die Vergütung (in der unmittelbaren Anwendung der StBVV) immer von den Beteiligten selbst zu zahlen ist, erscheint ein fiskalpolitisch motivierter Eingriff unwahrscheinlich.

## 3. Nachweisproblem

Die Führung eines Stundenbuches kann durch die Vermutung eines Mindesteinsatzes abgeschwächt werden. Diese Vermutung hat für sich, dass ein bestimmter Grundaufwand in jedem Vorsorgefall getätigt werden muss, allein zur Sichtung eingehender Post etc.

Klar sollte sein, dass bei Gewährung einer Vergütung nie ein Gefälligkeitsverhältnis bejaht werden kann. Hinzukommen müsste dann, soweit gewünscht, eine Anordnung zum Umfang der Rechenschaftspflicht.

## III. Formulierungsvorschlag

Nach alledem stelle ich folgende Formulierungen zur Diskussion.

1. Der Bevollmächtigte soll die Struktur des angelegten Vermögens beibehalten, auch wenn die Vermögensanlage mit Risiken verbunden ist. Laufende Überschüsse, die trotz eines eingetretenen Versorgungsfalls erzielt werden, sollen unter grober Beibehaltung der bisherigen Gewichtung angelegt werden.

Mit unentgeltlichen Verfügungen im Umfang der von mir bisher getätigten Spenden bin ich einverstanden. Ich wünsche,

<sup>18</sup> Vgl. nochmals § 2057a Abs. 1 BGB: „Vermögenserhalt“ als Folge der Mitarbeit (etc.) erforderlich.

<sup>19</sup> Auch dazu ein Bedenken meines bereits anderenorts (siehe Volmer in FS Krüger, 2017, S. 359, 360) erwähnten Ausbilders: Dann bekommt der Testamentsvollstrecker die Vergütung nach Rheinischer Tabelle, beauftragt den Makler, nimmt den Notartermin wahr und kassiert.

<sup>20</sup> Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz vom 21.4.2005 (BGBl. I, S. 1073, 1076), zuletzt geändert durch Artikel 53 des Gesetzes vom 17.12.2008 (BGBl. I, S. 2586).

<sup>21</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten, BR-Drucks. 505/16; dazu kritisch Würzburger Notarhandbuch/Müller, Teil 3 Kap. 3 Rdnr. 7.

<sup>22</sup> Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz vom 5.5.2004 (BGBl. I, S. 718, 776), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 11.10.2016 (BGBl. I, S. 2222).

<sup>23</sup> Steuerberatervergütungsverordnung vom 17.12.1981 (BGBl. I, S. 1442), zuletzt geändert durch Art. 7 der VO vom 12.7.2017 (BGBl. I, S. 2360).

dass auch weiterhin aus meinen laufenden Einkünften solche Zuwendungen getätigt werden.

Oder: Dem Bevollmächtigten sind auch Grundstücksübertragungen gestattet (auch ohne Vorbehalt von Rechten zu meinen Gunsten / wobei mir aber die gezogenen Nutzungen auf Lebenszeit zustehen müssen und dies durch dingliche Vorbehaltsrechte zu sichern ist).

2. In jedem Fall hat der Bevollmächtigte bei Ausübung der Vollmacht nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

3. Neben Ersatz seiner Aufwendungen erhält der Bevollmächtigte eine Vergütung entsprechend des Mindestsatzes gemäß § 13 StBVV in der jeweils geltenden Fassung, derzeit also 30 € pro halbe Stunde. Auch ohne konkreten Nachweis gilt ab Eintritt des Vorsorgefalles ein Arbeitsaufwand von monatlich zehn Stunden als erforderlich und erbracht. Im Übrigen genügt als Nachweis eine vom Bevollmächtigten monatlich datierte und unterschriebene Stundenaufstellung. Sie wird als richtig und als dem Umfang nach erforderlich vermutet. In jedem Fall ist der Bevollmächtigte zu Entnahmen aus meinem Vermögen auf der Grundlage der Aufstellung berechtigt.

# Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa – Entwicklungslinien der Niederlassungsfreiheit zwischen Vale, Brexit und Digitalisierung<sup>1</sup>

Von Notar Dr. **Peter Wolf**, Ludwigshafen am Rhein

Eines der Ziele der Europäischen Union war und ist die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes, eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Hier in Zweibrücken befinden wir uns – etwa zehn Kilometer von der französischen Grenze entfernt – mitten in diesem Binnenmarkt, aber auch außerhalb der unmittelbaren Grenzregionen erkennen wir in der täglichen Arbeit, dass die Sachverhalte auch im Gesellschaftsrecht internationaler werden. Dies hängt nicht unwesentlich mit einer der Grundfreiheiten des Binnenmarktes zusammen: der Personenfreizügigkeit, die sich in die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit aufteilt.

## I. Einleitung

Die Niederlassungsfreiheit bildet einen wesentlichen Bestandteil des Binnenmarktes und zählt historisch gesehen zur Grundausstattung des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Die Auslegung der Niederlassungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH war in den vergangenen drei Jahrzehnten<sup>2</sup> die Triebfeder der Mobilität von Gesellschaften

im Binnenmarkt. So verwundert es nicht, dass derzeit die Mobilität von Gesellschaften weniger auf europäischen Rechtsakten, sondern mehr auf der Rechtsprechung des EuGH gründet. Daneben wird eine politische Entscheidung des Jahres 2016 einen ebenso deutlichen Einfluss auf die Mobilität von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union haben: In Folge des ablehnenden Referendums des Vereinigten Königreichs zum Verbleib in der Europäischen Union wurde zum ersten Mal in der Geschichte derselben der Austrittsprozess eines Mitgliedstaates in Gang gesetzt. Dies wird nicht ohne Auswirkungen auf die britischen Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz außerhalb Großbritanniens haben, bleiben. Schließlich hat die Kommission jüngst nach längerer Ankündigung ein Vorhaben lanciert, das nach ihren Vorstellungen die Mobilität von Gesellschaften in Europa unterstützen soll, aber auch weit darüber hinausreicht, nämlich eine weitgehende Digitalisierung des Gesellschaftsrechts mittels des *Company Law Package*.<sup>3</sup>

Diese drei Themengebiete bestimmen derzeit zwar nicht ausschließlich, aber wesentlich die Entwicklungen im Europä-

<sup>1</sup> Bei dem Aufsatz handelt es sich im Wesentlichen um das Manuskript des Festvortrages zum Bayerisch-Pfälzischen Notartag am 21.10.2017 in Zweibrücken.

<sup>2</sup> Startpunkt ist bei dieser Betrachtung die Rechtssache *Segers*, Urteil vom 10.7.1986, 79/85, Slg. 1986, 2375.

<sup>3</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM (2018) 239 final vom 25.4.2018 und Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, COM (2018) 241 final vom 25.4.2018.

ischen Gesellschaftsrecht und werden nicht ohne Auswirkungen auf die deutsche Praxis bleiben.

## II. Niederlassungsfreiheit

### 1. Grundlage

Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet die unionsweite freie Niederlassung von Staatsangehörigen und Gesellschaften eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates.<sup>4</sup> Aus ihr folgt zunächst, dass Gesellschaften eines anderen Mitgliedstaates gleich wie inländische Gesellschaften zu behandeln sind.<sup>5</sup>

### 2. Bedeutung des nationalen Rechts

Die Niederlassungsfreiheit legt aber nicht fest, nach welchem Recht sich Gründung, Existenz und Fortbestand einer Gesellschaft richten. Dies ist eine Vorfrage, die sich grundsätzlich nach nationalem Recht beurteilt.<sup>6</sup> In seiner *Daily-Mail*-Entscheidung hat der EuGH dies plastisch dargestellt: Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, haben Gesellschaften keine Realität.<sup>7</sup> Gesellschaften sind mithin Geschöpfe der nationalen Rechtsordnungen und hängen zunächst in ihrem Bestand von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung ab.

a) Nach welchem nationalen Recht richten sich Gründung und Existenz einer Gesellschaft?

In Deutschland gilt bekanntermaßen – wie in anderen kontinentaleuropäischen Staaten auch – die sog. Sitztheorie. Danach bestimmt der effektive Verwaltungssitz einer Gesellschaft das Recht, nach dem sich die Verhältnisse der Gesellschaft beurteilen. Verwaltungssitz ist der Ort, an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeit der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane der Gesellschaft befindet, <sup>8</sup> mithin der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden<sup>9</sup> und das entscheidende Wort gesprochen wird.<sup>10</sup>

4 Callies/Ruffert/Korte, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 49 AEUV Rdnr. 2; Streinz/Müller-Graf, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rdnr. 2.

5 Vgl. Geiger/Khan/Kotzur/Kotzur, AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 49 Rdnr. 3.

6 Callies/Ruffert/Korte, EUV/AEUV, Art. 54 AEUV Rdnr. 28.

7 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, *Daily Mail*, C-81/87, Slg. 1988, 5483 Rdnr. 19; EuGH, Urteil vom 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00, NZG 2002, 1164 Rdnr. 59; EuGH, Urteil vom 16.12.2008, *Cartesio*, C-210/06, NJW 2009, 569, 572 Rdnr. 124; EuGH, Urteil vom 12.7.2012, *VALE*, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 36.

8 MünchKomm-BGB/Kindler, 6. Aufl. 2015, IntGesR Rdnr. 421; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 4a Rdnr. 6.

9 BGH, Urteil vom 21.3.1986, V ZR 10/85, NJW 1986, 2194, 2195; die Rechtsprechung folgt dem Formulierungsvorschlag von Sandrock in FS Beitzke, 1979, S. 669, 683, vgl. Ulmer/Habersack/Löbbecke/Behrens/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2013, Einl. Rdnr. B 23.

10 BayObLG, Beschluss vom 18.7.1985, BReg. 3 Z 62/85, DNotZ 1986, 174, 176.

Im Gegensatz dazu knüpft die im angloamerikanischen Rechtskreis vorherrschende Gründungstheorie an den Satzungssitz an. Es gilt das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde und wo sie ggf. in ein Register eingetragen wurde.<sup>11</sup>

b) Die Unterschiede zwischen Gründungs- und Sitztheorie treten dann offen zu Tage, wenn sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft nicht in dem Land befindet, in dem sie in das Register eingetragen ist:

Aus Sicht der Gründungstheorie ändert sich die rechtliche Zuordnung der Gesellschaft nicht, wenn sie den Schwerpunkt ihrer Unternehmensleitung ins Ausland verlegt, solange der in der Satzung bestimmte Sitz unverändert bleibt.

Nach der Sitztheorie gilt hingegen für eine Gesellschaft stets das Recht des Staates, in dem sich der Schwerpunkt der Unternehmensleitung befindet. Aus deutscher Sicht gilt mithin grundsätzlich für eine ausländische Gesellschaft mit dem Verwaltungssitz in Deutschland deutsches Gesellschaftsrecht. Das bedeutet zunächst, dass die Gesellschaft, wenn es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt, in das deutsche Handelsregister einzutragen ist<sup>12</sup> und dazu als deutsche Gesellschaft neu gegründet werden muss. Dabei sind die materiellrechtlichen Voraussetzungen des deutschen Rechts, insbesondere ein dort bestimmtes Mindestkapital, zu beachten. Andernfalls ist die ausländische Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland aus deutscher Sicht nach der nunmehr geltenden *modifizierten Sitztheorie* als Personengesellschaft anzusehen,<sup>13</sup> bei der die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haften.<sup>14</sup>

c) Aus deutscher Sicht bestimmt sich mithin das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht grundsätzlich nach ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz. Allerdings schränkt die Niederlassungsfreiheit bekanntermaßen die Anwendung der Sitztheorie ein. Auch wenn die Rechtsprechung des EuGH stets nur Einzelfälle betrifft, lässt die Anzahl der Entscheidungen der vergangenen Jahrzehnte gewisse Tendenzen erkennen.

### 3. Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften in Europa weist im Wesentlichen zwei Entwicklungslinien auf: Die erste Entscheidungsreihe, welche die Urteile *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* umfasst, betraf vorrangig den Marktzugang von Gesellschaften in andere Mitgliedstaaten, während die zweite Entwicklungslinie, die mit der *Sevic*-Entscheidung begann, die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften in der Europäischen Union behandelt.

a) Die Kernaussagen der Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* sind weitgehend bekannt: Die Nieder-

11 MünchKomm-AktG/Habersack, 4. Aufl. 2016, Einl. C. Rdnr. 76.

12 § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG.

13 BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, DStR 2009, 59 Rdnr. 23 – Trabrennbahn; BGH, Urteil vom 8.10.2009, IX ZR 227/06, juris Rdnr. 4 = ZIP 2009, 2385.

14 MünchKomm-GmbHG/Weller, 2. Aufl. 2015, Einl. I. Rdnr. 329.

lassungsfreiheit setzt zwingend die Anerkennung einer Gesellschaft durch alle Mitgliedstaaten voraus, in denen sie sich niederlassen möchte.<sup>15</sup> Die Gründe, aus denen die Gesellschaft sich in dem anderen Mitgliedstaat niederlässt, sind dabei irrelevant.<sup>16</sup>

Aus deutscher Sicht suspendierte die Rechtsprechung des EuGH zunächst die Anwendung der Sitztheorie auf Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gegründet wurden.<sup>17</sup> Solche Gesellschaften sind aufgrund der Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe ihres Gründungsrechts in Deutschland grundsätzlich als rechts- und parteifähig anzuerkennen, und zwar auch, wenn sie ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben.<sup>18</sup>

Rechtspraktisch führte dies zu einer faktischen Rechtsformwahlfreiheit in Europa. In Deutschland wurde insbesondere die englische Limited zum Verkaufsschlager, die von Gründungsagenturen mit einer schnellen Gründung und einem niedrigen Stammkapital beworben wurde. Bekanntermaßen war die Limited in Deutschland lediglich ein Strohfeuer: Bis zu dem Jahr 2008 stieg zwar die Anzahl der Limiteds mit ausschließlichem Verwaltungssitz in Deutschland stetig an,<sup>19</sup> den Gründungen war aber zumeist kein nachhaltiger Erfolg beschieden; ein Großteil der Limiteds verschwand nach kurzer Zeit wieder von der Bildfläche oder wurde erst gar nicht tatsächlich wirtschaftlich aktiv.<sup>20</sup>

Zwischenzeitlich schuf der deutsche Gesetzgeber Abhilfe, indem er mit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) Kleinunternehmern eine deutsche Rechtsform mit beschränkter Haftung und einem im Vergleich zur GmbH verminderten Stammkapital zur Verfügung stellt, welche die Limited englischen Rechts als haftungsbeschränkte Gesellschaftsform für die Gründung von Kleinunternehmen weitgehend erfolgreich verdrängt hat.<sup>21</sup> Auf die noch verbleibenden Limiteds englischen Rechts, die ihren Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland haben, wird mutmaßlich neue Unbill zukommen, wie später noch zu zeigen sein wird.<sup>22</sup>

b) Mit der Rechtssache *Sevic*<sup>23</sup> begannen die Entscheidungen des EuGH zur grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Gesellschaften in der Europäischen Union.

Die Entscheidung *Sevic* betraf die Verschmelzung einer luxemburgischen und einer deutschen Aktiengesellschaft. Der EuGH entschied, dass in den Anwendungsbereich der Niederlas-

sungsfreiheit alle Maßnahmen fallen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat ermöglichen.<sup>24</sup> Grenzüberschreitende Verschmelzungen entsprechen, wie andere Umwandlungen, den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten und stellen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>25</sup> Begegnet ein Mitgliedstaat innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen unterschiedlich, beschränkt dies die Niederlassungsfreiheit.<sup>26</sup>

c) Aus der *Sevic*-Entscheidung lassen sich zwei Grundannahmen herleiten, die sich in den späteren Entscheidungen des EuGH wiederfinden:

- Alle grenzüberschreitenden Umwandlungsmaßnahmen sind grundsätzlich von der Niederlassungsfreiheit geschützt und
- eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt unter anderem immer dann vor, wenn ein Mitgliedstaat grenzüberschreitende Vorgänge in der Europäischen Union und rein nationale Vorgänge unterschiedlich behandelt. Soweit eine Umwandlungsmaßnahme nationalen Gesellschaften offensteht, darf sie Gesellschaften aus einem anderen Mitgliedstaat nicht verwehrt werden.

d) Betraf der Fall *Sevic* den Zugang einer Gesellschaft, ging es bei der *Cartesio*-Entscheidung um einen Wegzug: Die ungarische *Cartesio* bt beschloss, ihren Sitz nach Italien zu verlegen und wollte sich dort als Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts in das Handelsregister eintragen lassen. Jedoch weigerte sich schon das ungarische Handelsregister, die Sitzverlegung nach Italien einzutragen.

Zu Recht, wie der EuGH entschied: Ob eine Gesellschaft existiert, ist – wie bereits dargelegt – nach der Geschöpftheorie eine Frage des nationalen Rechts.<sup>27</sup> Nationale Regelungen können die Existenz einer inländischen Gesellschaft daran knüpfen, dass die Gesellschaft ihren Satzungssitz im Inland hat.<sup>28</sup> Damit kann jeder Gesetzgeber grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er einen rechtsformwahrenden Wegzug seiner Gesellschaften zulassen möchte oder nicht.<sup>29</sup> Insbesondere darf ein Mitgliedstaat vorsehen, dass Gesellschaften ihren Verwaltungssitz im Inland haben müssen, um nach nationalem Gesellschaftsrecht als gegründet angesehen zu werden.<sup>30</sup>

15 EuGH, Urteil vom 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00, NZG 2002, 1164 Rdnr. 59.

16 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, NJW 1999, 2027 Rdnr. 18; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, NJW 2003, 3331 Rdnr. 95.

17 Hausmann/Odersky/Wall, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2016, § 18 Rdnr. 95.

18 MünchKomm-BGB/Kindler, IntGesR Rdnr. 5.

19 Vgl. die Zahlen in Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Einl. Rdnr. 17.

20 Vgl. Heckschen, DStR 2007, 1442, 1445 f. m. w. N.

21 BeckOK-GmbHG/Miras, Stand: 1.2.2017, § 5a Rdnr. 15c.

22 Siehe unten III.

23 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, *Sevic*, C-411/03, NJW 2006, 425.

24 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, *Sevic*, C-411/03, NJW 2006, 425 Rdnr. 18.

25 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, *Sevic*, C-411/03, NJW 2006, 425 Rdnr. 19.

26 EuGH, Urteil vom 13.12.2005, *Sevic*, C-411/03, NJW 2006, 425 Rdnr. 22 f.

27 EuGH, Urteil vom 16.12.2008, *Cartesio*, C-210/06, NJW 2009, 569, 572 Rdnr. 111; Heckschen, ZIP 2015, 2049.

28 EuGH, Urteil vom 16.12.2008, *Cartesio*, C-210/06, NJW 2009, 569, 572 Rdnr. 124.

29 MünchKomm-GmbHG/Weller, Einl. I. Rdnr. 361.

30 Verse, ZEuP 2013, 458, 461; MünchKomm-GmbHG/Weller, Einl. I. Rdnr. 364.

e) In der Rechtssache *National Grid Indus* befasste sich der EuGH sodann mit einer grenzüberschreitenden Verlegung des Verwaltungssitzes. Dabei stellte der EuGH fest, dass die Niederlassungsfreiheit der Besteuerung stiller Reserven allein aus Anlass der grenzüberschreitenden Verlegung des Verwaltungssitzes entgegentsteht.<sup>31</sup>

Hierin mag prima vista ein Widerspruch zur *Cartesio*-Rechtsprechung liegen, nach der die grenzüberschreitende Verwaltungssitzverlegung an sich gerade nicht der Niederlassungsfreiheit unterfiel. Dieser Widerspruch löst sich jedoch rasch auf: Zwar kann – dies ist die Kernaussage des Urteils *Cartesio* – ein Mitgliedstaat einer nationalen Gesellschaft gesellschaftsrechtliche Beschränkungen hinsichtlich der tatsächlichen Verlegung des Verwaltungssitzes auferlegen, damit die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nach dem nationalen Recht behalten kann. Durch die Besteuerung stiller Reserven wird aber die Existenz der Gesellschaft nicht in Frage gestellt. Die Verlegung des Verwaltungssitzes wird nicht reglementiert, sondern vielmehr sanktioniert, indem die Gesellschaft zu einem Zeitpunkt Steuern zahlen muss, zu dem eine Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland die Steuern nicht entrichten muss.<sup>32</sup> Sofern also die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates eine isolierte Verwaltungssitzverlegung zulässt, müssen sich sämtliche Wegzugsbeschränkungen vor der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen.<sup>33</sup> Anders gewendet: Die nationale Rechtsordnung entscheidet über die Vorfrage, ob eine Gesellschaft nach nationalem Recht wirksam besteht. Existiert sie nach nationalem Recht, kann sie sich auch gegenüber ihrer „Heimatrechtsordnung“ auf die Niederlassungsfreiheit berufen.<sup>34</sup>

f) Nach *Cartesio* und *National Grid Indus* verbleibt somit als Zwischenergebnis, dass ein Mitgliedstaat die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes einer nationalen Gesellschaft nicht akzeptieren muss, sondern hieran die Auflösung der Gesellschaft knüpfen kann. Gestattet der Mitgliedstaat aber grundsätzlich die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland, darf er diese nicht erschweren.

g) Die Entscheidung *VALE* betraf schließlich die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes unter Änderung der Rechtsform: Die italienische *VALE Srl* beschloss, ihren Sitz nach Ungarn zu verlegen und sich gleichzeitig in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungarischen Rechts umzuwandeln.

Unter den bereits in der Rechtssache *Sevic* herausgestellten Gründen entschied der EuGH, dass der Gesellschaft die Eintragung in das ungarische Handelsregister nicht verwehrt werden darf, sofern eine ungarische Gesellschaft ihre Rechtsform in die einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungarischen Rechts wechseln kann.<sup>35</sup> Bei einem grenzüberschreitenden

Formwechsel darf der Aufnahmestaat die Eintragung der Gesellschaft in das nationale Register nicht verweigern, wenn das nationale Recht einen vergleichbaren Formwechsel zwischen nationalen Rechtsformen zulässt.

#### 4. Konkretisierung der Niederlassungsfreiheit durch VALE

Die *VALE*-Entscheidung zum grenzüberschreitenden Formwechsel war an sich nicht spektakulär, sondern folgte konsequent aus der *Sevic*-Entscheidung zu grenzüberschreitenden Umwandlungen. Wirklich neu war allerdings, dass der EuGH in dem Urteil ausdrücklich herausstellte, dass der Niederlassungsbegriff im Sinne der Niederlassungsfreiheit die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit voraussetze.<sup>36</sup>

a) Angelegt hatte der EuGH diese tatbestandliche Konkretisierung der Niederlassungsfreiheit bereits in der Entscheidung *Cadbury Schweppes*. Darin hob der EuGH hervor, dass die Niederlassungsfreiheit darauf ziele, dem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates zu erlauben, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, um dort seinen Tätigkeiten nachzugehen. Dies solle die gegenseitige wirtschaftliche und soziale Durchdringung auf dem Gebiet der selbstständigen Erwerbstätigkeit innerhalb der Gemeinschaft fördern. Die Niederlassungsfreiheit wolle es dem Staatsangehörigen ermöglichen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen.<sup>37</sup> Die Eingliederung in den Aufnahmemitgliedstaat setze aber voraus, dass dort eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt werde und eine tatsächliche Ansiedlung im Aufnahmemitgliedstaat erfolge.<sup>38</sup> Eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit durch den Aufnahmemitgliedstaat sei gerechtfertigt, wenn sie sich darauf beziehe, rein künstliche Gestaltungen zu verhindern.<sup>39</sup>

b) Was folgt hieraus für die Niederlassungsfreiheit?

Sind die Kernaussagen der Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* überholt und können sich Schein- auslandsgesellschaften nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen?<sup>40</sup> Oder handelt es sich um eine unbestimmte Einschränkung, die einen erheblichen Vollzugsaufwand bedinge und deshalb vom EuGH nochmals überdacht werden solle?<sup>41</sup>

c) Nach der Rechtsprechung des EuGH kann sich auf die Niederlassungsfreiheit nur berufen, wer eine Niederlassung in

31 EuGH, Urteil vom 29.11.2011, *National Grid Indus*, C-371/10, DStR 2011, 2334 Rdnr. 33.

32 EuGH, Urteil vom 29.11.2011, *National Grid Indus*, C-371/10, DStR 2011, 2334 Rdnr. 35 f.

33 *Verse*, ZEuP 2013, 458, 460 f.

34 *Verse*, ZEuP 2013, 458, 463.

35 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, *VALE*, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 36.

36 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, *VALE*, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 37.

37 EuGH, Urteil vom 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, DStR 2006, 1686 Rdnr. 53.

38 EuGH, Urteil vom 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, DStR 2006, 1686 Rdnr. 53.

39 EuGH, Urteil vom 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, DStR 2006, 1686 Rdnr. 51.

40 So im Ergebnis: *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701, 2702 f.; *Kindler*, EuZW 2012, 888, 892; *König/Bormann*, NZG 2012, 1241, 1242; *Roth*, ZIP 2012, 1744, 1745.

41 So *Drygala*, EuZW 2013, 569, 571.

dem Staat unterhält, gegenüber dem er die Niederlassungsfreiheit geltend macht. Daraus wird bisweilen für die in *Centros* und *Inspire Art* behandelten Sachverhalte der Scheinauslandsgesellschaften gefolgert, die Berufung einer ausländischen Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit im Aufnahmemitgliedstaat setze voraus, dass sich die Gesellschaft auch im Staat ihrer Registrierung auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne. Dafür sei wiederum erforderlich, dass die Gesellschaft dort eine Niederlassung habe oder eine tatsächliche Verbindung zum Registerstaat, ein *genuine link*,<sup>42</sup> bestehe.<sup>43</sup>

Hierzu wird auch auf den Sachverhalt der *Cadbury Schweppes*-Entscheidung verwiesen.<sup>44</sup> Dort hat – vereinfacht gesagt – eine britische Gesellschaft Gewinne in eine irische Tochtergesellschaft ausgelagert, die in Dublin über nicht mehr als einen Briefkasten verfügte. Die britische Finanzverwaltung bezog nun diese Gewinne in die Besteuerung der britischen Muttergesellschaft ein, da die Gewinne in Irland mit einem geringeren Steuersatz besteuert wurden.<sup>45</sup> Zwar greift die Regelung des britischen Steuerrechts in die Niederlassungsfreiheit der britischen Muttergesellschaft ein, der es grundsätzlich freisteht, Tochtergesellschaften im europäischen Ausland zu gründen. Der EuGH sah aber den Eingriff im konkreten Fall als gerechtfertigt an, weil der Sachverhalt eine rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung betraf: Die ausländische Tochtergesellschaft ist nur gegründet worden, um der Steuer zu entgehen, die normalerweise für inländische Gewinne anfällt, und nimmt selbst in Irland nicht am Wirtschaftsleben teil.<sup>46</sup>

Damit gleicht der Entscheidungsaufbau bei *Cadbury Schweppes* den Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*: Eine Gesellschaft, die in ihrem Registerstaat keine Tätigkeit entfaltet, und deren Gesellschafter können sich grundsätzlich in einem anderen Mitgliedstaat auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sofern sie dort tatsächlich tätig sind. Eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Maßnahmen ist nur möglich, wenn diese nach der *Gebhard*-Formel<sup>47</sup> gerechtfertigt sind.<sup>48</sup>

In den Entscheidungen *Centros* und *Inspire Art* hat der EuGH den Gläubigerschutz allein nicht für ausreichend erachtet, um die Nichtanerkennung der Scheinauslandsgesellschaften zu rechtfertigen: Potenzielle Gläubiger würden durch den auslän-

dischen Rechtsformzusatz gewarnt<sup>49</sup> und seien im Fall einer ausländischen Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Registerstaat gleich gefährdet.<sup>50</sup> Im Gegensatz zum *Cadbury Schweppes*-Sachverhalt hatten die Gesellschaften in den Fällen *Centros* und *Inspire Art* auch eine tatsächliche Niederlassung begründet. Sofern kein betrügerisches Element hinzukommt,<sup>51</sup> ist davon auszugehen, dass durch die Entscheidungen *Cadbury Schweppes* und *VALE* sich nichts an der grundsätzlichen rechtlichen Beurteilung der Scheinauslandsgesellschaften durch den EuGH ändert.<sup>52</sup>

## 5. Wegzug einer Gesellschaft ohne Liquidation

Die *VALE*-Entscheidung betraf den Zugang zu einer Rechtsordnung im Wege eines grenzüberschreitenden Formwechsels und damit die Pflicht des Aufnahmestaates, die zuziehende Gesellschaft in das Register einzutragen. Dass auch eine Pflicht des Wegzugsstaates besteht, die formwechselnde Gesellschaft ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens aus dem Register zu löschen, hat der EuGH bereits in einem obiter dictum der *Cartesio*-Entscheidung dargelegt.<sup>53</sup>

Allerdings ist umstritten, ob ein liquidationsloser Wegzug auch dann zu ermöglichen ist, wenn die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat keine Niederlassung unterhalten möchte und nur ihren Satzungssitz dorthin verlegen möchte.

a) Dieser Sachverhalt war Gegenstand der Rechtssache *Polbud* vor dem EuGH. Das Ausgangsverfahren betraf eine polnische Gesellschaft, die ihren Satzungssitz unter gleichzeitigem Wechsel in eine Gesellschaft luxemburgischen Rechts nach Luxemburg verlegen wollte. Der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft sollte aber in Polen verbleiben, weshalb das polnische Handelsregister sich weigerte, die Gesellschaft ohne ordentliche Liquidation zu löschen.

b) Der Unterschied zu dem bereits vorgestellten Fall *Cartesio* liegt hierin, dass die Gesellschaft ihre Rechtsform ändern möchte. Anders als bei dem Sachverhalt, der der *VALE*-Entscheidung zugrunde liegt, möchte die Gesellschaft den Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit in Polen behalten.<sup>54</sup>

42 Zum Begriff siehe nur MünchKomm-BGB/*Kindler*, IntGesR Rdnr. 344.

43 *König/Bormann*, NZG 2012, 1241, 1242; *Roth*, ZIP 2012, 1744, 1745.

44 *König/Bormann*, NZG 2012, 1241, 1243.

45 EuGH, Urteil vom 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, DStR 2006, 1686 Rdnr. 46.

46 EuGH, Urteil vom 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, DStR 2006, 1686 Rdnr. 55.

47 Vgl. MünchKomm-AktG/*Ego*, 4. Aufl. 2017, Europäische Niederlassungsfreiheit Rdnr. 152.

48 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, NJW 1999, 2027 Rdnr. 34 f.; EuGH, Urteil vom 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00, NZG 2002, 1164 Rdnr. 92; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, NJW 2003, 3331 Rdnr. 132 ff.

49 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, NJW 1999, 2027 Rdnr. 36; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, NJW 2003, 3331 Rdnr. 135.

50 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, NJW 1999, 2027 Rdnr. 36.

51 Vgl. EuGH, Urteil vom 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, NJW 2003, 3331 Rdnr. 136.

52 Hausmann/*Odersky/Wall*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18 Rdnr. 95.

53 EuGH, Urteil vom 16.12.2008, *Cartesio*, C-210/06, NJW 2009, 569, 572 Rdnr. 112.

54 Zwar hat die Klägerin nach der Stellungnahme der Generalanwältin die Wiederaufnahme des mündlichen Verfahrens beantragt und vorgetragen, dass auch die Verlegung des tatsächlichen Sitzes nach Luxemburg beabsichtigt gewesen sei (EuGH, Urteil vom 25.10.2017, *Polbud*, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1309 Rdnr. 19). Diesem Antrag wurde jedoch durch den EuGH nicht stattgegeben; die Entscheidung erfolgte unter der Prämisse, dass die Gesellschaft nicht beabsichtige, ihren tatsächlichen Sitz nach Luxemburg zu verlegen (EuGH, Urteil vom 25.10.2017, *Polbud*, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1310 Rdnr. 26).

c) Unter Berücksichtigung der Auslegung der Niederlassungsfreiheit in der Rechtssache *VALE* wäre an sich auch im Fall *Polbud* die Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet, denn die Gesellschaft möchte gerade nicht tatsächlich in Luxemburg tätig werden und dort eine Niederlassung begründen.<sup>55</sup>

Warum aber soll dieser Sachverhalt anders zu bewerten sein, als der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft, die in ihrem Registerstaat keine Niederlassung hat?

Zwar fallen in beiden Varianten Satzungs- und Verwaltungssitz auseinander, der Hintergrund ist jedoch ein anderer: Beabsichtigt eine Gesellschaft, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat zu verlegen, möchte sie dort wirtschaftlich tätig werden. Damit ist die Niederlassungsfreiheit eröffnet, denn die Gesellschaft möchte sich dort gerade tatsächlich niederlassen. Dann bestehen im Zuzugsstaat auch noch keine rechtlichen Bindungen. Beitretende Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer können erkennen, dass es sich um eine Gesellschaft mit ausländischer Rechtsform handelt und sich darauf einstellen.<sup>56</sup> Beim Wegzug bestehen bereits rechtliche Beziehungen zwischen der Gesellschaft auf der einen Seite und Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern auf der anderen Seite, die durch die isolierte Verlegung des Sitzungssitzes berührt werden.<sup>57</sup> Hier muss der Wegzugsstaat einschreiten können, indem er einen Herausformwechsel verwehrt, der zur Gründung einer ausländischen Briefkastengesellschaft führt.<sup>58</sup> Dies gilt umso mehr, weil die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat gerade nicht tätig werden möchte: Niemand kann sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen, um sich einer anwendbaren Rechtsordnung durch Flucht in das Ausland zu entziehen, wenn dort nicht tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit begründet wird.<sup>59</sup>

d) Indessen hat der EuGH in der Rechtssache *Polbud* entschieden, dass der Wegzugsstaat einen grenzüberschreitenden Formwechsel akzeptieren muss, auch wenn im Zuzugsstaat keine tatsächliche Niederlassung erfolgt.<sup>60</sup> Der EuGH rekurriert dabei im Wesentlichen auf die Argumente aus dem Verfahren *Centros* und geht auf die Voraussetzung der Niederlassung im Zuzugsstaat selbst nicht ein.<sup>61</sup> Sofern die Gesellschaft nach der Rechtsordnung des Zuzugsstaates existiert, kann sie sich gegenüber dem Wegzugsstaat auf die Nieder-

lassungsfreiheit berufen.<sup>62</sup> Eine Erschwerung der isolierten Sitzungssitzverlegung ist nur möglich, wenn diese durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, eine Sitztrennung allein stellt jedoch per se keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>63</sup>

e) Letztendlich steht es aber dem Zuzugsstaat frei, die Umwandlung in eine nationale Rechtsform zu verweigern, wenn nicht zugleich eine Niederlassung in dem Zuzugsstaat begründet wird. Denn auch im Verhältnis zum Zuzugsstaat gilt, dass die Niederlassungsfreiheit tatbestandsmäßig eine Niederlassung im Zuzugsstaat voraussetzt. Ohne eine tatsächliche Niederlassung kann jeder Staat verhindern, dass seine Rechtsordnung gewählt wird.<sup>64</sup> Dies ist auch sachgerecht, denn die zugezogene Gesellschaft verursacht Kosten im Rechts- und Steuersystem des Zuzugsstaates, ohne eine wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten.<sup>65</sup>

## 6. Weitere Folgen von VALE

Neben der Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels und der praktischen Umsetzung lassen sich aus der *VALE*-Entscheidung noch drei wichtige Schlussfolgerungen ziehen:

- Zunächst: Auch bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel gilt das Gründungsrecht des Zuzugsstaates. Der EuGH hat klargestellt, dass aufgrund des Fehlens europäischer Regelungen bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel die beiden betroffenen nationalen Rechtsordnungen sukzessive anzuwenden sind<sup>66</sup> und dass der grenzüberschreitende Formwechsel zu einer Gründung der Gesellschaft im Aufnahmestaat führt,<sup>67</sup> für die grundsätzlich dieselben Vorschriften gelten wie für eine rein nationale Gründung.<sup>68</sup> Im Fall des Formwechsels einer ausländischen Gesellschaft in die Rechtsform der GmbH sind damit insbesondere die Vorschriften über die Kapitalaufbringung, und zwar für eine Neugründung durch Sacheinlage, einzuhalten.<sup>69</sup>
- Sodann: Die Niederlassungsfreiheit begründet keine unbeschränkte gesellschaftsrechtliche Rechtswahlmöglichkeit innerhalb der Europäischen Union.<sup>70</sup>

55 So auch Generalanwältin Kokott, ZIP 2017, 1319, 1322 Rdnr. 38.

56 Vgl. EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Inspire Art, C-167/01, NJW 2003, 3331 Rdnr. 135.

57 So auch Stelmaszczyk, EuZW 2017, 890, 893.

58 Mülbart/Kiem/Wittig/Bergmann/Verse/Bayer, 10 Jahre SE, 2015, S. 230, 231 f.; Hushan, RNotZ 2014, 137, 152; Kindler, DNotZ-Sonderheft 2016, 75, 95 f.; Verse, ZEuP 2013, 458, 478. A. A. Schön, ZGR 2013, 333, 360: Der Herkunftsmitgliedstaat darf die isolierte Verwaltungssitzverlegung nicht verweigern, wenn der Aufnahmemitgliedstaat den Zuzug ohne wirtschaftliche Substanz gestattet.

59 Verse, ZEuP 2013, 458, 478.

60 EuGH, Urteil vom 25.10.2017, Polbud, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1310 f. Rdnr. 35 ff.

61 Kieninger, NJW 2017, 3624, 3626; Stelmaszczyk, EuZW 2017, 890, 892.

62 EuGH, Urteil vom 25.10.2017, Polbud, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1310 Rdnr. 35.

63 EuGH, Urteil vom 25.10.2017, Polbud, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1311 Rdnr. 40. Vgl. die Argumentation bei Centros oben A. II. 4. c).

64 Hushan, RNotZ 2014, 137, 152; Schön, ZGR 2013, 333, 353; Stelmaszczyk, EuZW 2017, 890, 893.

65 Hushan, RNotZ 2014, 137, 152.

66 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, VALE, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 37.

67 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, VALE, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 51.

68 Vgl. EuGH, Urteil vom 12.7.2012, VALE, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 52.

69 Heckschen, ZIP 2015, 2049, 2058; Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1394, 1400.

70 Schlussantrag Generalanwältin Kokott, Rdnr. 38, 43; Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1394, 1399.

Eine Niederlassung im Sinne einer tatsächlichen Ansiedlung im dem Staat, gegenüber dem die Gesellschaft die Niederlassungsfreiheit geltend macht, ist schon begriffsnotwendig Voraussetzung der Niederlassungsfreiheit: Eine Gesellschaft kann sich nur dann auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn sie auch über eine Niederlassung verfügt. Die Niederlassungsfreiheit will es Gesellschaften ermöglichen, freie binnengrenzüberschreitende Standortstrategien zu eröffnen und so einen unionsweiten Wettbewerb der Standorte schaffen.<sup>71</sup> Die Niederlassungsfreiheit schützt damit die Tätigkeit an einem bestimmten Standort und den Zugang hierzu. Insbesondere kann ein Mitgliedstaat verlangen, dass eine zuziehende Gesellschaft nicht nur ihren Satzungssitz, sondern auch ihren Verwaltungssitz in den Mitgliedstaat verlegt und damit verhindern, dass Briefkastengesellschaften „unter seiner Flagge“ auftreten.<sup>72</sup>

Zwar enthält der Vorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen im Rahmen des *Company Law Package* nunmehr auch in Art. 86c Abs. 3 und 160d Abs. 3 des Entwurfs eine allgemeine Missbrauchsklausel, nach der grenzüberschreitende Umwandlungen (und Verschmelzungen) nicht durch die zuständige staatliche Behörde genehmigt werden dürfen, wenn es sich um rein künstliche Gestaltungen mit dem Ziel handelt, unrechtmäßige Steuervorteile zu erlangen oder die gesetzlichen oder vertraglichen Rechte der Arbeitnehmer, Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter unrechtmäßig zu beschneiden.<sup>73</sup> Wie diese unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren sind, lässt der Entwurf allerdings offen.

c) Schließlich: Die Niederlassungsfreiheit wird nicht dadurch gefördert, dass Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen können.<sup>74</sup>

aa) Während Art. 7 der SE-VO vorschreibt, dass der Sitz einer SE in dem Staat liegen muss, in dem sich auch die Hauptverwaltung befindet, sah die Kommission in ihren Entwürfen für das Statut der Europäischen Privatgesellschaft und der SUP-Richtlinie vor, dass Satzungssitz und Verwaltungssitz nicht in demselben Mitgliedstaat liegen müssten. Unternehmen sollten – so die Begründung der Kommission – die Vorteile des Binnenmarktes in vollem Umfang nutzen können.<sup>75</sup> Auch in der Literatur wird ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz bisweilen befürwortet.<sup>76</sup>

bb) Die Niederlassungsfreiheit schützt jedoch gerade nicht die freie Wahl des anwendbaren Rechts, sondern nur die freie Wahl des wirtschaftlichen Standortes<sup>77</sup> und setzt tatbestand-

lich zwingend eine Niederlassung voraus. Daraus lässt sich nicht rechtfertigen, dass Gründer oder Gesellschafter das Gesellschaftsrecht eines anderen als des Staates, in dem sie wirtschaftlich tätig werden wollen, wählen können, ohne zu diesem einen realwirtschaftlichen Bezug zu haben, sofern dies nicht nach dem jeweiligen nationalen Recht möglich ist. Unterliegt aber das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz nicht der Niederlassungsfreiheit, sind europarechtliche Regelungen, die ein solches Auseinanderfallen festschreiben möchten, keine geeignete Maßnahme zur Förderung der Niederlassungsfreiheit.<sup>78</sup> Vorzugswürdig wäre es im Gegenteil, in künftigen europäischen Regelungen zum Gesellschaftsrecht die Einheit von Satzungs- und Verwaltungssitz festzuschreiben, um die Gründung von Briefkastengesellschaften zu unterbinden. Hierzu sei angemerkt, dass Scheinauslandsgesellschaften zwar aufgrund der Niederlassungsfreiheit anzuerkennen sind, die Grundlage dieser Konstruktionen jedoch im nationalen Gesellschaftsrecht liegt, das ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz gestattet.<sup>79</sup> Dies folgt letztlich daraus, dass mangels Vereinheitlichung im Unionsrecht für die Anknüpfung von Gesellschaften nationales Recht gilt.<sup>80</sup>

## 7. Rechtssache Kornhaas

Zuletzt soll noch das Urteil *Kornhaas* des EuGH<sup>81</sup> erwähnt werden, in dem der EuGH einer extensiven Auslegung der Niederlassungsfreiheit weitere Grenzen gesetzt hat.

In dem Verfahren wehrte sich Frau Kornhaas, weiland *director* der ausschließlich in Deutschland tätigen und zwischenzeitlich insolventen *Kornhaas Montage und Dienstleistung Limited* unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit gegen die Inanspruchnahme für die Rückzahlung von nach der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geleisteten Zahlungen nach dem jetzigen § 64 Satz 1 GmbH.

Der EuGH hat klargestellt, dass die Masseschmälerungshaftung weder die Gründung einer Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat noch ihre spätere Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat betrifft, sondern ausschließlich nach der Gründung einer Gesellschaft im Rahmen ihrer Tätigkeit Anwendung findet.<sup>82</sup> Die Niederlassungsfreiheit gewähre hingegen nur den freien Marktzutritt, befreie aber die zuziehende Gesellschaft, insbesondere bei einer isolierten Verlegung des Verwaltungssitzes, nicht von den Ausübungsregelungen im Zuzugsstaat.<sup>83</sup> Bloße Tätigkeitsregelungen, die erst

71 Vgl. auch Streinz/Müller-Graf, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rdnr. 5.

72 Stelmaszczyk, EuZW 2017, 890, 893.

73 COM (2018) 241 final vom 25.4.2018, S. 56, 82.

74 Böttcher/Kraft, NJW 2012, 2701, 2703; Kindler, EuZW 2012, 888, 892; Leitzen, NZG 2009, 728; Wicke, MittBayNot 2011, 23.

75 KOM (2008) 396 endgültig, S. 13; COM (2014) 212 final vom 9.4.2014, S. 3.

76 Kiem, ZHR 180 (2016), 289, 301 f.; wohl auch Schön, ZGR 2013, 333, 364 f.

77 Generalanwältin Kokott, ZIP 2017, 1319, 1322 Rdnr. 38, 1323 Rdnr. 43; Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1394, 1399.

78 Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1394, 1399.

79 So auch in der Rechtssache Polbud: Die Gesellschaft kann sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen, weil sie die nach dem Recht von Luxemburg geforderten Kriterien zur Gründung erfüllt, EuGH, Urteil vom 25.10.2017, Polbud, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1311 Rdnr. 35.

80 EuGH, Urteil vom 25.10.2017, Polbud, C-106/16, NZG 2017, 1308, 1311 Rdnr. 34.

81 EuGH, Urteil vom 10.12.2015, Kornhaas, C-594/14, NJW 2016, 223.

82 EuGH, Urteil vom 10.12.2015, Kornhaas, C-594/14, NJW 2016, 223, 225 Rdnr. 28.

83 Verse/Wiersch, EuZW 2016, 330, 331; Weller/Hübner, NJW 2016, 225.

nach erfolgtem Marktzutritt greifen, stellten keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>84</sup> Salopp formuliert: Wer mitspielen will, darf dies gerne, möge sich aber an die lokalen Spielregeln halten.<sup>85</sup>

*And now for something completely different:*<sup>86</sup>

### III. Brexit

#### 1. Folgen für Limiteds in Deutschland

Nach dem ablehnenden Votum über den Verbleib des Vereinigten Königreiches in der Europäischen Union wurde zwischenzeitlich der Austrittsprozess eingeleitet, der sog. *Brexit*. Aller Voraussicht nach wird das Vereinigte Königreich mit Ablauf des 29.3.2019 aus der Europäischen Union ausscheiden, wenn nicht bereits zuvor ein Abkommen über den Austritt zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union geschlossen werden sollte.<sup>87</sup> Berechtigte Hoffnungen darauf lassen sich aus dem derzeit durch die Presse kommunizierten Verhandlungsstand nicht schöpfen.

Welche Auswirkungen hat dies auf die Limiteds, die unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ihren Verwaltungssitz außerhalb des Vereinigten Königreiches genommen haben und beispielsweise wirtschaftlich ausschließlich in Deutschland tätig sind?

Die Antwort auf diese Frage hängt von dem Ergebnis der Brexit-Verhandlungen ab:

a) Verbleibt das Vereinigte Königreich im EWR, können sich die Limiteds weiterhin auf die Niederlassungsfreiheit des EWR-Vertrages, die im Wesentlichen der Niederlassungsfreiheit des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union entspricht, berufen.<sup>88</sup> Gleiches gilt, falls die EU und/oder die Bundesrepublik Deutschland einerseits und das Vereinigte Königreich andererseits in einem neuen völkerrechtlichen Vertrag die gegenseitige Niederlassungsfreiheit vereinbaren.<sup>89</sup>

Allerdings ist die Niederlassungsfreiheit ein Bestandteil der Personenfreizügigkeit, die auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst. Die Befürworter des Brexits wollten aber gerade die Zuwanderung nach Großbritannien durch EU-Bürger stoppen. Von daher ist es vermutlich eher unwahrscheinlich, dass die Niederlassungsfreiheit nach dem Brexit weiterhin im Verhältnis zu Großbritannien gilt.<sup>90</sup>

b) Wird keine Vereinbarung über die Fortgeltung der Niederlassungsfreiheit getroffen oder erfolgt der Brexit gar in „harter“ Form, d. h. ohne jegliche Vereinbarung, und verbleibt das Ver-

einigte Königreich auch nicht im EWR, können sich die Gesellschaften britischen Rechts in der Europäischen Union nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen.<sup>91</sup> Dann gilt aus deutscher Sicht für die Limiteds wie für jede Gesellschaft aus einem nicht der Europäischen Union angehörenden Drittstaat die Sitztheorie. Die bislang haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften englischen Rechts werden dadurch aus deutscher Sicht zu Personengesellschaften deutschen Rechts, bei denen die Gesellschafter unbeschränkt haften.<sup>92</sup> Bei einer Ein-Personen-Limited fällt das Unternehmen der Gesellschaft dem Alleingesellschafter zu, der dies als Einzelunternehmer mit unbeschränkter persönlicher Haftung für die Verbindlichkeiten weiterführt.<sup>93</sup>

Durchgreifende Gründe, die für einen Bestandsschutz sprechen, sind nicht ersichtlich.<sup>94</sup> Der Brexit kommt nicht über Nacht.<sup>95</sup> Es geht vielmehr eine zweijährige Verhandlungsperiode voraus, über die in allen Medien berichtet wird. Vermutlich wird auch das Verhandlungsergebnis, so es eines geben wird, nicht unmittelbar nach Ende der Verhandlungsperiode umgesetzt sein, sondern es wird wahrscheinlich einen Übergangszeitraum geben, bis die finale Austrittsvereinbarung in Kraft tritt.<sup>96</sup> Aus diesem Grund erscheint es nicht geboten, selbst nach einem „harten“ Brexit noch eine Übergangsfrist festzusetzen, in der die britischen Gesellschaften anerkannt bleiben und ggf. ihre Rechtsform wechseln können.<sup>97</sup>

#### 2. Lösungswege

Was ist den Gesellschaftern einer solchen Limited zu raten?

Sofern eine persönliche Haftung vermieden werden soll, ist das von der Limited betriebene Unternehmen in eine haftungsbeschränkte Gesellschaft deutschen Rechts zu überführen. Dies kann im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge geschehen.

a) Bei einer Umwandlung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ist zunächst eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine deutsche Kapitalgesellschaft zu erwägen. Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ist gesetzlich geregelt, und zwar sowohl auf europäischer Ebene als auch in Deutschland und in Großbritannien. Die Ver-

84 Kindler, DNotZ-Sonderheft 2016, 75, 78; Weller/Hübner, NJW 2016, 225; a. A. Bayer/Schmidt, BB 2016, 1923, 1931: bloße Beschränkung auf bestimmte insolvenzrechtliche Vorschriften.

85 Ähnlich Schall, ZIP 2016, 289, 292.

86 Frei nach *Monty Python's Flying Circus*.

87 Art. 50 Abs. 3 EUV.

88 Freitag/Korch, ZIP 2016, 1361, 1362; Hagemann/von der Höh, DB 2017, 830.

89 Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, 2378, 2380.

90 So auch Freitag/Korch, ZIP 2016, 1361, 1362; Kumpan/Pauschinger, EuZW 2017, 327, 332; Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, 2378, 2380.

91 Schall, GmbHR 2017, 25; Vossius, notar 2016, 314; Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, 2378, 2380.

92 Hagemann/von der Höh, DB 2017, 830; Kumpan/Pauschinger, EuZW 2017, 327, 332; Seeger, DStR 2016, 1817, 1819; Seggewiß/Weber, GmbHR 2016, 1302, 1303; Vossius, notar 2016, 314.

93 Hagemann/von der Höh, DB 2017, 830; Seeger, DStR 2016, 1817, 1819; Seggewiß/Weber, GmbHR 2016, 1302, 1303.

94 So auch Kumpan/Pauschinger, EuZW 2017, 327, 332; Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041, 1042.

95 Vgl. auch Zwirlein/Großrichter/Gätsch, NZG 2017, 1041, 1042.

96 Seeger, DStR 2016, 1817, 1819.

97 So Drygala, Exit auch aus der britischen Limited?, veröffentlicht am 5.7.2016 unter <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/brexit-bedrohung-limited-plc-deutschland-rechtsform-niederlassungsfreiheit/2/> (zuletzt abgerufen am 21.9.2018); Freitag/Korch, ZIP 2016, 1361, 1364. Wie hier ausführlich Seeger, DStR 2016, 1817, 1819 ff.

schmelzung der Limited auf eine deutsche Kapitalgesellschaft führt faktisch zu einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung; das Unternehmen der Limited wird von einer deutschen Kapitalgesellschaft weitergeführt.<sup>98</sup> Dabei kommt es zu einer Gesamtrechtsnachfolge und die Vermögensgegenstände sowie Vertragsverhältnisse der Limited gehen auf die deutsche Gesellschaft über, ohne dass es der Zustimmung der Vertragspartner bedarf. Jedoch führt die Verschmelzung zu einem Vermögensübergang. Sofern die Gesellschaft über Grundbesitz in Deutschland verfügt, löst die Verschmelzung Grunderwerbsteuer aus.<sup>99</sup>

b) Hier kommt die VALE-Rechtsprechung des EuGH den Gesellschaften der Limited zugute: Solange das Vereinigte Königreich noch Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, können Limiteds ihre Rechtsform grenzüberschreitend in die eines anderen Mitgliedstaates ändern. Bei dem Formwechsel kommt es zu keinem Vermögensübergang, da der Formwechsel die Identität des Rechtsträgers unberührt lässt und er nur sein Rechtskleid ändert.<sup>100</sup>

Im Gegensatz zur grenzüberschreitenden Verschmelzung fehlt hingegen für den grenzüberschreitenden Formwechsel jedoch noch<sup>101</sup> eine Regelung auf europäischer und – soweit Deutschland und Großbritannien betroffen sind – auch auf nationaler Ebene. Erfreulicherweise hat der EuGH in seiner VALE-Entscheidung eine Orientierungshilfe gegeben: Solange unionsrechtliche Vorschriften für eine grenzüberschreitende Umwandlung fehlen, sind die beiden betroffenen Rechtsordnungen sukzessive anzuwenden.<sup>102</sup> Dabei sind der Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten: Die Modalitäten einer grenzüberschreitenden Umwandlung dürfen nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln<sup>103</sup> und die Ausübung der durch die Unionrechtsordnung verliehenen Rechte darf nicht durch nationales Recht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden.<sup>104</sup>

c) Jedoch ist bei allen grenzüberschreitenden Umwandlungen aus Großbritannien zu beachten, dass das englische Recht zum Schutz der Gläubiger eine Anhörung vor dem Londoner High Court of Justice vorsieht, bei der eine Vertretung durch britische Anwälte zwingend vorgegeben ist. Hierfür fallen mutmaßlich Kosten im höheren vierstelligen Pfund-Bereich an.<sup>105</sup> Es ist zu erwarten, dass diese Vorschrift auch bei

einem grenzüberschreitenden Formwechsel angewandt wird. Zudem sehen die britischen Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung vor, dass der High Court of Justice auf Antrag der Gläubiger eine Gläubigerversammlung einberufen kann, die mit 75 % des anwesenden Gläubigerkapitals der Verschmelzung zustimmen muss.<sup>106</sup> Die grenzüberschreitende Umwandlung einer Limited in eine deutsche Kapitalgesellschaft kommt also nur dann in Betracht, wenn die Limited über eine solche Substanz verfügt, dass die Vorteile der Umstrukturierung die Kosten derselben übersteigen.<sup>107</sup>

d) Scheiden eine Verschmelzung oder ein Formwechsel aus Kostengründen aus, kann das Vermögen der Limited im Wege der Einzelrechtsnachfolge an eine deutsche Kapitalgesellschaft übertragen werden, die das Unternehmen der Limited fortführt. Hier müssen jedoch alle Vertragspartner der Übernahme der Vertragsverhältnisse zustimmen.<sup>108</sup> Dies gilt insbesondere, wenn die deutsche Kapitalgesellschaft die Verbindlichkeiten der Limited mit schuldbefreiender Wirkung übernehmen soll. Stimmen aber die Gläubiger der Schuldübernahme nicht zu, haftet die Limited weiter für ihre Verbindlichkeiten. Dann droht mit dem Brexit die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter.<sup>109</sup>

Weiterhin darf bei dem Erwerb des Unternehmens der Limited durch eine neu gegründete GmbH mit identischem Gesellschafterkreis das Stammkapital nicht zur Begleichung eines Kaufpreises an die Limited fließen, da sonst der Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage erfüllt ist: Wirtschaftlich gesehen wird an die Gesellschaft eine Sachgesamtheit, das Unternehmen, übertragen, während das nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldete Bargeld an die Limited weitergeleitet wird, hinter der die Gesellschafter der GmbH stehen. Schließlich droht bei der Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge auch die steuerliche Aufdeckung stiller Reserven.<sup>110</sup>

e) Eine verdeckte Sacheinlage und die Aufdeckung stiller Reserven werden vermieden, wenn das von der Limited betriebene Unternehmen in eine deutsche Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eingebracht wird.<sup>111</sup> Im Gegenzug zur Einbringung erhält die Limited die Geschäftsanteile der deutschen GmbH. Hier kann jedoch nach dem Wegfall der Limited mit rein deutschem Verwaltungssitz im Zuge des Brexit die nachträgliche Aufdeckung stiller Reserven drohen, wenn sich die Anteile an der deutschen GmbH dann nicht mehr in dem Betriebsvermögen der Limited, sondern im Privatvermögen ihres Alleingeschäfters befinden.<sup>112</sup>

f) Alternativ können aber auch die Anteile an der Limited an eine deutsche Kapitalgesellschaft übertragen werden. Dann führt die Limited zunächst das Unternehmen weiter und die

98 Vgl. Hagemann/von der Höh, DB 2017, 830, 831.

99 Ege/Klett, DStR 2012, 2442, 2445 f.; Wachter, GmbH 2016, 738, 741.

100 Schmidt, Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate? – Gutachten für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, 2016, S. 32 f.

101 Ein Vorschlag für eine solche Regelung wurde zwischenzeitlich im Rahmen des *Company Law Package* vorgelegt – COM (2018) 241 final vom 25.4.2018.

102 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, VALE, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 44.

103 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, VALE, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 54.

104 EuGH, Urteil vom 12.7.2012, VALE, C-378/10, NJW 2012, 2715 Rdnr. 48.

105 Vossius, notar 2016, 314, 315.

106 Regulations 11 und 14 Cross-Border-Mergers Regulations; vgl. dazu Hagemann/von der Höh, DB 2017, 830, 832.

107 Vgl. Hagemann/von der Höh, DB 2017, 830, 832.

108 Seeger, DStR 2016, 1817, 1822.

109 Mayer/Manz, BB 2016, 1731, 1733.

110 Widmann/Mayer/Mayer, UmwG, Stand: September 2018, Anhang 5 Rdnr. 460; Seeger, DStR 2016, 1817, 1822.

111 Mayer/Manz, BB 2016, 1731, 1734.

112 Ähnlich auch Mayer/Manz, BB 2016, 1731, 1734.

deutsche Kapitalgesellschaft dient vorerst lediglich als „Schutzschirm“: Verliert die Limited ihre Anerkennung in Deutschland und wandelt sich sodann die Ein-Personen-Kapitalgesellschaft britischen Rechts in ein Einzelunternehmen, wächst das Vermögen der Limited aus deutscher Sicht ihrer Gesellschafterin, einer deutschen Kapitalgesellschaft, an, bei der wiederum die Haftungsbeschränkung besteht.

Allerdings lässt sich die Aufdeckung stiller Reserven auch hier grundsätzlich nur dann vermeiden, wenn die Anteile an der Limited gegen Gewährung von Geschäftsanteilen im Wege einer Sachgründung oder einer Sachkapitalerhöhung oder als Sachagio<sup>113</sup> eingebracht werden.<sup>114</sup>

### 3. Schlussfolgerungen

Somit bleibt festzuhalten: Verfügt die Limited über kein nennenswertes Vermögen, droht mithin keine Aufdeckung stiller Reserven und bestehen auch keine oder überschaubare Altverbindlichkeiten, sollten die Vermögensgegenstände im Wege der Einzelrechtsnachfolge in eine GmbH oder UG überführt werden, die den Geschäftsbetrieb der Limited fortsetzt.<sup>115</sup> Droht die Aufdeckung stiller Reserven, sollten die Anteile an der Limited in eine GmbH mittels Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung eingebracht werden oder die Anteile an der Limited im Wege einer Bareinlage mit Sachagio in eine GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) überführt werden. Bei wirtschaftlich bedeutsamen Sachverhalten kann hingegen ein grenzüberschreitender Formwechsel oder eine grenzüberschreitende Verschmelzung geboten sein.

## IV. Digitalisierung

Der Austritt der zweitgrößten Volkswirtschaft aus der Europäischen Union wird sicher große Veränderungen im Gefüge der Europäischen Union bewirken. Daneben sorgt der seit Jahren anhaltende Wandel zu digitalen Prozessen mittels Informations- und Kommunikationstechnik für tiefgreifende Veränderungen in zahlreichen Lebensbereichen. Die Digitalisierung verändert die Wirtschaft, die Arbeitswelt und auch die Gesellschaft. Ihre Gestaltung ist eines der wesentlichen Themen der Gegenwart und der Zukunft. Dies hat auch die Europäische Kommission erkannt.

### 1. Digitalisierungsziele der EU

Aufbauend auf ihre Binnenmarktstrategie möchte die Kommission digitale Lösungen für den gesamten Lebenszyklus eines Unternehmens etablieren, vor allem für die Eintragung von Unternehmen und die Archivierung von Unternehmensunterlagen und -daten.<sup>116</sup> Ziel der Kommission ist es, das Wachstum von kleinen und mittleren sowie Start-up-Unter-

nehmen zu begünstigen<sup>117</sup> und insgesamt sozioökonomische Vorteile für die Allgemeinheit zu heben.<sup>118</sup> Insbesondere möchte die Kommission mit ihrem Vorstoß auch grenzüberschreitende Gesellschaftsgründungen fördern, indem Gründer nicht mehr vor einer Stelle im Gründungsstaat erscheinen müssen.

Damit greift die Kommission auch auf ihren Vorschlag zu einer Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, der *Societas Unis Personae*, kurz: SUP, zurück, der bereits eine Online-Gründung vorsah.<sup>119</sup> Die jetzige Initiative der Kommission geht aber deutlich darüber hinaus, da nunmehr auch die Gründung von Mehrpersonengesellschaften im elektronischen Verfahren,<sup>120</sup> die Eintragung von Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten<sup>121</sup> sowie die elektronische Übermittlung von Dokumenten und Informationen an Unternehmensregister in Europa auch außerhalb des Gründungsverfahrens<sup>122</sup> vorgesehen ist.<sup>123</sup>

### 2. Erfolgreiche Digitalisierung auf nationaler Ebene

Der Einsatz digitaler Technologien ist wünschenswert, wo er Verfahren vereinfacht, ohne die Qualität der Ergebnisse zu beeinträchtigen. Schon heute bestimmen digitale Systeme einen Großteil unserer Arbeit. Dies betrifft nicht nur die elektronische Kommunikation via E-Mail, sondern auch die datenbankgestützte Vorbereitung von Urkunden und ihr elektronisch unterstützter Vollzug.

Als herausragende Referenz für eine gelungene Digitalisierung kann auf das bestehende System der elektronischen Kommunikation zwischen Notaren und Handelsregistern verwiesen werden. Über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach übermittelt der Notar nicht nur Schriftstücke an das Registergericht, sondern auch einen XML-Strukturdatensatz, der es den Handelsregistern ermöglicht, die Daten ohne weitere Eingabe in das elektronische Handelsregister zu übernehmen.<sup>124</sup> Durch die elektronische Signatur ist das Registergericht in der Lage, zu prüfen, wer die Daten übermittelt hat und ob diese bei der elektronischen Übermittlung zwischen Notar und Gericht verändert wurden.<sup>125</sup> Hierdurch besteht heute ein

<sup>117</sup> COM (2015) 550 final vom 28.10.2015, S. 5 f.

<sup>118</sup> COM (2016) 179 final vom 19.4.2016, S. 1.

<sup>119</sup> COM (2014) 212 final vom 9.4.2014, Art. 14 Abs. 3.

<sup>120</sup> Art. 1 Abs. 5 des Richtlinienvorschlages in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 30 f.: Einfügung von Art. 13f (Online-Eintragung von Gesellschaften).

<sup>121</sup> Art. 1 Abs. 13 des Richtlinienvorschlages in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 36 f.: Einfügung von Art. 28a (Online-Eintragung von Zweigniederlassungen) und Art. 28b (Online-Einreichung für Zweigniederlassungen).

<sup>122</sup> Art. 1 Abs. 5 des Richtlinienvorschlages in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 32: Einfügung von Art. 13i (Online-Einreichung durch Gesellschaften).

<sup>123</sup> Grundlegend: COM (2016) 179 final vom 19.4.2016, S. 9; Erwägungsgründe (17) und (23) des Richtlinienvorschlages in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018.

<sup>124</sup> Bormann, ZGR 2017, 621, 624 f.

<sup>125</sup> Bormann, ZGR 2017, 621, 625.

<sup>113</sup> Siehe hierzu BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 55/09, MittBayNot 2010, 507, 508. Zur Möglichkeit der steuerneutralen Einbringung in eine UG mittels Sachagio siehe auch Widmann/Mayer/Mayer, UmwG, Anhang 5 Rdnr. 412; Lubberich, DNotZ 2016, 164, 175.

<sup>114</sup> §§ 20 und 21 UmwStG.

<sup>115</sup> So auch Mayer/Manz, BB 2016, 1731, 1734; Seeger, DStR 2016, 1817, 1822.

<sup>116</sup> COM (2015) 550 final vom 28.10.2015, S. 6.

effektiver und zeitsparender Kommunikationskanal zwischen Notaren und Registergerichten,<sup>126</sup> der auch hohen Sicherheitsstandards gerecht wird.

Das ist international nicht selbstverständlich. In Delaware, dem aus gesellschaftsrechtlicher Sicht wohl bekanntesten Bundesstaat der USA, können Unterlagen nach wie vor ausschließlich per Post oder Telefax bei der Behörde eingereicht werden, die sie dann elektronisch erfasst.<sup>127</sup>

### 3. Digitalisierung im Company Law Package

Der im Rahmen des *Company Law Package* vorgelegte Richtlinienvorschlag sieht eine weitgehende elektronische Kommunikation zwischen Beteiligten und Registern für die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften, die Online-Einreichung von Urkunden und Angaben durch Gesellschaften und die Online-Eintragung von Zweigniederlassungen vor. Dabei können die Mitgliedstaaten bei der Online-Gründung von Gesellschaften die Beteiligung von Notaren im Online-Verfahren bestimmen.<sup>128</sup> Bei der Einreichung von Handelsregisteranmeldungen, die nach den Vorstellungen der Kommission künftig ausschließlich elektronisch ohne physische Präsenz eingereicht werden sollen, sowie der Online-Eintragung von Zweigniederlassungen ist unklar, ob die Mitgliedstaaten die Mitwirkung eines Notars oder gar grundlegend die Identifizierung der Anmelder vorschreiben können.<sup>129</sup>

Die Online-Gründung und -Einreichung soll – so die Vorstellungen der Kommission – vor allem Kosten senken: Digitale öffentliche Dienste verringerten den Verwaltungsaufwand und machten den Umgang mit Behörden kostengünstiger.<sup>130</sup> Auch seien Gesellschaftsgründungen mit geringerem finanziellen Aufwand verbunden, wenn Gründer mit Wohnsitz im Ausland nicht mehr persönlich in dem Land, in dem die Gesellschaft gegründet werden soll, erscheinen müssten.<sup>131</sup> Schließlich könnten Online-Gründungen Eintragsverfahren nicht nur verbilligen, sondern auch beschleunigen.<sup>132</sup> So sollen nach Einführung der Online-Gründung Eintragungen im Register innerhalb eines Zeitraums von fünf Arbeitstagen nach Vorlage

aller Gründungsunterlagen sowie Zahlung der Eintragungsgebühren und Abschluss der Kapitalaufbringung erfolgen.<sup>133</sup>

Digitale Lösungen sollen Vorgänge im Gesellschaftsrecht schneller und günstiger gestalten.<sup>134</sup> Damit nimmt die Kommission die Perspektive des durchschnittlichen Gründers ein, der seine Gesellschaft möglichst rasch und günstig gegründet sehen möchte. In diesem Kontext mag die notarielle Beurkundung als antiquiertes Gängelband erscheinen, das die Gründer zwingt, Termine mit dem Notar zu vereinbaren, zu diesen vor dem Notar zu erscheinen und am Ende noch dessen Rechnung bezahlen zu müssen.

### 4. Die Rolle des Notars bei der Gesellschaftsgründung

Das soll Anlass genug sein, sich den Zweck der notariellen Beurkundung von Gründungen von Kapitalgesellschaften vor Augen zu führen: Nach der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur soll die notarielle Beurkundung der Gründung von Kapitalgesellschaften die Grundlagen der eingetragenen Gesellschaft im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsverkehrs klarstellen.<sup>135</sup>

Die Gesellschaft nimmt als Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teil, kann Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen. Gegenüber ihren Vertragspartnern muss deshalb zumindest sicher feststehen, dass die Gesellschaft als solche existiert und wer sie vertreten darf. Aber auch innerhalb der Gesellschaft bestehen Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern, die – zumindest bei der GmbH – größtenteils disponibel sind und den Bedürfnissen der Gesellschafter angepasst werden können. Auch hier muss deutlich sein, welche Regelungen untereinander gelten.

Diese Überlegungen folgen aus dem kontinentaleuropäischen Gedanken der vorsorgenden Rechtspflege: Die hoheitliche Mitwirkung bei der Gestaltung und Sicherung privater Rechtsverhältnisse fördert die schützenswerten rechtlichen Interessen des Einzelnen und beugt ihrer künftigen Verletzung vor. Zugleich betreut sie aber auch die Interessen der Allgemeinheit und dient auf diese Weise der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden,<sup>136</sup> indem sie das Entstehen von Streitigkeiten vermeidet.<sup>137</sup>

### 5. Der Wert der formellen Rechtssicherheit: Verlässlichkeit öffentlicher Register

Effektive und kostengünstige Verfahrensabläufe sind zweifelsohne wünschenswert. Jedoch ist die Rechtssicherheit ein hohes Gut und Grundvoraussetzung einer funktionierenden Wirtschaftsordnung,<sup>138</sup> denn sie sorgt dafür, dass rechtliche

126 BT-Drucks. 18/10607, S. 107.

127 Vgl. die Angabe auf der Internetseite der Division of Corporations, <https://corp.delaware.gov/reqguide.shtml>.

128 Art. 13f Abs. 4 lit. e (neu) in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 30.

129 Vgl. *Schmitz*, notar 2018, 234. Zur unmittelbaren Kommunikation zwischen Beteiligten und Register vgl. auch COM (2014) 212 final vom 9.4.2014, Art. 14 Abs. 3; siehe aber auch Art. 14a Abs. 1 und Erwägungsgrund (18) desselben Richtlinienvorschlags in Fassung der Allgemeinen Ausrichtung des Rates vom 21.5.2015 mit den vereinbarten Änderungen des Wettbewerbsrates vom 28.5.2015, wonach eine Zwischenschaltung des Notars im Rahmen eines Videokonferenz-Verfahrens zulässig sein sollte.

130 COM (2016) 179 final vom 19.4.2016, S. 1; COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 4.

131 COM (2014) 212 final vom 9.4.2014, S. 6.

132 *Knapp*, What are the issues relating to digitalisation in Company Law? – Gutachten für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, 2016, S. 11.

133 Vorschlag von Art. 13f Abs. 7 (neu) in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 31.

134 COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 4.

135 Für die AG: MünchKomm-AktG/*Pentz*, 4. Aufl. 2016, § 23 Rdnr. 26; für die GmbH: Ulmer/Habersack/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 2 Rdnr. 13.

136 *Preuß*, RNotZ 2009, 529.

137 *Roth*, EuZW 2015, 734.

138 *Münch*, NJW 1996, 3320.

Beziehungen vorhersehbar sind.<sup>139</sup> Digitale Lösungen müssen deshalb in erster Linie auch rechtssicher sein.

a) Die formelle Komponente der Rechtssicherheit erfordert, Vorgänge korrekt und beweissicher zu dokumentieren.<sup>140</sup> Gerade für Eintragungen im Handelsregister ist dies besonders wichtig, denn das Handelsregister vermittelt negative wie positive Publizität: Die Existenz einer Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung ihrer Organe ergeben sich unmittelbar aus dem Handelsregister, auf dessen Richtigkeit der Rechtsverkehr vertrauen darf.<sup>141</sup> Die hohe Zuverlässigkeit der im deutschen Handelsregister publizierten Daten garantiert die Sicherheit von Transaktionen und ist ein nicht unerheblicher Standortvorteil des deutschen Rechts.<sup>142</sup>

b) Diese Verlässlichkeit des Handelsregisters setzt aber die Kontrolle der Daten voraus.<sup>143</sup> Wo eine solche Kontrolle fehlt, sind Register nicht zuverlässig. Als Beispiel hierfür mag das Companies House im Vereinigten Königreich dienen: Dort werden die durch die Gesellschaften eingereichten Dokumente vor Aufnahme in die Registerakte zwar in formeller Hinsicht geprüft, aber weder auf ihre inhaltliche Richtigkeit noch auf ihre Echtheit.<sup>144</sup> Die Folge sind Betrugsformen, die im Englischen als *company hijacking* oder *coporate identity theft* bezeichnet werden: Durch gefälschte Anmeldungen werden neue Geschäftsführer (*directors*) bestellt oder der Sitz der Gesellschaft verlegt.<sup>145</sup> Etwa 50 bis 100 Fälle werden dem Companies House monatlich bekannt; die Dunkelziffer mag höher liegen.<sup>146</sup> Ohne eine Prüfung der zum Handelsregister eingereichten Daten bestehen mithin erhebliche Gefahren für die Zuverlässigkeit und die Sicherheit von Registern.<sup>147</sup> Nicht ohne Grund weist selbst das Companies House auf seiner Internetseite darauf hin, dass es nicht als eine vollständige Quelle gesellschaftsrechtlicher Informationen angesehen werden möge.<sup>148</sup>

c) Besonderes Augenmerk ist bei digitalen Lösungen deshalb zunächst auf eine korrekte Identifizierung der Beteiligten zu legen. Eine fehlende Identitätskontrolle fördert Intransparenz und untergräbt die Seriosität des Rechtsverkehrs, indem das Entstehen von Briefkastenfirmen erleichtert und die Be-

mühungen zur Bekämpfung der Geldwäsche konterkariert werden.<sup>149</sup>

Nicht ohne Grund legt deshalb das Beurkundungsgesetz dem Notar in § 10 die Pflicht auf, die Identität der Beteiligten rechtsicher festzustellen, das heißt die Person der Beteiligten zweifelsfrei und richtig zu ermitteln.<sup>150</sup> Die DOnot verpflichtet den Notar, hierauf *besondere Sorgfalt* zu verwenden.<sup>151</sup> In der notariellen Beurkundungsverhandlung geschieht dies regelmäßig dadurch, dass sich die Personen durch amtliche und mit Lichtbild versehene Identifikationspapiere ausweisen.<sup>152</sup>

Dies ist freilich in der digitalen Welt nicht ohne Weiteres möglich. Gleichwohl müssen Identifizierungsmittel vorgesehen werden, um geeignete Vorkehrungen gegen Betrug und Geldwäsche zu treffen.<sup>153</sup> Der Einsatz von Passwörtern und PINs<sup>154</sup> alleine wird dabei nicht ausreichend sein. Solche können weitergegeben werden und Ziel von Ausspähungsangriffen, dem sog. Phishing, sein.<sup>155</sup>

Der Richtlinienvorschlag im *Company Law Package* sieht nunmehr vor, dass elektronische Identifizierungssysteme gegenseitig anzuerkennen sind, wenn diese im jeweiligen Mitgliedstaat genehmigt wurden oder von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellt und nach Art. 6 der eIDAS-Verordnung<sup>156</sup> anerkannt sind.<sup>157</sup>

In Deutschland steht als elektronisches Identifizierungssystem die Online-Ausweisfunktion des Personalausweises zur Verfügung. Nach § 18 PersAG kann ein Personalausweisinhaber, der mindestens 16 Jahre alt ist, seinen Personalausweis dazu verwenden, seine Identität gegenüber öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen elektronisch nachzuweisen. Zur Nutzung als Identifizierungsmittel kann der Personalausweis auf ein Lesegerät gelegt werden und der Inhaber dem Auslesen der Daten durch PIN-Eingabe zustimmen.<sup>158</sup> Abgesehen davon, dass der elektronische Personalausweis Angriffsflächen für

139 Rütters, Rechtstheorie, 1999, Rdnr. 82.

140 Stürmer, DNotZ-Sonderheft 2016, 35.

141 Ebenroth/Boujong/Joost/Gehrlein, HGB, 3. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 4.

142 Bormann, ZGR 2017, 621, 631.

143 Bormann, ZGR 2017, 621, 631.

144 Bock, ZIP 2011, 2449, 2450.

145 Bock, ZIP 2011, 2449, 2450 f.

146 Vgl. hierzu <https://www.gov.uk/guidance/protect-your-company-from-corporate-identity-theft>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

147 Bock, ZIP 2011, 2449, 2450.

148 „The information available on this site is not intended to be comprehensive, and many details which may be relevant to particular circumstances have been omitted. Accordingly it should not be regarded as being a complete source of company law and information [...]“.

149 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, 2014/C 458/04 vom 10./11.9.2014 Rdnr. 1.7.

150 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rdnr. 1.

151 § 26 Abs. 1 DOnot.

152 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 10 Rdnr. 19.

153 Knapp, What are the issues relating to digitalisation in Company Law? – Gutachten für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, S. 13.

154 Knapp, What are the issues relating to digitalisation in Company Law? – Gutachten für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, S. 13.

155 Eickelberg, NZG 2015, 81, 85.

156 Verordnung (EU) Nr. 910/2014.

157 Art. 13b Abs. 1 (neu) in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 27.

158 [https://www.personalausweisportal.de/DE/Buergerinnen-und-Buerger/Online-Ausweisen/So\\_geht\\_s/So\\_geht\\_s\\_node.html](https://www.personalausweisportal.de/DE/Buergerinnen-und-Buerger/Online-Ausweisen/So_geht_s/So_geht_s_node.html), zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

einen Identitätsdiebstahl bietet,<sup>159</sup> findet bei diesem Verfahren kein Sichtkontakt zu dem Inhaber des Personalausweises statt. Dadurch kann die Stelle, mit der elektronisch kommuniziert wird, nicht sicher feststellen, ob die Person, welche den Ausweis benutzt auch tatsächlich die Person ist, für die der Ausweis ausgestellt wurde. Denkbar ist, dass eine andere Person – mit oder ohne Wissen des Inhabers – den Personalausweis als Identifizierungsdokument verwendet und eine falsche Identität vorspiegelt.

Daneben ist auch nicht feststellbar, ob die Person geschäftsfähig ist, die erforderlichen Sprachkenntnisse hat und es lässt sich auch nicht erkennen, ob die Handlung aus freiem Willen geschieht.

d) Freilich bietet auch das Präsenzverfahren keine 100 %ige Sicherheit. Vor einem professionell gefälschten Pass oder Ausweis insbesondere eines ausländischen Staates sind wohl nur die wenigsten gefeit. Allerdings gibt das Präsenzverfahren dem Notar die Möglichkeit, sich einen persönlichen Eindruck von den anwesenden Personen zu machen und auch die Körpersprache der Personen eingehend zu erfassen, was im Wege einer Videokonferenz nur sehr eingeschränkt möglich sein wird.<sup>160</sup> Dies ermöglicht dem Notar auch eine bessere Prüfung der Geschäftsfähigkeit der Erschienenen und ihrer Sprachkenntnisse. Überdies ist bei einem Präsenzverfahren leichter zu erkennen, ob die Handlung des Erschienenen aus freiem Willen erfolgt oder ob er gar zu dieser Handlung gezwungen wird. Dies gilt umso mehr als die Übertragung von Bildern, die bei einer Videokonferenz erfolgt, technisch manipulierbar ist.

e) Die Identifizierung von Beteiligten über das Internet stellt damit hohe Anforderungen an die technischen Systeme. Dies gilt umso mehr als die Anonymität des Internets Online-Betrug begünstigt: So gaben verurteilte Straftäter im Rahmen einer Studie an, dass sie die gesteigerte Anonymität im Internet als Vorteil zur Begehung ihrer Straftaten ansahen.<sup>161</sup> Überdies ist es nicht mehr zwingend erforderlich, fundierte IT-Spezialkenntnisse zu haben, um Straftaten über das Internet zu begehen: Wie das Bundeskriminalamt im Bundeslagebild Cybercrime 2016 herausgestellt hat, werden mittlerweile die zur Begehung von Straftaten erforderliche Schadsoftware und sogar komplette technische Infrastrukturen in der sog. *Underground*

*Economy* angeboten, sodass potenziellen Tätern einfach zu handhabende Werkzeuge zur Verfügung stehen.<sup>162</sup>

Nicht zuletzt deuten die Erfahrungen der finnischen Finanzbehörden mit estnischen Gesellschaften darauf hin, dass vereinfachte, elektronische Gründungsverfahren in großem Maße unseriöse Gründer anziehen: In Estland besteht seit einiger Zeit die Möglichkeit, eine der deutschen GmbH äquivalente Kapitalgesellschaft ausschließlich in einem vereinfachten Verfahren digital über ein Gründungsportal zu gründen. Bei diesem Portal können sich sowohl estnische Staatsangehörige mit ihrer ID-Karte als auch Staatsangehörige einiger europäischer Staaten, deren ID-Karte anerkannt wird, anmelden. Dieser Weg steht auch finnischen Staatsangehörigen offen. Die finnischen Finanzbehörden haben nun die Erfahrung gemacht, dass zum einen finnische Staatsangehörige, denen eine Gesellschaftsgründung in Finnland untersagt wurde, Gesellschaften in Estland gründen und dass zum anderen finnische Gesellschaften, die ihren Sitz nach Estland verlegt haben, häufiger Steuerschulden vorweisen, anfälliger für Insolvenzverschleppungen sind und im Falle der Zahlungsunfähigkeit häufiger ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht durchgeführt werden kann.<sup>163</sup>

f) Schließlich werden auch Hinweise und Belehrungen in einem persönlichen Gespräch eindringlicher wahrgenommen. Dies gilt insbesondere für die bei der Handelsregisteranmeldung neuer Geschäftsführer erforderliche Belehrung über die strafbewehrten Versicherungen zu den Inhabilitätsgründen und auch die Versicherung zur Kapitalaufbringung bei Gründungen oder Kapitalerhöhungen. Elektronische Hinweise können hingegen bestätigt werden, ohne dass der Inhalt tatsächlich wahrgenommen und akzeptiert wurde.

g) Zusammengefasst ist ein digitales Verfahren zur elektronischen Gesellschaftsgründung technisch möglich, es bestehen jedoch erhebliche Bedenken, dass ein solches Verfahren aus formellen Aspekten wesentlich hinter dem hohen Standard einer Präsenzgründung zurückbleibt.

## 6. Der Wert der materiellen Rechtssicherheit: Rechtsberatung im Einzelfall und Entlastung der Justiz

Neben formellen Aspekten ist aber auch die inhaltliche Zuverlässigkeit getroffener Vereinbarungen als materielle Komponente der Rechtssicherheit zu beachten: Die Erklärungen müssen nicht nur von den richtigen Personen korrekt abgegeben worden sein, sie sollen auch inhaltlich zutreffend sein und das wiedergeben, was die Personen bei Abgabe der Erklärungen im Sinn hatten.

a) Aus diesem Grund kommt der notariellen Beurkundung bei der Gründung von Kapitalgesellschaften auch eine Warnfunktion zu: Die notarielle Beurkundung soll den Gründern die Bedeutsamkeit ihrer Willenserklärung vor Augen führen und

159 Chaos Computer Club, Stellungnahme eID vom 19.4.2017, S. 10 f., <https://www.ccc.de/system/uploads/225/original/ccc-stellungnahme-eID.pdf>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018; Trügerische Sicherheit: Der elektronische Personalausweis vom 15.9.2013, <http://www.ccc.de/de/updates/2013/epa-mit-viren-schutzprogramm>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018; Praktische Demonstration erheblicher Sicherheitsprobleme bei Schweizer SuisselD und deutschem elektronischem Personalausweis vom 21.9.2010, <https://www.ccc.de/de/updates/2010/sicherheitsprobleme-bei-suisseid-und-epa>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

160 Kindler, Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung, S. 11.

161 Kuhlmann/Merkel/Dittmann/Zitturi/Griesbacher, Criminals Cash Flow Strategies in Financial Crime on the Example of Online and Offline Fraud, S. 68, [https://www.researchgate.net/publication/308296168\\_Criminals\\_Cash\\_Flow\\_Strategies\\_in\\_Financial\\_Crime\\_on\\_the\\_Example\\_of\\_Online\\_and\\_Offline\\_Fraud](https://www.researchgate.net/publication/308296168_Criminals_Cash_Flow_Strategies_in_Financial_Crime_on_the_Example_of_Online_and_Offline_Fraud), zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

162 Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Cybercrime 2016, S. 27; veröffentlicht auf <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2016.html>, zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

163 Vgl. Bormann, ZGR 2017, 621, 644 f.

gleichzeitig die rechtliche Belehrung durch den Notar ermöglichen.<sup>164</sup>

Jedoch könnten auch Online-Systeme dem Gründer Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stellen und insbesondere Antworten auf häufige Fragen anbieten.<sup>165</sup> Abgesehen davon, dass meine persönliche Erfahrung zeigt, dass die *Frequently Asked Questions* zumeist meine Frage nicht enthalten, mögen solche Antwortkataloge als erste Informationsmöglichkeit auf Gründerseiten geeignet sein.<sup>166</sup> Die Komplexität einer Gesellschaftsgründung, gerade auch bei der Beteiligung mehrerer Personen, übersteigt jedoch die Möglichkeit von elektronischen Informationsportalen bei weitem.

b) Bleibt die vermeintliche Vereinfachung der komplizierten Materie durch Mustersatzungen, die Online-Gründungen erleichtern sollen.<sup>167</sup> Auch ausländische Staaten, die eine Online-Gründung von Kapitalgesellschaften vorsehen, schreiben bisweilen die Verwendung einer Standardsatzung vor.<sup>168</sup> Das deutsche Recht kennt ebenfalls bereits die Gründung mittels eines Standarddokuments, dem Musterprotokoll zur Gründung im vereinfachten Verfahren.<sup>169</sup>

Gerade bei dem Musterprotokoll treten die Schwächen von Standardformularen deutlich zu Tage: Das Musterprotokoll mag für die Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft geeignet sein, für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft eignet es sich nicht. Zweckmäßige Regelungen wie Vinkulierungs-, Einziehungs- oder Kündigungsklauseln können darin nicht aufgenommen werden.<sup>170</sup> Kurz gesagt: Das Musterprotokoll enthält keine Regelungen für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Das ist regelmäßig von den Gesellschaftern nicht gewünscht. Selbst äußerst kostenbewusste Gründer greifen bei der Gründung einer Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) spätestens dann auf eine ausführliche Satzung zurück, wenn sie darauf hingewiesen werden, dass das GmbHG Regelungen zur Beschlussfähigkeit von Gesellschafterversammlungen nicht kennt und der einzig erscheinende Gesellschafter bei einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung somit über die Beschlussgegenstände alleine entscheiden kann.

Sicherlich lassen sich Regelungen für das Binnenverhältnis auch in Gesellschaftervereinbarungen auslagern, die grund-

sätzlich privatschriftlich errichtet werden können.<sup>171</sup> Jedoch unterliegen häufig gewünschte Regelungen, die Gesellschafter zur Übertragung von Geschäftsanteilen verpflichten, wie Vorerwerbsrechte oder Andienungspflichten,<sup>172</sup> der notariellen Beurkundung.<sup>173</sup> Überdies sind Vinkulierungsklauseln und Einziehungsregelungen, die von den Gesellschaftern einer GmbH regelmäßig erwünscht sind, zwingende Satzungsbestandteile und damit einer Gesellschaftervereinbarung gerade nicht zugänglich.<sup>174</sup> Im Übrigen bedarf auch die Ausarbeitung einer Gesellschaftervereinbarung rechtlicher Beratung. Die Problematik, verschiedene Interessen im Gesellschafterkreis auszugleichen, wird lediglich auf eine andere Ebene verlagert, aber nicht durch einen Verweis auf eine Gesellschaftervereinbarung gelöst.

Freilich könnten solche Regelungen – unter Umständen auch fakultativ – in eine Mustersatzung aufgenommen werden. Aber auch das hilft nicht weiter, wie einige Beispiele aus der Praxis zeigen: Gelegentlich wünschen Gründer die zustimmungsfreie Abtretung an Familienangehörige. Mitunter ist es aber gerade die größte Furcht, der jeweilige Partner könne Einfluss auf die Gesellschaft nehmen. In den meisten Gründungssituationen wird die Möglichkeit gewünscht sein, dass bei einem Todesfall die überlebenden Gesellschafter die Geschäftsanteile des Verstorbenen von den Erben erwerben können. In anderen Fällen sollen Abkömmlinge – und vielleicht auch Ehegatten – die Geschäftsanteile behalten dürfen. Wieder andere Gründer wünschen zum Ausgleich, dass die weichenden Erben das Recht haben, sich im Wege einer stillen Beteiligung an der Gesellschaft zu beteiligen. Diese Beispiele, die nur einen kleinen Ausschnitt der zu regelnden Materie betreffen, zeigen bereits, dass nicht jeder Gesellschafterkreis identisch und damit auch nicht jede Gründung gleich ist. Frei nach Goethe: Grau ist eben alle Theorie und grün des Lebens goldner Baum.<sup>175</sup>

c) Standardsatzungen haben deshalb den entscheidenden Nachteil, dass sie nicht an die Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft und ihrer Gesellschafter angepasst werden können.<sup>176</sup> Aber nicht nur dies: Sie evozieren, dass weitere Regelungen nicht erforderlich sind, weil ja der Gesetzgeber selbst diese Satzung als ausreichend erachtet.

Mit weiteren Aspekten werden sich die Gründer nicht ohne Weiteres befassen wollen. Für Unternehmensgründer ohne rechtliche Vorbildung besteht regelmäßig durchaus Beratungsbedarf, da der typische Kleinunternehmer nicht einmal in der Laiensphäre nachvollziehen kann, was bei einer Gesellschaftsgründung rechtlich geschieht und welche rechtliche Konsequenzen eine solche hat.

Hier setzt die notarielle Beurkundung an: Das Beurkundungsverfahren stellt mit dem Notar den Urkundsbeteiligten einen

164 Für die AG: MünchKomm-AktG/Pentz, § 23 Rdnr. 26; für die GmbH: Ulmer/Habersack/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 2 Rdnr. 13.

165 Knapp, What are the issues relating to digitalisation in Company Law? – Gutachten für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, S. 9; Art. 13e (neu) in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 28 f.

166 Siehe beispielsweise das Informationsangebot der Landesnotarkammer Bayern unter [www.gruenderagentur-bayern.de](http://www.gruenderagentur-bayern.de), zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

167 Knapp, What are the issues relating to digitalisation in Company Law? – Gutachten für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, S. 11; Art. 13g (neu) in COM (2018) 239 final vom 25.4.2018, S. 31 f.

168 Insbesondere Estland, vgl. § 139<sup>1</sup> des estnischen HGB.

169 § 2 Abs. 1a GmbHG i. V. m. der Anlage zum GmbHG.

170 Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 2 Rdnr. 16.

171 Ulmer/Habersack/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 3 Rdnr. 122.

172 Ulmer/Habersack/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 3 Rdnr. 121.

173 Ulmer/Habersack/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 3 Rdnr. 122.

174 Zur Vinkulierungsklausel: Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 15 Rdnr. 22; zur Einziehung: § 34 Abs. 1 GmbHG, vgl. Wicke, GmbHG, § 34 Rdnr. 5.

175 Abgewandelt nach Goethe, Faust 1, Szene IV.

176 Bormann, ZGR 2017, 621, 630; Lutter/Koch/Hommelhoff, Societas Unius Personae (SUP), 2015, S. 69, 73.

fachkundigen und neutralen Berater zur Seite, der nicht nur Hinweise und Belehrungen erteilt, sondern auch die Rückäußerungen aufnimmt und in rechtssichere Regelungen umsetzt.<sup>177</sup> Dabei betrachtet der Notar stets den Einzelfall und zielt darauf, einen rechtlichen „Maßanzug“ zu schneiden – eine vollständige und beweissichere Urkunde, die den Besonderheiten des jeweiligen Falles gerecht wird.<sup>178</sup>

d) Aber nicht nur zum Schutz der Gründer ist eine rechtliche Belehrung und Beratung der Vertragsparteien dringend geboten: Die Belehrung und Prüfung des Notars entlastet auch die Arbeit der Registergerichte, indem rechtlich unzulässige Gestaltungen durch die sachkundige Mitwirkung des Notars vermieden werden.<sup>179</sup> Nach der gesetzlichen Vorgabe des § 17 Abs. 1 BeurkG erforscht der Notar den Willen der Beteiligten, klärt den Sachverhalt und gibt dies in der Niederschrift wieder. Die Erklärungen der Beteiligten werden dem Registergericht somit inhaltlich zutreffend und rechtlich aufbereitet übermittelt, sodass eine weitere Sachverhaltsaufklärung der Gerichte regelmäßig nicht erforderlich ist. Der Notar erfüllt hier im öffentlichen Interesse durch seine sachkundige Beratung und Vertragsgestaltung eine Filter- und Entlastungsfunktion für die Registergerichte.<sup>180</sup>

Der neue § 378 Abs. 3 FamFG hebt diese Funktion für Registerverfahren allgemein hervor: Die Vorschrift bestimmt, dass Anmeldungen in Registersachen vor ihrer Einreichung für das Registergericht von einem Notar auf die Eintragungsfähigkeit zu prüfen sind. Damit hat der Gesetzgeber die bisherige notarielle Praxis kodifiziert, auch bei Fremdentwürfen die Vollzugsfähigkeit zumindest cursorisch zu prüfen.<sup>181</sup> Der Notar ist somit auch außerhalb des eigentlichen Beurkundungsverfahrens künftig Garant für die materielle Richtigkeit von beglaubigten Grundbucheklärungen und Registeranmeldungen.<sup>182</sup> Die notarielle Prüfung stärkt damit die materielle Richtigkeit von Handelsregistereintragungen und ihre Publizitätswirkungen.<sup>183</sup>

Die vorherige Prüfung durch den Notar verringert auch den Prüfungsaufwand der Registergerichte. Die Prüfungspflicht des Notars liegt deshalb auch im öffentlichen Interesse an effizient funktionierenden Registern.<sup>184</sup> Entfällt die Vorprüfung durch den Notar, steigt der Prüfungsaufwand der Registergerichte, was sich entweder in verlängerten Vollzugszeiten oder in höheren Kosten zur Deckung des vermehrten Personalaufwands niederschlagen wird. Mithin dient das Vier-Augen-Prinzip mit der Vorprüfung durch den Notar dem effizienten Einsatz knapper justizieller Ressourcen<sup>185</sup> und kommt damit letzten Endes wieder dem Rechtssuchenden zugute.

<sup>177</sup> Vgl. *Regler*, MittBayNot 2017, 115, 118.

<sup>178</sup> *Regler*, MittBayNot 2017, 115, 118.

<sup>179</sup> *Lutter/Koch/Hommelhoff*, *Societas Unius Personae* (SUP), S. 69, 81.

<sup>180</sup> *Bormann*, ZGR 2017, 621, 632; *Eickelberg*, NZG 2015, 81, 82.

<sup>181</sup> *Weber*, RNotZ 2017, 427, 428.

<sup>182</sup> *Weber*, RNotZ 2017, 427, 428.

<sup>183</sup> *Weber*, RNotZ 2017, 427, 428.

<sup>184</sup> BT-Drucks. 18/10607, S. 109.

<sup>185</sup> *Weber*, RNotZ 2017, 427, 428.

In der Rechtssache *Piringer* hat der EuGH für den österreichischen Grundbuchverkehr anerkannt, dass die zwingende Anordnung einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung in Grundbuchsachen zur Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems und damit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zum Schutz der ordnungsgemäßen Rechtspflege erforderlich ist, wenn der Notar sich nicht nur auf die auch durch andere Stellen mögliche Identifizierung der Beteiligten beschränkt, sondern darüber hinaus auch die Ordnungsmäßigkeit der Transaktion prüft.<sup>186</sup>

## 7. Warum Gründungen sich wirklich verzögern

Online-Gründungen sollen den Beteiligten Zeit und Geld sparen.

Betrachten wir in diesem Zusammenhang zu dem Vorgesagten noch die häufigsten Gründe, warum in der Praxis Gesellschaftsgründungen verzögert ablaufen, dann zeigt sich Folgendes:

Zunächst setzt die Eintragung einer Gesellschaft die Kapitalaufbringung voraus. Das Stamm- bzw. Grundkapital ist auf ein Bankkonto einzuzahlen. Die Kontoeröffnung benötigt aber auch erfahrungsgemäß Zeit, da die Kreditinstitute selbst eine Prüfung nach dem Geldwäschegesetz vornehmen müssen.<sup>187</sup>

Bei ausländischen Gesellschaften sind Vertretungsnachweise in gehöriger Form zu beschaffen. Dies ist in Ländern, in denen ein dem deutschen Handelsregister vergleichbares Register besteht, noch relativ einfach. Allerdings ist bereits für niederländische Gesellschaften die Vorlage eines mit einer Apostille versehenen Registerauszuges erforderlich.

Schließlich führen oft so profane Dinge wie fehlende Adressschilder bei der Prüfung der postalischen Erreichbarkeit zu Verzögerungen bei der Eintragung.

Nicht zuletzt: Der Zeitaufwand ist der inhaltlichen Prüfung durch die Registergerichte geschuldet. In Ländern, in denen keine anfängliche Prüfung durch das Registergericht erfolgt, sind die Eintragungen selbstverständlich schneller.<sup>188</sup> Das ist aber keine Folge der fehlenden notariellen Mitwirkung oder von Online-Gründungen, sondern eine gesetzgeberische Grundentscheidung. Mit der deutschen Rechtskultur der vorsorgenden Rechtspflege und den Erwartungen an ein rechts-sicheres Register ist ein Verzicht auf eine Prüfung vor Eintragung jedenfalls nicht vereinbar.

## V. Schluss

Die Niederlassungsfreiheit ist die Grundlage der Mobilität von Gesellschaften in Europa. Dabei zeigt die Rechtsprechung des EuGH in erfreulicher Weise, dass die Niederlassungsfreiheit keine unbeschränkte gesellschaftsrechtliche Rechtswahlfreiheit innerhalb der Europäischen Union begründet. Die Niederlassungsfreiheit gebietet insbesondere keine Spaltung von

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2017, *Piringer*, C-342/15, DNotZ 2017, 447, 455 f. Rdnr. 57 ff.

<sup>187</sup> *Bormann*, ZGR 2017, 621, 629.

<sup>188</sup> So hat beispielsweise in Luxemburg das Gründungsprotokoll einer Gesellschaft bereits konstitutive Wirkung, vgl. *Wicke*, MittBayNot 2011, 23, 25.

Satzungs- und Verwaltungssitz. Zwar können nationale Rechtsordnungen ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz vorsehen; eine europäische Harmonisierung einer solchen Trennung ist jedoch weder geboten noch ratsam.

Die Digitalisierung leistet in Deutschland im Gesellschaftsrecht bereits gute Dienste durch die elektronische Übermittlung von Strukturdaten zwischen Notar und Registergericht. Ob eine unmittelbare elektronische Kommunikation zwischen Beteiligten und Registergericht – wie sie die Kommission mit dem *Company Law Package* etablieren möchte – eine messbare Verbesserung bringen würde, ist in großem Maße fraglich. Jedenfalls sind Abstriche bei der Rechtssicherheit zu befürchten. Sinnvoller erscheint es, digitale Techniken stärker in das bestehende Verfahren einzubinden. So könnten auf der bestehenden Technik aufbauend auch Daten an das FA und andere Behörden, wie das Gewerbeamt, übermittelt werden, um einen noch effektiveren Gesamtablauf zu gewährleisten.<sup>189</sup> Auch die digitale Aufbewahrung von Unterlagen ist ein Bereich, in dem die Vorteile der Digitalisierung noch stärker genutzt werden können. Hier sei an den Aufbau des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer erinnert, mit dem nicht nur notarielle Urkunden elektronisch verwahrt,

<sup>189</sup> Vgl. auch *Kirchner*, DNotZ-Sonderheft 2016, 115, 120 f.

sondern auch zukünftig mit den elektronischen Aktensystemen der Justiz verknüpft werden können. Auch dies wird Gesellschaftsgründungen beschleunigen.<sup>190</sup>

Auf europäischer Ebene sind die Bestrebungen der Registerverknüpfung sinnvoll und auszubauen. Wünschenswert wäre ein unmittelbarer elektronischer und vertrauenswürdiger Zugriff auf alle europäischen Handelsregister, was beglaubigte Papierausdrucke von Registerauszügen mit Apostillen innerhalb der Europäischen Union entbehrlich machen und Vertretungsnachweise, zumindest sofern die Handelsregister mit dem deutschen Standard vergleichbar sind, erleichtern würde. Allein ein solcher Schritt könnte den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr vereinfachen, Gesellschaftsgründungen und Umstrukturierungen beschleunigen und somit die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften fördern, ohne in bestehende und funktionierende Strukturen einzugreifen.<sup>191</sup>

<sup>190</sup> Vgl. Elektronische Signatur statt Schnur und Siegel – Notare verwahren Urkunden künftig digital, Pressemitteilung der BNotK vom 13.6.2017, [https://www.bnotk.de/9:1167/Pressemitteilung/2017/pm\\_bnotk\\_170613.html](https://www.bnotk.de/9:1167/Pressemitteilung/2017/pm_bnotk_170613.html), zuletzt abgerufen am 21.9.2018.

<sup>191</sup> Mein herzlicher Dank gilt Herrn Notar Dr. *Torsten Jäger*, Herrn Notarassessor Dr. *Peter Stelmaszczyk* sowie Herrn Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dr. *Andreas Guldán* für ihre hilfreichen Anmerkungen während der Vorbereitung des Vortrages.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Ludwig Bergschneider:**

### **Verträge in Familiensachen – Eheverträge, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen**

6. Aufl., Giesecking, 2018. 350 S., 59 €

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

Das nunmehr in Neuauflage vorgelegte, bestens eingeführte Werk von *Ludwig Bergschneider*, langjährigem Rechtsanwalt und erfahrenem Familienrechtsfachanwalt aus München, gehört zu den „Klassikern“ der Vertragsgestaltung in Familiensachen, aus dem jeder Praktiker größten Nutzen zieht – die Notarin, der Notar als Kautelarjuristen bei der Vertragsgestaltung, Anwälte in der Beratungssituation und Richter bei der Überprüfung eines familienrechtlichen Vertrages im Streitfall.

Bei dem kompakten, unverändert sehr flüssig geschriebenen und gut lesbaren Werk handelt es sich – anders als der eher nüchterne Titel es vermuten ließe – keineswegs um eine reine Formularsammlung. Es ist vielmehr ein echtes Arbeitsbuch, das man gern und mit viel Gewinn zur Hand nimmt. Das liegt an der gut gelungenen Zusammenstellung des Bandes, in dem grundlegende Erläuterungen zu den Vertragstypen, zur Vertragstechnik und dem taktischen Vorgehen im Allgemeinen (Abschnitte A, B) sowie umsichtige, in langjähriger Beschäftigung mit dem Stoff entwickelte Ratschläge hinsichtlich der einzelnen zu regelnden Fallgestaltungen äußerst anwenderfreundlich mit etwa 200 Musterformulierungen und weiteren Checklisten kombiniert werden. Der Nutzwert im Arbeitsalltag wird weiter erhöht durch eine durchgängige Randnummerierung, ein sorgfältig erstelltes Verzeichnis der im Band verarbeiteten Vertragsmuster und -klauseln, ein umfassendes, aktuelles Literaturverzeichnis und ein schönes Stichwortverzeichnis, durch das das Werk gut erschlossen wird.

Mit dem Band lässt sich hervorragend arbeiten: Auf die beiden einleitenden Kapitel folgen elf Abschnitte, in denen die einzelnen Sachprobleme zusammenfassend erörtert werden. Der thematische Bogen ist weit gespannt; er reicht von „Allgemeine Ehwirkungen“ (Abschnitt C) über die „klassischen“ Vereinbarungen zur Ehescheidung, zur elterlichen Sorge und Umgang (Abschnitte D, E) zum Unterhalt und zum Güterrecht (Abschnitte F, G bis J) bis hin zu Versorgungsausgleich und Ehwohnung (Abschnitte K, M) und, am Schluss des Bandes, eine kurzgefasste, mit Praxistipps angereicherte Erläuterung des Anwalts- und Notarkostenrechts (Abschnitt N). Die einzelnen Abschnitte enthalten dabei keine vollständigen Musterverträge, sondern der Verfasser folgt eher einem Art „Baukastensystem“: Den Nutzerinnen und Nutzern des Bandes wird zum jeweiligen Thema eine Mehrzahl von Musterklauseln unterbreitet und deren Vorzüge, aber auch die Nachteile und vor allem eventuelle Folgewirkungen erläutert. Der praktische Nutzen des Bandes wird weiter gesteigert durch die Checklisten, die

den einzelnen Abschnitten am Ende beigegeben sind: Hier wird noch einmal rekapituliert, welche Punkte in der Vereinbarung zwingend enthalten sein müssen und es werden die einzelnen zu beachtenden Stichpunkte aufgelistet, die im Abschnitt behandelt werden. Der primäre Zweck der Hilfe zielt, wie *Bergschneider* im Vorwort erläutert, auf die Sachverhaltsermittlung im Vorgespräch vor Abfassung des Vertragsentwurfs: Der Vertragsgestalter soll Anhaltspunkte dafür erhalten, welche Punkte er bei der Sachverhaltsermittlung abfragen sollte, um zu klären, zu welchen Aspekten Regelungen zu treffen sind. Besonders verdienstvoll ist es, dass der Verfasser es sich zur besonderen Aufgabe gemacht hat, bei den allgemeinen Ausführungen, den Empfehlungen zur Vertragsgestaltung und den Musterformulierungen ein besonderes Augenmerk auf die Vertragsabwicklung zu legen. Er ermutigt Notare und Rechtsanwälte dazu, verstärkt die Abwicklungsprobleme in die Überlegungen zur Vertragsgestaltung einzubeziehen, um späterem Streit vorzubeugen: Ein Ansatz, der aus richterlicher Sicht nur nachdrücklich befürwortet werden kann!

Der Schwerpunkt des Werkes liegt naturgemäß im Güter- und im Unterhaltsrecht. Die Nutzer des Bandes werden sehr präzise auf die einzelnen einer Regelung harrenden Probleme und die hierbei bestehenden Möglichkeiten, sachgerechte Vereinbarungen zu treffen, hingewiesen. Gut gelungen sind dabei die Ausführungen zum Betreuungsunterhalt. Der Verfasser zeigt nachvollziehbar auf, welche Risiken und Probleme sich in der Vertragsabwicklung ergeben können (Rdnr. 489).

Etwas schade ist freilich, dass sich die Ausführungen im Kern auf den nahehelichen Betreuungsunterhalt beschränken, ohne dass auf die in der Praxis keineswegs seltenen Probleme des Betreuungsunterhalts nicht verheirateter Eltern (§ 1615I BGB) eingegangen wird. Der hohe praktische Wert des Bandes zeigt sich an den zahlreichen Hinweisen auf die in der Kautelar-, häufig aber auch in der Gerichtspraxis drohenden „Fallstricke“, etwa bei der Herausnahme einzelner Vermögensmassen – beispielsweise eines Unternehmens – aus dem Zugewinnausgleich (Rdnr. 691 ff.) oder den Schwierigkeiten, im Zugewinnausgleich passende Bewertungsmaßstäbe zu finden (Rdnr. 652 ff.): Im Band wird nicht mit Hinweisen gespart, wie auf derartige Probleme reagiert werden kann. Die außergewöhnlich große Bandbreite, die das Werk abdeckt, zeigt sich schließlich auch an dem gelungenen Abschnitt zum Versorgungsausgleich: Hier wird – freilich etwas knapp – auf Gestaltungsmöglichkeiten hingewiesen, wenn ein Ehegatte

über eine ausländische Versorgung verfügt, die durch den inländischen Versorgungsausgleich nicht ausgeglichen werden kann (Rdnr. 937d), aber vor allem durch die fundierten Überlegungen, ob und welche Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich getroffen werden sollen (Rdnr. 937g ff.).

Im Abschnitt zur elterlichen Sorge und zum Umgang neu aufgenommen wurden Hinweise und Musterformulierungen zum Wechselmodell (Rdnr. 294a ff.). Das ist sehr zu begrüßen, weil das Wechselmodell in der forensischen Praxis sich derzeit zu einer Art von „Dauerbrenner“ entwickelt: Erfolg und künftige Verbreitung dieser Betreuungsform hängen ganz entscheidend davon ab, dass praktikable, handhabbare Regelungen gefunden werden, wie das Modell im Alltag konfliktfrei gelebt werden kann und vor allen Dingen, wie die umgangs- bzw. sorgerechtliche Regelung mit dem Unterhaltsrecht – in der Praxis zumeist der Hauptkonfliktpunkt – abgestimmt werden kann (Rdnr. 334a, 334b): Sehr zu begrüßen ist ferner, dass der

Verfasser dabei auch die aus der Praxis heraus entwickelten Empfehlungen der Ständigen Fachkonferenz 3 des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht, dem „Spitzeninstitut“ der deutschen Jugendämter, berücksichtigt hat (Rdnr. 334a Fn. 38 und Text). Etwas mehr Vertiefung wäre dagegen bei der Behandlung der Frage einer vertragsstrafbewehrten Umgangsregelung wünschenswert (Rdnr. 294, 158), die insbesondere in grenzüberschreitenden Fällen, zumal außerhalb des Anwendungsbereichs des Haager Kindesentführungsübereinkommens, eine Möglichkeit darstellt, der Gefahr eines Zurückhaltens des Kindes im Ausland zu begegnen (vgl. *Menne*, FamRB 2015, 359 ff.).

Fazit ist: Die Neuauflage des bewährten Bandes von *Ludwig Bergschneider* ist unverändert sehr zu empfehlen; der Verfasser zeigt mit viel Erfahrung die Problembereiche auf, die es im Familienrecht kautelarjuristisch zu bewältigen gilt.

**Christian Braun:**

### Nachlassplanung bei Problemkindern

2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 394 S., 99 €

Von Notar Dr. **Ingmar Wolf**, Eichstätt

Endlich! So war vermutlich bei vielen mit der Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen befassten Rechtsanwendern (den Verfasser dieser Buchbesprechung eingeschlossen) die Reaktion auf das Erscheinen der zweiten Auflage der „Nachlassplanung bei Problemkindern“. Elf Jahre seit der Erstauflage des ursprünglichen Autors Dr. *Thomas Kornexl* ist nunmehr die zweite Auflage des zu besprechenden Werkes erschienen, verfasst durch den bayerischen Notar und durch zahlreiche Veröffentlichungen im Erbrecht ausgewiesenen Fachmann *Christian Braun*. Und so viel vorneweg: Der Titel ist pures Understatement. Es handelt sich um ein wertvolles, wenn nicht gar unverzichtbares Hilfsmittel für die tägliche Arbeit in der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen in allen Konstellationen, nicht nur (aber auch) bei Problemkindern!

Der Titel des Buches dürfte bei den meisten Lesern in erster Linie Gedanken an Fallgestaltungen betreffend behinderte Personen, bedürftige bzw. überschuldete Personen sowie Patchwork-Familien auslösen. Diesen Fallgruppen widmet sich auf 139 Seiten das zweite Kapitel des Buches, benannt „Besondere personenbezogene Motivlagen“. Aber es ist mehr enthalten. Im ersten Kapitel wird auf 68 Seiten die Methodik

der Nachlassplanung dargestellt und das dritte Kapitel hat die Störfallvorsorge sowie Streitvermeidung durch Gestaltung auf 173 Seiten zum Gegenstand. Ferner ermöglicht die mitgelieferte CD-ROM eine Verwendung der insgesamt 93 Textbausteine und deren Integration in die eigene Mustersammlung. Zudem unterstützen Übersichten und Checklisten die Arbeit mit dem durchgehend sehr angenehm zu lesenden Werk.

Zunächst gibt *Braun* im Kontext der Methodik der Nachlassplanung grundlegende Übersichten und Impulse zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen und geht insbesondere auf Gestaltungsziele bei gemeinschaftlichen Verfügungen von Ehegatten ein. Bei einer ausschließlichen Ausrichtung auf „Problemkinder“ (oder wie der Autor zutreffend schreibt: „Kinder von Problemeltern“) würde man die in diesem Kapitel zu findenden Textbausteine für ein Freibetragsvermächtnis oder ein Supervermächtnis nicht unbedingt erwarten. Wie alle Textbausteine sind auch diese Formulierungsmuster praxiserprobt und für den Leser mit Gewinn und arbeitserleichternd einsetzbar.

Für den Autor war es dabei ein Anliegen, wie er selbst im Vorwort schreibt, keine Gesamtmuster bereitzustellen, sondern einzelne Bausteine, auch um sachverhaltsadäquate Lösungs-

vorschläge zu unterbreiten und nicht individuelle Sachverhalte in fertige Gesamtmuster zu pressen. In Fallgestaltungen, in denen mehrere Regelungen und Anordnungen kombiniert werden müssen (wie beispielsweise der Erbvertrag von Ehegatten mit behindertem Kind und auch nicht behinderten Kindern), kann man dazu auch unterschiedlicher Ansicht sein. Jedoch ermöglicht das Buch durch flankierende Bausteine etwa für den Urkundseingang oder die Schlussbestimmungen sowie Formulierungsmuster, die in der Gliederung aufeinander abgestimmt sind, die enthaltenen Formulierungsmuster sinnvoll und ohne großen Anpassungsbedarf zu kombinieren. Von Nutzen sind in diesem Kontext auch Übersichten wie die Übersicht Nr. 19, die für den genannten Fall des Ehegatten-erbvertrages in Form eines Behindertentestamentes einen Überblick über die Kombination verschiedener Bausteine in den unterschiedlichen Ausgestaltungsformen (Erbschaftslösung, Vermächtnislösung etc.) bietet.

Zielgruppe des Buches ist daher vor allem der Erbrechtspraktiker mit einer gewissen Erfahrung und weniger der unerfahrene Jurist, der erstmalig mit der Testamentsgestaltung – insbesondere im Zusammenhang mit nicht alltäglichen Familienkonstellationen – befasst ist.

In § 2 des Buches werden dann die Fallgestaltungen thematisiert, die zu dem Buchtitel geführt haben: behinderte und bedürftige Kinder, die Pachtwork-Familie mit eigenen Kindern und Stiefkindern sowie die Situation bei Kindern aus gescheiterten Beziehungen mit der hier einschlägigen Regelungszwecksetzung des Ausschluss des ehemaligen Partners von der Vermögenssorge und der Vermögenssituation. Zum Behindertentestament finden sich beispielsweise die verschiedenen gängigen Regelungsmöglichkeiten einschließlich Vor- und Nachteilen sowie Praxiserwägungen zum Einsatzbereich und natürlich Formulierungsvorschlägen. In einem angenehmen Verhältnis von Kürze und Vollständigkeit geht *Braun* auch auf die für bedürftige bzw. überschuldete Personen diskutierten Lösungsansätze ein und stellt zutreffend fest, dass alle Lösungsvorschläge hierzu nicht frei von Risiken sind. Vor besondere Herausforderungen stellt den Gestalter letztwilliger Verfügungen auch das Vorhandensein von Kindern aus ge-

scheiterten Beziehungen, bei denen der Mandant regelmäßig jede – auch nur mittelbare – Beteiligung des Ex-Partners ausschließen möchte. Im Rahmen des Gestaltungsmittels Nacherbfolge spricht sich *Braun*, den sichersten Weg empfehlend, bis zu einer Klärung der Zulässigkeit gegen eine Verwendung der sog. Dieterle-Klausel und für eine auflösend bedingte Nacherbfolge aus.

Allgemeineren Inhalts und gewinnbringend einzusetzen nicht nur in den zum Buchtitel führenden Konstellationen befasst sich das dritte (und längste) Kapitel mit der Störfallvorsorge und der Streitvermeidung durch erbrechtliche Gestaltung sowie der Darstellung entsprechender hierzu geeigneter Gestaltungsmittel. Inhaltlich werden zunächst pflichtteilsrechtliche Aspekte und die Nachlassbeteiligung durch Vermächtnisse oder Teilungsanordnung behandelt, ferner Gestaltungsmittel zum Ausschluss eines Erben vom Nachlass sowie die Testamentvollstreckung. Im Anschluss daran geht es um die Störfallvorsorge im Hinblick auf bereits vorhandene und auch im Hinblick auf erst künftige personen- und vermögensbezogene Störungsquellen. Neben Problemen, die sich aus einer Bindungswirkung des Erblassers aus vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügungen ergeben können, thematisiert *Braun* hier etwa Besonderheiten der Nachlassplanung betreffend Gesellschaftsbeteiligungen, Lebensversicherungen und Sparkonten. Ferner werden Probleme und Lösungen für den Ausfall von bedachten Personen sowie für unerwünschtes Verhalten von Personen (wie zum Beispiel Pflichtteilsstrafklauseln) vorgestellt. Zahlreiche Musterformulierungen zu den genannten Themen stehen dem Nutzer des Buches hier zur Verfügung.

Mit dem Titel „Nachlassplanung bei Problemkindern“ trägt das Buch von *Braun* einen Aufmerksamkeit erzeugenden Titel, durch welchen jedoch etwas in den Hintergrund gerät, was dieses Buch alles bietet. Jeder Leser wird das Buch mit Gewinn in seiner täglichen Beratungs- und Gestaltungspraxis nutzen können und (so wie ich) nicht mehr missen wollen. Das Buch kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden und sollte in keiner Bibliothek fehlen!

Melanie Nitze:

## Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen – Eine Untersuchung zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte in der KG und GmbH

Nomos, 2017. 281 S., 74 €

Von Notar Prof. Dr. **Heribert Heckschen**, Dresden

Das hier zu besprechende Werk stellt die Dissertation der Verfasserin dar, die im Jahr 2017 entstanden ist und die Rechtsprechung bis in dieses Jahr hinein berücksichtigt. Auf 260 Seiten wird eine Problematik erörtert, die in der notariellen Praxis eine große Bedeutung hat. Die Arbeit zeigt zunächst zutreffend auf, dass die Beteiligung Minderjähriger teilweise unfreiwillig durch Nachlassfälle eintreten kann, häufig aber von den Beteiligten, vor allem auch aus steuerrechtlichen Gründen, zu Lebzeiten bewusst als Gestaltungsmittel eingesetzt wird. Die Arbeit geht dann auf die unterschiedlichen Motive der Beteiligten, die zu einer Aufnahme von Minderjährigen in die Gesellschaft führen, ein (S. 23 ff.). Steuerrechtliche sowie erbrechtliche Erwägungen (Pflichtteilsansprüche) und teilweise auch güterrechtliche Gesichtspunkte spielen hier ebenso eine Rolle wie familiäre Motive, die vor allem darin liegen, Vermögenswerte im Familienverbund halten zu wollen. Es ist gut, dass die Arbeit auch auf Hinderungsgründe und Bedenken gegen derartige Beteiligungen schon im Eingang der Arbeit eingeht, da in der Praxis allzu häufig vor allem steuerrechtliche Betrachtungen im Vordergrund stehen und die Nachteile einer derartigen Beteiligung zu wenig bedacht werden.

Eine zentrale Problematik der Beteiligung Minderjähriger besteht darin, ob diese ihr Stimmrecht wahrnehmen können, wer es für sie wahrnehmen kann, ob die Stimmrechtswahrnehmung der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf und welche weiteren Gesichtspunkte bei der Stimmrechtsausübung zu berücksichtigen sind. Nitze stellt zunächst dar, in

welchem Bereich der minderjährige Gesellschafter von der Stimmrechtsausübung keinen rechtlichen Nachteil zu erwarten hat und geht dann auf die Frage ein, in welchen Fällen ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist. Intensiv befasst sich die Arbeit mit der Problematik des § 181 BGB und die Verfasserin plädiert hier für eine teleologische Reduktion im Rahmen des Anwendungsbereichs dieser Norm.

Verdienstvoll ist, dass die Arbeit sich intensiv der Frage zuwendet, welche Gesellschafterbeschlüsse für den Minderjährigen von wem zu fassen sind und inwieweit sie einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Insbesondere die Beschlüsse, die Kapitalmaßnahmen betreffen, stehen hier im Fokus, während leider die Verfasserin auf Umwandlungsbeschlüsse nur relativ knapp eingeht. Die Arbeit beschränkt sich allerdings insoweit nicht, sondern geht auch auf die Folgen fehlerhafter Beschlüsse ein und gibt praktische Hinweise (S. 175 ff.). Nachdem im Weiteren die Arbeit auf sog. Zustimmungsbeschlüsse eingeht, werden dann auch Fragen zum Teilnahme- und Rederecht, zur Ladung, zur Klage gegen Gesellschafterbeschlüsse, zu Kontrollrechten und letztlich auch zur Thematik der Beendigung der Mitgliedschaft untersucht.

Insgesamt handelt es sich um eine sehr lesenswerte, für die notarielle Praxis von großer Bedeutung und erheblichen Nutzen erstellte Dissertation, deren Anschaffung empfohlen werden kann.

**Julius von Staudinger (Begr.):**

## **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – WEG Band 1 und 2**

Neub. 2018, de Gruyter, 2018. Band 1: 788 S., 269 € und Band 2: 1.233 S., 459 €

Von Notar **Lucas Wartenburger**, Rosenheim

Dreizehn Jahre sind in der Entwicklung eines so jungen und dynamischen Gesetzes wie des WEG ein durchaus langer Zeitraum: Seit 2005 gab es keine Neubearbeitung des Staudinger zum Wohnungseigentum mehr. Nun liegt diese in zwei Bänden vor, für die jeweils mit *Manfred Rapp* ein Notar a. D. verantwortlich zeichnet. Der erste Band betrifft mit den §§ 1-19 WEG die für die notarielle Praxis besonders wichtigen Teile des WEG. Nur bzgl. des § 16 kam es hier zu einem Bearbeiterwechsel: Die vormals von *Bub* bearbeitete Kommentierung hat nunmehr *Kreuzer* mit übernommen. Der zweite Band behandelt die §§ 20-64 WEG. Die für die notarielle Praxis weniger bedeutsamen Teile (Verwaltung und Verfahrensvorschriften) wurden in neue Hände gelegt, namentlich die der Professoren *Jacoby*, *Lehmann-Richter* und *Häublein*. Die besonders notarrelevanten Normen zum Wohnungserbbaurecht und zum Dauerwohnrecht bleiben hingegen in der Hand der (mittlerweile pensionierten) Bearbeiter aus der notariellen Praxis, *Rapp* und *Spiegelberger*.

In die Zeit seit der Voraufgabe fallen gewichtige Änderungen, in erster Linie natürlich das Reformgesetz vom 26.3.2007 im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BGH<sup>1</sup> zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft.

Die Diskussionen um die – außerhalb des WEG relevante – Verbrauchereigenschaft der Gemeinschaft wird in § 1 Rdnr. 54a dargestellt, wobei sich die Kommentierung für die Anerkennung der Verbrauchereigenschaft ausspricht. Dies quasi negativ daraus zu schließen, dass die Gemeinschaft kein Unternehmer ist, reicht jedoch nicht aus, denn das Gesetz kennt neben Unternehmern und Verbrauchern auch „neutrale Einheiten“, die weder das eine noch das andere sind (häufig zum Beispiel beim Handeln der öffentlichen Hand). Vor diesem Hintergrund hätte der Gesetzeswortlaut „natürliche Person“ eine intensivere Behandlung verdient.<sup>2</sup>

In § 3 Rdnr. 20a setzt sich *Rapp* kritisch und überzeugend mit der Entscheidung zur Anwendbarkeit des § 15 WEG (Gebrauchsregelung) auf die Verhältnisse von Duplexparkern<sup>3</sup> auseinander und möchte das Praxisproblem „Duplexparker“ durch die Anerkennung der Sondereigentumsfähigkeit lösen. Die Rechtsprechung des BGH zum Anspruch auf Anpassung der bautechnischen Realität an die Angaben im Aufteilungsplan<sup>4</sup> wird in § 3 Rdnr. 73 f. behandelt. Die Kommentierung sieht die Thematik (wenig überraschend) durch die WEG-Brille

und bejaht einen unverjährbaren Anspruch auf Herstellung plankonformer Zustände.

Zu bemerken ist die gesetzgeberische Gegenbewegung zur Eindämmung der sog. „gentrification“, die häufig die Erschwerung der WEG-Aufteilung als Mittel einsetzt (knapp behandelt in der Kommentierung zu § 4 Rdnr. 19). In Rdnr. 70 der Einleitung zum WEG wird die Möglichkeit einer vorsorglichen Teilung im Hinblick auf befürchtete künftige Hindernisse dargestellt. Dass diese Kämpfe schon vor längerer Zeit in vergleichbarer Weise ausgefochten worden sind, ist in § 3 Rdnr. 16 ff. nachzulesen, wo die Entwicklung der Rechtsprechung zur Gestaltungspraxis rund um die sog. Münchener Linie Ende der 80er Jahre dargestellt wird.

Ein kleiner Teilaspekt der gesetzlichen Neuregelung ist die vorgesehene Erleichterung der nachträglichen Begründung von allseitigen Sondernutzungsrechten. Auf die Praxisfrage, ob diese Erleichterung auch dann eingreift, wenn von mehreren mit einer Gesamtgrundschuld belasteten Einheiten (zum Beispiel Wohnung und Garage desselben Eigentümers) nur eine (die Wohnung) von einem neuen Sondernutzungsrecht profitiert, findet sich unter § 5 Rdnr. 119 leider keine Antwort.

Neuigkeiten brachte die Rechtsprechung zur „werdenden Eigentümergeinschaft“.<sup>5</sup> Zu deren Zeitdauer liefert § 8 Rdnr. 26 eine überzeugende Stellungnahme, wonach die „normalen“ Regeln über den Zweiterwerb dann eingreifen, wenn die betroffene Einheit vom Bauträger schon bestimmungsgemäß genutzt (zum Beispiel vermietet) worden ist. Es bleibt zu hoffen, dass sich dieses klare Abgrenzungskriterium gegenüber Alternativkandidaten wie „ein gewisser Zeitraum“ durchsetzt.

Geprägt wird die Rechtsentwicklung auch durch faktische Änderungen, insbesondere neue Vorgaben aus dem Bereich der Energieeinsparung, neue Praktiken bei der Energieversorgung – zu nennen sei etwa der Betrieb einer PV-Anlage auf dem Dach eines aufgeteilten Mehrfamilienhauses oder die Übertragung der Heizungsanlage an einen externen Betreiber („contracting“) – und die zunehmende Beliebtheit des Wohnungseigentums für atypische Wohnformen, zum Beispiel bei Pflegeheimanlagen. Hierzu findet sich unter § 5 Rdnr. 37a und vor allem Rdnr. 39 ff. eine eher konservative (im Ergebnis ablehnende) Einschätzung zur Sondereigentumsfähigkeit von Anlagen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen. Dies mag dogmatisch überzeugen, aber vermutlich ist die Rechtswirklichkeit über diese Frage schon hinweggegangen, zumal weder von der Baubehörde noch vom Grundbuchamt letztgültig eingeschätzt werden kann, welche Anlagen der Gesamtanlage dienen sollen und welche nicht.

1 Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, MittBayNot 2005, 495.

2 Vgl. MünchKomm-BGB/*Micklitz/Purnhagen*, 8. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 21.

3 BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZB 116/13, ZWE 2014, 211.

4 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, NJW 2016, 473.

5 BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, NZM 2008, 649.

Für Anlagen, die auch gegenüber Dritten vermarktet werden (zum Beispiel ein Blockheizkraftwerk) empfiehlt § 10 Rdnr. 335, dass der Verband diese mittels einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bewirtschaftet. Eine Stellungnahme, ob die Eigentümergemeinschaft als solche Gründerin einer GmbH sein kann, findet sich allerdings nicht.<sup>6</sup> Gegenüber den in der Praxis häufig anzutreffenden „Parallelgesellschaften“ der Eigentümer untereinander scheint dies eine interessante Alternative.

Zu nennen ist schließlich noch das Großthema der Abnahme des Gemeinschaftseigentums, dessen Lösung der Gesetzgeber weder in der WEG-Reform noch in der Baurechtsreform auch nur versucht hat. Der Meinungsstand wird hierzu in § 10 Rdnr. 152 dargestellt, wonach auch aus WEG-Sicht die heutige Haltung der Rechtsprechung folgerichtig ist. Die eigentlichen Probleme stellen sich auch weniger für die Eigentümergemeinschaft als für den Bauträger, dem – insbesondere bei zeitlich versetzt erstellten Mehrhausanlagen – momentan keine brauchbare Lösung angeboten wird.

Die Rechtsprechung des BGH zur Frage, in welchem Rahmen die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband Darlehen aufnehmen kann,<sup>7</sup> behandelt *Kreuzer* in § 10 Rdnr. 264. Er weist dabei darauf hin, dass die Rechtsprechung des BGH zahlreiche Fragen offen lässt und daher in vielen Fällen nach wie vor mit einer (erfolgreichen) Beschlussanfechtung zu rechnen ist. Ebenfalls in der Kommentierung zu § 10 findet sich eine Stellungnahme zur Frage, ob die nachträgliche Schaffung einer Öffnungsklausel einer Zustimmung der dinglich Berechtigten bedarf. Unter Rdnr. 174 wird überzeugend dargelegt, dass die nachgelagerte Gläubigerzustimmung (im Rahmen der Beschlussfassung in Ausübung der Öffnungsklausel) nicht praktikabel ist und daher der Gläubigerschutz nur bei Schaffung der Öffnungsklausel verwirklicht werden kann.

<sup>6</sup> Bejahend *Kreuzer*, ZWE 2010, 163.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 244/14, DNotZ 2015, 924.

Das neu geschaffene Rangklassenprivileg des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wird in der Kommentierung zu § 10 WEG Rdnr. 307 ff. ausführlich und unter Berücksichtigung der schon ergangenen Rechtsprechung (zum Beispiel zur fehlenden dinglichen Haftung für Hausgeldrückstände<sup>8</sup>) erläutert. Auch für den Fall der Insolvenz des Eigentümers sind hier die Konsequenzen umfassend und praxisgerecht dargestellt.

Wer der Auffassung war, dass das Dauerwohnrecht/Dauernutzungsrecht mit Abschaffung der Eigenheimzulage aus der Rechtswirklichkeit verschwindet, sieht sich getäuscht. *Spiegelberger* zeigt in der umfangreichen Vorbemerkung zu §§ 31 ff. WEG zahlreiche Anwendungsfälle für diese beiden sehr flexiblen und steuerlich interessanten (vgl. Rdnr. 27, 36 ff.) Gestaltungsinstrumente auf. Wenn klassische Gestaltungen versagen, zum Beispiel weil die erste Rangstelle für ein Erbbaurecht nicht verfügbar ist (Rdnr. 28 ff.), weil die Gesamtaufteilung mangels Abgeschlossenheit (Rdnr. 31 f.) nicht gelingt oder eine Realteilung nicht möglich ist (Rdnr. 33), sollte diese Kommentierung zu Rate gezogen werden, um auf weniger ausgetretenen Pfaden nach einer Lösung zu suchen.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Autoren die umfangreiche Rechtsentwicklung seit der Voraufgabe verarbeitet, aufgearbeitet und in die dogmatische Struktur und Historie des WEG eingeordnet haben. Darin liegt die eigentliche Stärke dieser Kommentierung.

Zwar mag die Gesamtausgabe des Staudinger nicht zur Grundausstattung eines jeden Notars zählen. Die Anschaffung zumindest des ersten WEG-Bandes sei jedoch jedem empfohlen, der die zahlreichen Facetten des Wohnungseigentums intensiver bearbeiten möchte.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12, NJW 2013, 3515.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung – Widerruf einer Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 9.5.2018, XII ZB 413/17 (Vorinstanz: LG Dresden, Beschluss vom 17.7.2017, 2 T 1105/16)

BGB §§ 181, 1896 Abs. 3

#### LEITSÄTZE:

- 1. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall bestellt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Die Errichtung einer Kontrollbetreuung ist nur dann erforderlich, wenn konkrete Anhaltspunkte den Verdacht untermauern, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird, etwa der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Soll dem Kontrollbetreuer die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf übertragen werden, setzt dies tragfähige Feststellungen voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Sind behebbare Mängel bei der Vollmachtausübung festzustellen, erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz grundsätzlich zunächst den Versuch, durch einen zu bestellenden (Kontroll-)Betreuer auf den Bevollmächtigten positiv einzuwirken, insbesondere durch Verlangen nach Auskunft und Rechenschaftsablegung (§ 666 BGB) sowie die Ausübung bestehender Weisungsrechte. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die 87-jährige Betroffene leidet nach zwei Schlaganfällen an einem schwer ausgeprägten chronischen hirnorganischen Psychosyndrom, wegen dessen sie ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen kann und zu einer freien Willensbildung nicht mehr in der Lage ist. In den Jahren 2002 und 2006 hatte sie ihrem Sohn, dem

Beteiligten zu 3, sowie ihrem Enkel, dem Beteiligten zu 4, notarielle General- und Vorsorgevollmachten erteilt, deren Wirksamkeit nicht in Zweifel steht. Beide Bevollmächtigte sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Der Enkel sieht sich nicht in der Lage, die Vollmacht auszuüben.

2 Auf Anregung des bevollmächtigten Sohns wurde dieser mit Beschluss vom 24.11.2010 gleichzeitig zum Betreuer für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellt, um – wie mit Beschluss vom 29.12.2010 geschehen – einen Einwilligungsvorbehalt anordnen zu können.

3 Durch den angefochtenen Beschluss vom 28.11.2016 hat das AG die Betreuung verlängert, den Sohn als Betreuer entlassen und die Beteiligte zu 1 als Berufsbetreuerin bestellt sowie den Aufgabenkreis erweitert auf die Stellung von Strafanträgen, den Widerruf der dem Sohn bezüglich der Vermögenssorge erteilten Vollmachten sowie die Vertretung gegenüber Ämtern, Behörden, Versicherungsunternehmen, Renten- und Sozialversicherungsträgern.

4 Auf die Beschwerde des Sohns hat das LG die Betreuung insgesamt aufgehoben. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Enkels der Betroffenen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet; sie führt zur Einrichtung einer Kontrollbetreuung.

(...)

15 a) Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist allerdings die vom LG getroffene Beurteilung, dass es einer Vollbetreuung (§ 1896 Abs. 1 BGB) nicht weiter bedarf.

16 aa) Ein Betreuer darf nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB). An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Anders kann es zum einen liegen, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht bestehen, die geeignet sind, die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr und damit die Wahrnehmung von Rechten des Betroffenen durch den Bevollmächtigten zu beeinträchtigen. Eine Betreuung kann trotz Vorsorgevollmacht zum anderen dann 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 wegen erheblicher Bedenken an seiner Geeignetheit oder Redlichkeit als ungeeignet erscheint (Senatsbeschluss vom 17.2.2016, XII ZB 498/15, FamRZ 2016, 704 Rdnr. 12 m. w. N.).

17 Dabei entscheidet der Tatrichter über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachen-

gerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (Senatsbeschluss vom 17.2.2016, XII ZB 498/15, FamRZ 2016, 704 Rdnr. 13 m. w. N.).

**18 bb)** Gemessen hieran ist das LG in noch vertretbarer Weise davon ausgegangen, dass eine Unredlichkeit des Sohns aufgrund der bisherigen Erkenntnisse nicht feststeht, und hat den Bedarf für die Aufrechterhaltung einer Vollbetreuung deshalb im Ergebnis vertretbar verneint.

**19 (1)** Unzutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des LG, wonach die General- und Vorsorgevollmacht keinen „inneren Bindungen“ des Bevollmächtigten unterliege. Die Bindung des Bevollmächtigten im Innenverhältnis ergibt sich einerseits aus dem ihm erteilten Auftrag und den ihm konkret erteilten Weisungen, andererseits aus dem einer Vorsorgevollmacht generell zugrunde liegenden Zweck einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen (vgl. *Schwab*, FamRZ 2014, 888, 890).

**20** Beurteilungsmaßstab für ein berechtigtes Vertreterhandeln ist deshalb, ob es sich im Rahmen dieser Zweckbindung hält. Der Bevollmächtigte muss im wohlverstandenen Interesse des Vollmachtgebers handeln. Er darf und muss sich dabei an den ihm erteilten Auftrag und die damit verbundenen Weisungen halten, mit denen allerdings im Einzelfall auch freigiebige Ziele verfolgt werden können. Die erteilten Weisungen und das wohlverstandene Interesse des Betroffenen können auch Zuwendungen an Personen aus dem Umfeld des Bevollmächtigten einschließen, namentlich, wenn dies in Kontinuität zu der vom Vollmachtgeber in gesunden Zeiten geübten Praxis steht und keinen selbstschädigenden Umfang einnimmt (*Langenfeld*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, S. 122 f.; *Eppe*, BWNZ 1992, 27, 29 f.). Die Vollmacht ist deshalb nicht stets schon dann zweckwidrig verwendet, wenn der Bevollmächtigte Maßnahmen ergreift, die auch ihm selbst oder seinen Angehörigen einen Vorteil verschaffen. Beurteilungsmaßstab für das Vertreterhandeln ist vielmehr stets, ob es sich im Rahmen dessen hält, was sein Auftrag ist.

**21 (2)** Im vorliegenden Fall hat das LG darauf abgestellt, dass die Betroffene bereits zu gesunden Zeiten erhebliche Vermögensaufwendungen zur Unterstützung der unternehmerischen Tätigkeiten des Sohns erbracht hatte. Daraus hat das LG in rechtlich nicht zu beanstandender Weise geschlossen, dass es grundsätzlich dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen entsprach, diese Hilfeleistung auch unter Gebrauch der erteilten Vorsorgevollmacht fortzusetzen. Soweit dies nicht in Form verllorener Zuschüsse, sondern in Form rückzahlbarer Darlehen geschehen ist, können diese Unterstützungsleistungen als Liquiditätshilfen angesehen werden, die in grundsätzlicher Kontinuität zu der vorangegangenen Unterstützung stehen und deshalb eine Unredlichkeit des Bevollmächtigten für sich genommen nicht zwingend begründen.

**22 b)** Mit unzutreffenden Erwägungen hat das LG allerdings das Bedürfnis für die Einrichtung einer Kontrollbetreuung (§ 1896 Abs. 3 BGB) verneint.

**23 aa)** Nach § 1896 Abs. 3 BGB kann ein Betreuer auch zur Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber

seinem Bevollmächtigten bestellt werden. Mit dieser sog. Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen und ggf. die Vollmacht zu widerrufen (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 14 m. w. N.).

**24** Eine Kontrollbetreuung darf allerdings wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB) nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall bestellt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Denn der Wille des Vollmachtgebers ist auch bei der Frage der Errichtung einer Kontrollbetreuung zu beachten (vgl. § 1896 Abs. 1a BGB). Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 15 m. w. N.).

**25** Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (Senatsbeschluss vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 16 m. w. N.).

**26 bb)** In Anwendung dieser Maßstäbe hätte das LG die vom AG eingerichtete (Berufs-)Betreuung mit dem Aufgabenkreis einer Kontrollbetreuung aufrechterhalten müssen. Nach den getroffenen Feststellungen hat die Betroffene ihrer Schwiegertochter, der Ehefrau des bevollmächtigten Sohns, am 1.4.2010 ein verzinsliches Darlehen ausgereicht, dessen Zinsen vereinbarungswidrig nicht bedient werden. Dies bedarf der Rechenschaftsablegung gegenüber einem Kontrollbetreuer. Auch war eine Besicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs vereinbart, welche nach den getroffenen Feststellungen inzwischen nicht mehr werthaltig ist, sodass zu prüfen ist, ob aufgrund der getroffenen Sicherungsabrede ein Anspruch auf Gestellung einer ersatzweisen Sicherheit besteht.

**27** Weiterhin werden nach den getroffenen Feststellungen die vereinbarten Zinsen aus einem Darlehen vom 1.12.2015 nicht an die Betroffene gezahlt. Auch insoweit bedarf es einer Rechenschaftsablegung gegenüber einem Kontrollbetreuer.

**28** Darüber hinaus geben die getroffenen Feststellungen Anlass zu einer Überprüfung durch den Kontrollbetreuer, ob die persönlichen Bedürfnisse der Betroffenen in einer ihren Vermögensverhältnissen entsprechenden Weise befriedigt werden, sie durch die finanzielle Unterstützung ihres Sohns und seines Unternehmens nicht in eine ihren eigenen Bedürfnissen zuwiderlaufende Vermögensgefährdung gerät und insgesamt noch die wirtschaftlichen Grundannahmen vorliegen, von denen die durch die Betroffene persönlich veranlassten Unterstützungsleistungen für ihren Sohn vormals getragen waren.

**29** Schließlich ist dem von der Verfahrenspflegerin gebrachten Verdacht nachzugehen, es könnten Privatverbindlichkeiten des Sohns aus Mitteln der Betroffenen bedient worden sein.

**30 c)** Nicht zu beanstanden ist demgegenüber, dass das LG die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf vorerst aus dem Aufgabenkreis der Betreuung herausgenommen hat.

**31 aa)** Die Befugnis zum Vollmachtwiderruf beinhaltet einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff und muss deswegen dem Betreuer als eigener Aufgabenkreis ausdrücklich zugewiesen werden (Senatsbeschluss, BGHZ 206, 321 = FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 10 ff.)

**32 bb)** Soll dem Kontrollbetreuer die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf übertragen werden, setzt dies tragfähige Feststellungen voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Sind behebbare Mängel bei der Vollmachtausübung festzustellen, erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz grundsätzlich zunächst den Versuch, durch einen zu bestellenden (Kontroll-)Betreuer auf den Bevollmächtigten positiv einzuwirken, insbesondere durch Verlangen nach Auskunft und Rechenschaftsablegung (§ 666 BGB) sowie die Ausübung bestehender Weisungsrechte. Nur wenn diese Maßnahmen fehlschlagen oder ein solches Vorgehen aufgrund feststehender Tatsachen mit hinreichender Sicherheit als ungeeignet erscheint, drohende Schäden auf diese Weise abzuwenden, ist die Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf, der die ultima ratio darstellt, verhältnismäßig (Senatsbeschluss vom 30.8.2017, XII ZB 16/17, FamRZ 2017, 1866 Rdnr. 25 m. w. N.).

**33 cc)** Ausgehend von diesen rechtlichen Grundsätzen kommt die Ermächtigung zum Widerruf der Vorsorgevollmacht gegenwärtig nicht in Betracht. Die Kontrollbetreuerin hat sich zunächst durch Verlangen nach Auskunft und Rechenschaftsablegung (§ 666 BGB) ins Bild zu setzen und erforderlichenfalls Weisungsrechte gegenüber dem bevollmächtigten Sohn auszuüben, um die Interessen der Betroffenen zur Geltung zu bringen. Bis zur Klärung des Sachverhalts kann die Kontrollbetreuerin dem bevollmächtigten Sohn vorläufige Weisungen zur Sicherung des derzeitigen Zustands erteilen, ihm beispielsweise auferlegen, rechtsgeschäftliche Erklärungen von bestimmter Art oder gegenüber bestimmten Personen oder von bestimmter Größenordnung nur noch mit ihrer Zustimmung abzugeben (vgl. BeckOGK/Schmidt-Recla, Stand: 1.2.2018, § 1896 BGB Rdnr. 283).

**34 3.** Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind und Bedenken gegen die vom AG getroffene Betreuerauswahl nicht bestehen. Die festgesetzte Überprüfungsfrist entspricht der vom AG rechtsfehlerfrei getroffenen Anordnung.

## 2. Feuchtigkeits- und Schimmelschäden

BGH, Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.10.2016, 21 U 12/16)

BGB § 280 Abs. 1 und 3, §§ 281, 311b Abs. 1 Satz 2, § 434 Abs. 1 Satz 1, § 437 Nr. 3

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Annahme eines Sachmangels wegen des Fehlens einer Eigenschaft der Kaufsache, die der Käufer nach § 434 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB erwarten kann, setzt nicht voraus, dass diese Eigenschaft in dem notariellen Kaufvertrag Erwähnung findet.**
- 2. Der Verkäufer einer gebrauchten Immobilie haftet aber für einen solchen Sachmangel – anders als für das Fehlen einer nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbarten Beschaffenheit – in den Grenzen des § 444 BGB regelmäßig nicht, wenn der Kaufvertrag einen allgemeinen Haftungsausschluss enthält (Bestätigung von Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150).**

### SACHVERHALT:

**1** Mit notariellem Vertrag vom 3.2.2012 kaufte der Kläger von den Beklagten unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel ein Grundstück, das mit einem etwa 300 Jahre alten Bauernhof sowie zwei Anbauten aus den 1940er und 1960er Jahren bebaut ist. Bei Umbauarbeiten bemerkte der Kläger im Herbst 2012 Feuchtigkeits- und Schimmelschäden. In dem von ihm eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren stellte der Sachverständige im Erdgeschoss des Wohnhauses und der Anbauten Feuchtigkeit in den Wänden fest, die er auf fehlende bzw. nicht ausreichende Horizontalsperren zurückführte. Für die Instandsetzung ermittelte er Kosten i. H. v. 79.673,27 €. Diesen Betrag verlangt der Kläger von den Beklagten als Schadensersatz, ferner möchte er festgestellt wissen, dass die Beklagten ihm zum Ersatz weiterer Schäden sowie zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verpflichtet sind.

**2** Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seinen Zahlungs- und Feststellungsanspruch weiter.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**3 I.** Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs für nicht gegeben. Zweifelhaft sei bereits, ob ein Sachmangel vorliege. Ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgrund des Fehlens einer stillschweigend getroffenen Vereinbarung über die Freiheit der Gebäude von Feuchtigkeit scheitere daran, dass die notarielle

Kaufvertragsurkunde keinerlei Anhaltspunkte für eine solche Beschaffenheitsvereinbarung bietet. Ein entsprechendes Vertragsoll könne sich daher auch nicht nach § 434 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB daraus ergeben, dass die Beklagten das Kaufobjekt nach klägerischem Vorbringen in einem Internetexposé als Luxusimmobilie bezeichnet hätten, die nach neuestem Stand renoviert worden sei.

**4** Es erscheine auch zweifelhaft, ob auf der Grundlage von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Sachmangel wegen des Fehlens der Eignung für die gewöhnliche bzw. die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung in Betracht komme. Zwar habe der Sachverständige in dem selbstständigen Beweisverfahren Feuchtigkeitserscheinungen in Form von Abplatzungen, Ausblühungen und Dunkelfärbungen festgestellt und reiche die Durchfeuchtung im Bereich des ehemaligen Stalls (Party- und Fitnessraum) teils über die gesamte Höhe der Wände. Gebäude, die vor dem Zweiten Weltkrieg errichtet worden seien, hätten aber häufig keine wirksamen Horizontalsperren und vor 1920 seien nahezu keine Horizontalsperren eingebaut worden. Der Kläger habe hiernach nicht erwarten können, dass ein über 300 Jahre altes Bauernhaus frei von Feuchtigkeit sei.

**5** Jedenfalls sei die Sachmängelhaftung der Beklagten aufgrund des vereinbarten Haftungsausschlusses nicht gegeben. Auf diesen könnten sich die Beklagten berufen, da der Kläger das arglistige Verschweigen eines solchen Mangels durch die Beklagten nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe. Es fehle an einer klaren Zuordnung, in welchen Bereichen welche Feuchtigkeitserscheinungen durch die Beklagten überstrichen worden sein sollen, nachdem diese, wie von den Klägern behauptet, durch eine Zeugin auf mit Feuchtigkeit belastete Stellen hingewiesen worden seien. Das Vorbringen des Klägers, es habe jedenfalls Stellen mit Schimmel gegeben, der später nicht mehr sichtbar gewesen sei, reiche nicht aus. Soweit im Partyraum entsprechende Ausblühungen an den Laibungen vorhanden gewesen seien, seien diese deutlich sichtbar und auch für den Kläger erkennbar, sodass bereits keine Aufklärungspflicht bestanden habe. Entsprechendes gelte für den Fitnessraum.

**6 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagten aus § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB auf Ersatz sachmangelbedingter Schäden an den Wohngebäuden nicht verneinen.

**7 1.** Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Schadensersatzanspruch nicht auf das Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit gestützt werden kann. Für eine Vereinbarung der Parteien über die Freiheit der Gebäude von Feuchtigkeit oder einen hinreichenden baulichen Schutz vor dem Eindringen von Feuchtigkeit enthält der Kaufvertrag keine Anhaltspunkte. Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, etwa in einem Internetexposé, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB (Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 15).

**8 2.** Zugunsten der Revision ist aber davon auszugehen, dass – was das Berufungsgericht ausdrücklich offenlässt – die fehlenden oder nicht hinreichend ausgebildeten Horizontalsperren und die hierdurch bedingten Feuchtigkeitsschäden einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen, weil sich die Gebäude nicht für die gewöhnliche oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen.

**9 a)** Zutreffend geht das Berufungsgericht im rechtlichen Ausgangspunkt davon aus, dass die Beklagten sich hinsichtlich dieses Mangels auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen können, wenn nicht der Kläger beweist, dass sie den Mangel arglistig verschwiegen haben (§ 444 BGB). Richtig ist weiter, dass ein arglistiges Verschweigen im Sinne von § 444 BGB eine Aufklärungspflicht des Verkäufers über einen Sachmangel voraussetzt und dass der Verkäufer Umstände, die für den Kaufentschluss des Käufers erheblich sind, von sich aus nur offenbaren muss, wenn er sie selbst kennt oder sie zumindest für möglich hält (vgl. Senat, Urteil vom 15.6.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 10).

**10 b)** Unzutreffend ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, es fehle an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, dass die Beklagten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von den Feuchtigkeitserscheinungen an den Wänden hatten. Das Berufungsgericht überspannt insoweit unter Verstoß gegen § 286 ZPO die Anforderungen an die Substantiierung des klägerischen Vortrags.

**11 aa)** Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Vortrag schlüssig und ausreichend substantiiert, wenn die vorgelegten Tatsachen in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht zu begründen (vgl. nur Senat, Beschlüsse vom 2.4.2009, V ZR 177/08, NJW-RR 2009, 1236 Rdnr. 10, vom 12.6.2008, V ZR 221/07, WM 2008, 2068 Rdnr. 6 und vom 12.10.2017, V ZR 17/17, juris Rdnr. 10 m. w. N.). Die Angabe von Einzelheiten zu dem Zeitpunkt und dem Ablauf bestimmter Ereignisse ist nicht erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen ohne Bedeutung sind (Senat, Beschluss vom 12.6.2008, V ZR 221/07, a. a. O. Rdnr. 7). Eine Partei darf grundsätzlich auch Tatsachen behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie nach Lage der Dinge aber für wahrscheinlich hält. Die Grenze, bis zu der dies zulässig ist, ist erst erreicht, wenn das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte den Vorwurf begründet, eine Behauptung sei „ins Blaue hinein“ aufgestellt, mithin aus der Luft gegriffen, und stelle sich deshalb als Rechtsmissbrauch dar (Senat, Beschluss vom 12.6.2008, V ZR 221/07, a. a. O. Rdnr. 9).

**12 bb)** Nach diesen Maßstäben ist bereits der Vortrag des Klägers, die Reinigungskraft der Beklagten, Frau K, habe ihm berichtet, im Auftrag der Beklagten Schimmel beseitigt und den Beklagten von Feuchtigkeitsschäden an den Wänden der Wohnräume berichtet zu haben, die bei der Besichtigung nicht mehr vorhanden, also offenbar übergestrichen worden seien, als ausreichend substantiiert anzusehen. Hinzu kommt, dass der Kläger diesen Vortrag durch eine Skizze untermauert hat, in der die von dem Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten feuchten bzw. durchnässten Stellen eingezeichnet sind. Auf entsprechende Aufforderung

des Berufungsgerichts hat er diese noch ergänzt um die jeweiligen Bild-Fundstellen in dem Sachverständigengutachten des selbstständigen Beweisverfahrens und um die jeweiligen Fundstellen in seinem schriftsätzlichen Vorbringen dazu, auf welche Räumlichkeiten sich die Angaben der Zeugin K beziehen sollen. Mehr war nicht erforderlich, zumal der Kläger über Details naturgemäß keine Kenntnisse aus eigener Wahrnehmung haben kann. Soweit das Berufungsgericht nähere Einzelheiten für die Zuverlässigkeit der Behauptung von Bedeutung hält, muss es diese durch entsprechende Nachfragen bei der Beweisaufnahme klären (Senat, Beschluss vom 12.6.2008, V ZR 221/07, WM 2008, 2068 Rdnr. 7).

**13 III.** Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO); dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**14 1.** Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die fehlenden oder nicht hinreichend ausgebildeten Horizontalsperren und die hierdurch bedingten Feuchtigkeitsschäden einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen. Dies kann nicht ohne Weiteres mit der Begründung verneint werden, der Kläger habe im Hinblick auf das Alter der Gebäude eine wirksame Horizontalsperre und eine Freiheit der Gebäude von Feuchtigkeit nicht erwarten können.

**15 a)** Richtig ist zwar, dass bei Häusern, die zu einer Zeit errichtet wurden, als Kellerabdichtungen noch nicht üblich waren, nicht jede Feuchtigkeit im Keller einen Sachmangel begründet, sondern es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (Senat, Urteile vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NZM 2012, 469 Rdnr. 14, vom 7.11.2008, V ZR 138/07 juris Rdnr. 13 und vom 27.3.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rdnr. 8). Im Einzelnen ist von Bedeutung, ob das Haus in einem sanierten Zustand verkauft wurde, der Keller Wohnzwecken diene, welcher Zustand bei der Besichtigung erkennbar war und wie stark die Feuchtigkeiterscheinungen sind (Senat, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, a. a. O.). Vorliegend geht es aber nicht um Keller Räume, sondern um Räume im Erdgeschoss von Wohngebäuden. Solche Räume dienen üblicherweise schon bei gewöhnlicher Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) Wohnzwecken, weshalb der Käufer erwarten darf, dass sie trocken sind.

**16 b)** Darüber hinaus könnte sich die Trockenheit und eine hinreichende (horizontale) Abdichtung der betreffenden Räume vor Feuchtigkeit als Sollbeschaffenheit aus § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 3 BGB ergeben.

**17 aa)** Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB gehören zur Sollbeschaffenheit der Kaufsache die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf; hierzu zählen auch Angaben in einem Exposé (vgl. Senat, Urteile vom 19.1.2018, V ZR 256/16, juris Rdnr. 10, vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 7 und vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NJW-RR 2012, 1078 Rdnr. 16).

**18 bb)** Nach klägerischem Vorbringen haben die Beklagten die Gebäude in ihrem Internetangebot als „Luxusimmobilie“

bezeichnet, die „nach neuestem Standard renoviert worden“ sei. Sollte diese Behauptung zutreffen, konnte der Kläger aus objektiver Sicht erwarten, dass die Räumlichkeiten – mit Ausnahme des ihm als feucht bekannten Kellers – keine Feuchtigkeit in den Wänden aufweisen und hinreichend gegen aus dem Keller aufsteigende Feuchtigkeit gesichert sind.

**19 cc)** Anders als das Berufungsgericht meint, ergibt sich aus der Entscheidung des Senats vom 22.4.2016 (V ZR 23/15, NJW 2017, 150) nicht, dass Eigenschaften der Kaufsache, die der Käufer aufgrund öffentlicher Äußerungen des Verkäufers nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB erwarten darf, keine Sollbeschaffenheit begründen, wenn sie in dem Kaufvertrag keine Erwähnung finden.

**20 (1)** Richtig ist, dass der notariellen Beurkundung nach der Rechtsprechung des Senats für Vereinbarungen über die Beschaffenheit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Zäsurwirkung zukommt. Dies folgt aus einer interessengerechten Auslegung des Kaufvertrages. Vor dem Hintergrund des den Vertragsparteien bekannten Beurkundungserfordernisses kann der Käufer nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer mit ihm eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder Gebäudes – mit der Folge einer nicht ausschließbaren Haftung – vereinbaren will, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt wird (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 17). Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien einen nach § 125 Satz 1 BGB formnichtigen Vertrag schließen und sich auf die Möglichkeit der Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB verlassen wollen. Hierzu führte aber eine Auslegung, die vorvertraglichen Äußerungen des Verkäufers über Eigenschaften des Kaufgegenstands eine (nicht beurkundete) Beschaffenheitsvereinbarung entnimmt (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, a. a. O. Rdnr. 18).

**21 (2)** Die in § 434 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB genannten Anforderungen an die Kaufsache beruhen hingegen nicht auf einer beurkundungs- und auslegungsbedürftigen Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, sondern auf dem Gesetz. Die Annahme eines Sachmangels wegen des Fehlens einer Eigenschaft der Kaufsache, die der Käufer nach § 434 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB erwarten kann, setzt daher nicht voraus, dass diese Eigenschaft in dem notariellen Kaufvertrag Erwähnung findet (vgl. Senat, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, juris Rdnr. 10).

**22 (3)** Der Verkäufer einer gebrauchten Immobilie haftet aber für einen solchen Sachmangel – anders als für das Fehlen einer nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbarten Beschaffenheit – in den Grenzen des § 444 BGB regelmäßig nicht, wenn der Kaufvertrag einen allgemeinen Haftungsausschluss enthält (vgl. Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 12, 18). Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein vereinbarter Haftungsausschluss für Sachmängel nämlich dahin auszulegen, dass er nicht für das Fehlen einer vertraglich (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbarten Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt, wohl aber für Mängel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Senat, Urteile vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 9 und vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 14; BGH, Urteile vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, BGHZ

170, 86 Rdnr. 31, vom 19.12.2012, VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rdnr. 19, vom 26.4.2017, VIII ZR 233/15, WM 2015, 1225 Rdnr. 22 und vom 27.9.2017, VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rdnr. 23).

**23** 2. Sollte danach ein Sachmangel vorliegen, kann die Haftung der Beklagten für diesen nicht durchweg mit der Begründung abgelehnt werden, die vorhandenen Feuchtigkeitsercheinungen seien deutlich sichtbar und damit auch für den Kläger bei der Besichtigung erkennbar gewesen.

**24** a) Richtig ist allerdings, dass für Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind, keine Offenbarungspflicht besteht. Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann (Senat, Urteile vom 19.2.2016, V ZR 216/14, NJW 2016, 2315 Rdnr. 11 und vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NZM 2012, 469 Rdnr. 21 m. w. N.). Nicht ohne Weiteres erkennbar sind aber solche Mängel, von denen bei einer Besichtigung zwar Spuren zu erkennen sind, die aber keinen tragfähigen Rückschluss auf Art und Umfang des Mangels erlauben. In diesen Fällen muss der Verkäufer gemäß seinem Kenntnisstand aufklären und darf sein konkretes Wissen nicht zurückhalten (vgl. Senat, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, a. a. O. Rdnr. 22 m. w. N.).

**25** b) Eine Aufklärungspflicht der Beklagten kommt danach jedenfalls insoweit in Betracht, als ihnen die Feuchtigkeitsschadenproblematik in größerem Umfang bekannt gewesen sein sollte, als sie bei der Besichtigung für den Kläger erkennbar war.

**26** aa) Dann stünde nämlich, wenn die Beklagten nach ihren Kenntnissen und ihrer Erfahrung aus den Feuchtigkeitsschäden an den Wänden als Mangelsymptom den Schluss auf eine unzureichende oder fehlende horizontale Abdichtung als Mangelursache gezogen haben sollten (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NZM 2012, 469 Rdnr. 26), nicht ohne Weiteres fest, dass auch der Kläger einen entsprechenden Schluss gezogen hat.

**27** bb) Aber auch wenn die Beklagten diesen Schluss nicht gezogen haben sollten, bestand eine Aufklärungspflicht jedenfalls in Bezug auf die Bereiche, hinsichtlich derer der Kläger behauptet, es habe bereits vor Vertragsschluss Feuchtigkeitsercheinungen gegeben, über die die Reinigungskraft die Beklagten informiert habe (also die in der Skizze mit Strichen und gelber Markierung versehenen Stellen im Schlafzimmer, im Flur, in der Küche und im Arbeitszimmer), und zwar ungeachtet der Frage, ob diese übergestrichen worden sein sollen (was der Kläger in Bezug auf die in der Skizze bezeichneten Stellen im Schlafzimmer und im Arbeitszimmer behauptet) oder ob sie aus anderen Gründen nicht (mehr) ohne Weiteres erkennbar waren. Soweit das Berufungsgericht meint, eine arglistige Täuschung könne nur in Betracht kommen hinsichtlich der Bereiche, die in den Skizzen gelb (feucht/nass) und zugleich rot (übergestrichen) eingezeichnet seien, ist dies rechtsfehlerhaft. Die arglistige Täuschung im Sinne von § 444 BGB setzt als Verstoß gegen eine bestehende Offenbarungspflicht kein aktives Tun voraus. Die Beklagten könnten sich daher auch dann nicht auf den Haftungsausschluss berufen, wenn ihnen in den Wänden vorhandene, bei der Besichtigung

durch den Kläger aber nicht ohne Weiteres erkennbare Feuchtigkeit bekannt war und sie den Kläger auf diesen Umstand nicht hingewiesen haben.

**28** 3. Sollte das Vorliegen eines Sachmangels hingegen nicht festzustellen sein, käme eine Haftung der Beklagten aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 280 Abs. 1 BGB (culpa in contrahendo) in Betracht. Vorsätzliche falsche Angaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache begründen ebenso einen Anspruch des Käufers auf Schadensersatz aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten wie das vorsätzliche Verschweigen von Mängeln (vgl. Senat, Urteil vom 30.3.2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, 2553; Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815 Rdnr. 24, insoweit in BGHZ 207, 349 nicht abgedruckt). Dieser Anspruch könnte daher gegeben sein, wenn die Behauptung des Klägers zutreffen sollte, dass die Beklagten Kenntnis von verborgenen Feuchtigkeitsschäden hatten und diese dem Kläger verschwiegen haben. Dies gilt erst recht, wenn sie der Ehefrau des Klägers auf Nachfrage mitgeteilt haben sollten, über die dem Kläger bekannten Feuchtigkeitsschäden hinaus gebe es keine Feuchtigkeitsschäden.

(...)

### 3. Zur Einwilligung in eine Schuldübernahme

BGH, Urteil vom 23.6.2017, V ZR 39/16 (Vorinstanz: OLG Rostock, Urteil vom 13.1.2016, 1 U 166/13)

*BGB § 418 Abs. 1 Satz 3, §§ 878, 892, 894, 1168 Abs. 1, § 1192 Abs. 1  
ZPO § 767*

#### LEITSÄTZE:

1. Wird im Laufe des Vollstreckungsverfahrens ein neuer Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen, hat dies auf den Fortgang des Verfahrens gegen den bei Beschlagnahme des Grundstücks eingetragenen Grundstückseigentümer keinen Einfluss. Dies gilt auch dann, wenn der Eigentumserwerb auf einem vorgemerkten Anspruch beruht und die Zwangsversteigerung aus einem gegenüber der Vormerkung vorrangigen Recht betrieben wird. Der neue Eigentümer tritt nicht als Vollstreckungsschuldner ein. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Nach einer Schuldübernahme geht eine für die übernommene Schuld bestehende Grundschuld gemäß § 418 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 1192 Abs. 1, § 1168 Abs. 1 BGB auch dann auf den Grundstückseigentümer über, wenn es sich um eine Sicherung Grundschuld handelt. Diese Vorschriften finden nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB aber keine Anwendung, wenn derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in die Schuldübernahme einwilligt. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Für die Einwilligung nach § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB kommt es nicht auf diejenige des künftigen oder wirtschaftlichen Eigentümers des Grundstücks an, sondern auf diejenige des zum Zeitpunkt der Schuldübernahme im Grundbuch eingetragenen Eigentümers. Dies gilt auch dann, wenn zugunsten des künftigen Eigentümers bereits eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen ist, der Kaufpreis entrichtet wurde und ihm durch den Grundstückseigentümer eine Belastungsvollmacht erteilt worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### 4. Erlöschen der Untervollmacht bei Widerruf der transmortalen Hauptvollmacht und Erfordernis der Voreintragung der Erben im Grundbuch vor Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld

OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18; mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

GBO §§ 39, 40

BGB § 167

##### LEITSÄTZE:

1. Ein Bevollmächtigter ist aufgrund einer transmortalen Vollmacht befugt, über das zum Nachlass gehörende Vermögen zu verfügen.
2. Ein Erlöschen der transmortalen Hauptvollmacht führt nicht automatisch zu einem Erlöschen einer erteilten Untervollmacht.
3. Für die Eintragung einer Finanzierungsbelastung ist die Voreintragung der Erben nicht erforderlich, wenn die Bewilligung für die Erben bindend geworden ist.

##### SACHVERHALT:

- 1 I. Im Grundbuch des (...) Grundbesitzes war zunächst die am 8.12.2013 verstorbene Erblasserin als Eigentümerin eingetragen.
- 2 Die Erblasserin hatte dem Beteiligten zu 5 durch am 2.10.2010 notariell beglaubigte Erklärung eine Vorsorgevollmacht unter anderem für Vermögensangelegenheiten über den Tod hinaus erteilt (...).
- 3 Am 13.6.2017 hat das AG einen Erbschein nach der Erblasserin erteilt, der die Beteiligten zu 1 bis 8 als Erben ausweist. Die Eintragung der Beteiligten zu 1 bis 8 als Eigentümer des Grundbesitzes im Grundbuch ist am 28.7.2017 erfolgt.
- 4 Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 1.9.2017 hat der Beteiligte zu 5 den Grundbesitz an die Beteiligten zu 9 und 10 verkauft und aufgelassen, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt sowie die Beteiligten zu 9 und 10 bevollmächtigt, den gekauften Grundbesitz mit Grundpfandrechten zu belasten und alle hierfür erforderlichen Erklärungen und Bewilligungen abzugeben.
- 5 Die Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 9 und 10 ist am 8.9.2017 im Grundbuch in Abt. II eingetragen worden.
- 6 Mit Schreiben vom 19.9.2017 hat der Beteiligte zu 4 dem Beteiligten zu 5 gegenüber die von der Erblasserin erteilte Vorsorgevollmacht widerrufen und dies dem Notar und dem Grundbuchamt mitgeteilt.

7 Den Erbschein vom 13.6.2017 hat das AG durch Beschluss vom 6.10.2017 eingezogen und zur Begründung ausgeführt, dass die im Erbschein ausgewiesenen Erbquoten nicht zutreffen würden.

8 Mit Schreiben vom 10.11.2017 haben die Beteiligten zu 9 und 10 sowie die Gläubigerin unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift einer notariellen Urkunde vom 19.9.2017 die Eintragung einer Grundschuld über 165.000 € im Rang vor der in Abt. II eingetragenen Auflassungsvormerkung beantragt. In der notariellen Urkunde vom 19.9.2017 haben die Beteiligten zu 9 und 10 als Bevollmächtigte – gestützt auf die ihnen im notariellen Kaufvertrag vom 1.9.2017 erteilte Vollmacht des Beteiligten zu 5 – die Bestellung einer Grundschuld über 165.000 € an dem Grundbesitz bewilligt.

9 Mit nicht unterschriebener Verfügung vom 14.11.2017 hat das Grundbuchamt die Beteiligten zu 9 und 10 darauf hingewiesen, dass die Vorsorgevollmacht der Erblasserin infolge des Widerrufs vom 19.9.2017 erloschen sein könnte, die Eintragung der Grundschuld daher der Genehmigung der Erben bedürfe und der Erbschein wegen Unrichtigkeit eingezogen worden sei. (...)

10 Ebenfalls am 14.11.2017 hat das Grundbuchamt die Erblasserin wieder als Eigentümerin des Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen.

11 Die Beteiligten zu 9 und 10 sind der Verfügung des Grundbuchamtes vom 14.11.2017 entgegengetreten und haben vorgetragen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Wirksamkeit einer Vollmacht die Beurkundung sei und nicht die spätere Eintragung im Grundbuch. Ein nach der Beurkundung erfolgter Widerruf der Vollmacht sei unschädlich. Hier habe die Vollmacht zum Zeitpunkt der Beurkundung unwiderrufen vorgelegen.

12 Mit Schriftsatz vom 11.1.2018 haben die Beteiligten zu 9 und 10 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 14.11.2017 eingelegt.

13 Durch Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

14 Durch Verfügung vom 26.1.2018 hat der Vorsitzende des Senats darauf hingewiesen, dass die Beschwerde unzulässig sei, weil es an einer anfechtbaren Entscheidung des Grundbuchamtes fehle. Die angefochtene Verfügung vom 14.11.2017 sei nicht unterschrieben und stelle daher nur einen Entwurf dar. Zudem sei die Form des § 38 FamFG nicht gewahrt. (...)

15 Durch am 7.2.2018 erlassene Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass dem Antrag vom 10.11.2017 auf Eintragung der Grundschuld mit Rangänderung Hindernisse entgegenstehen würden. Die Vorsorgevollmacht der Erblasserin sei widerrufen worden. Es seien daher formgerechte Unterlagen zum Nachweis der Vertretungsbefugnis vorzulegen. Dieser Nachweis könne durch Genehmigungen der Miterben der Erblasserin erbracht werden. Zudem sei ein neuer Erbschein nach der Erblasserin vorzulegen. (...)

16 Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 9 und 10 beim AG Bonn Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt durch Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt hat.

##### AUS DEN GRÜNDEN:

17 II. Die gegen die am 7.2.2018 erlassene Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 9 und 10 ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO).

18 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, da die Zwischenverfügung nicht gerechtfertigt ist.

19 Dem Antrag vom 10.11.2017 auf Eintragung einer Grundschuld im Rang vor der in Abt. II eingetragenen Auflassungs-

vormerkung steht entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes nicht entgegen, dass der Beteiligte zu 4 die Vorsorgevollmacht des Beteiligten zu 5 widerrufen hat. Denn es kommt nicht darauf an, ob die von der Erblasserin erteilte Vorsorgevollmacht vor dem Wirksamwerden der Bewilligung der Grundschuld durch die Beteiligten zu 9 und 10 als Vertreter der Erben widerrufen worden ist und ob der Beteiligte zu 4 hierzu befugt war. Vielmehr waren die Beteiligten zu 9 und 10 aufgrund der ihnen am 1.9.2017 vom Beteiligten zu 5 erteilten Untervollmacht zur Bestellung der Grundschuld wirksam bevollmächtigt worden. Diese Untervollmacht ist nicht widerrufen worden und ist – unabhängig vom (späteren) Widerruf der Vorsorgevollmacht – wirksam geblieben.

**20** Zudem bedarf es auch einer Voreintragung der Erben gemäß § 40 Abs. 1 GBO nicht, sodass es der Vorlage eines Erbscheins nicht bedarf. Es kommt daher nicht darauf an, dass für die (Wieder-)Eintragung der Erblasserin im Grundbuch als Eigentümerin nach Einziehung des Erbscheins eine Rechtsgrundlage nicht gegeben war (vgl. Senat, FGPrax 2006, 85, 86; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016 § 35 Rdnr. 30). Im Einzelnen gilt Folgendes:

**21** Dem Beteiligten zu 5 war von der Erblasserin eine wirksame Vorsorgevollmacht erteilt worden, die über den Tod der Erblasserin hinaus wirksam geblieben ist und für den Bereich der Vermögensangelegenheiten die Erteilung von Untervollmachten umfasste. Aufgrund dieser transmortalen Vollmacht war der Beteiligte zu 5 befugt, über das zum Nachlass gehörende Vermögen zu verfügen, ohne die Erbfolge nachzuweisen und die Erben zu benennen (OLG München, NJW-RR 2015, 1382-1384 m. w. N.; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 81.1 m. w. N.). In der notariellen Urkunde vom 1.9.2017 hat der Beteiligte zu 5 den Beteiligten zu 9 und 10 eine Untervollmacht zur Bestellung von Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises wirksam erteilt. Dass die den Beteiligten zu 9 und 10 erteilte Untervollmacht widerrufen worden wäre, ist nicht ersichtlich. Das Grundbuchamt musste daher vom Fortbestand dieser Untervollmacht ausgehen, da ihm keine Umstände bekannt sind, die auf die Möglichkeit eines Erlöschens hinweisen (vgl. hierzu: Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 80 m. w. N.).

**22** Insbesondere ist die den Beteiligten zu 9 und 10 bereits am 1.9.2017 erteilte Untervollmacht nicht durch einen etwaigen späteren Widerruf der Vorsorgevollmacht (Hauptvollmacht) vom 19.9.2017 erloschen. Bei Erlöschen einer Hauptvollmacht kann die Untervollmacht mit Vertretungsbefugnis für den Geschäftsherrn fortbestehen, da sie sich nicht aus der Person des Hauptbevollmächtigten, sondern vom Vertretenen ableitet; sie ist zwar an das Bestehen zum Zeitpunkt ihrer Erteilung, nicht aber an den Fortbestand der Hauptvollmacht gebunden. Ob die Untervollmacht zugleich mit der Hauptvollmacht erlischt oder ob sie über die Hauptvollmacht hinaus fortbestehen kann, ist letztlich eine Frage der Auslegung (Staudinger/Schilken, Neub. 2014, § 167 Rdnr. 68; Münch-Komm-BGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 167 Rdnr. 103; Erman/Maier-Reimer, BGB, 15. Aufl. 2017, § 167 Rdnr. 64; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3565; Bous, RNotZ 2004, 483, 484; KG, Beschluss vom 14.2.2017, 1 W 29/17, FGPrax 2017, 98, 99; OLG München, Beschluss

vom 29.5.2015, 34 Wx 152/15; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.2.2014, 20 W 548/11, NJW-RR 2014, 1503-1507).

**23** Diese Auslegung ergibt hier, dass die am 1.9.2017 wirksam erteilte Finanzierungsvollmacht der Beteiligten zu 9 und 10 nicht infolge eines etwaigen späteren wirksamen Widerrufs der Hauptvollmacht erloschen ist. Eine Auslegung kann im Grundbuchverfahren wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Erfordernisses urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, NJW-RR 2015, 645, 646; NJW 1995, 1081, 1082; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 172; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28). Hier bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass die wirksam erteilte Finanzierungsvollmacht der Beteiligten zu 9 und 10 auch im Falle eines späteren Widerrufs der Hauptvollmacht wirksam bleiben sollte. Es entspricht vielmehr der gängigen notariellen Praxis, dass ein Erwerber beim finanzierten Grundstückskauf vom noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Verkäufer zur Belastung des Grundstücks bevollmächtigt wird. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Erben, wenn sie den Vertrag selbst geschlossen und keinen Vertreter eingeschaltet hätten, im Rahmen der Beurkundung des Kaufvertrages andere Regelungen angestrebt hätten. Letztlich handelt es sich bei der Bewilligung der Finanzierungsgrundschuld um ein an den Vertragsschluss vom 1.9.2017 anschließendes Rechtsgeschäft, das lediglich der Abwicklung der beiderseitigen Pflichten und Rechte aus dem wirksam zustande gekommenen Kaufvertrag zu dienen bestimmt ist. Während die Erben durchaus ein Interesse daran haben können, nach dem Widerruf der Vorsorgevollmacht ein bis dahin noch nicht zustande gekommenes Hauptgeschäft selbst abzuschließen oder eben nicht abzuschließen, sodass insoweit eine darüber hinaus erteilte Untervollmacht ihre Wirkung mit der Hauptvollmacht verlore, ist eine solche Interessenlage bei der Abwicklung des (wirksam zustande gekommenen) Hauptgeschäfts dienenden Geschäften ersichtlich nicht gegeben. Die den Beteiligten zu 9 und 10 erteilte Belastungsvollmacht dient wie regelmäßig in erster Linie dazu, die vertraglichen Ziele auch im Interesse der Erben zu erreichen und das hierzu erforderliche Verfahren zu vereinfachen (ebenso: KG, Beschluss vom 14.2.2017, 1 W 29/17, FGPrax 2017, 98, 99 m. w. N.; OLG München, Beschluss vom 29.5.2015, 34 Wx 152/15 m. w. N.). Es macht jedenfalls keinen Sinn, es den Beteiligten zu 9 und 10, nachdem sie einen Anspruch auf Übereignung des Grundbesitzes erlangt haben, durch einen Widerruf ihrer Finanzierungsvollmacht zu erschweren, sich die nötigen Geldmittel zur Bezahlung des Kaufpreises zu beschaffen, zumal sie aus dem Kaufvertrag einen Anspruch auf die Bestellung von Grundpfandrechten an dem gekauften Grundbesitz haben dürften.

**24** Der Vorlage eines Erbscheins bedarf es nicht, weil es einer Voreintragung der Erben gemäß § 40 Abs. 1 GBO nicht bedarf. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass die Voreintragung der Erben des noch als Eigentümer eingetragenen Erblassers nach dem Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO erfor-

derlich sei, da die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO für Finanzierungsgrundpfandrechte nicht eingreife. Hierfür spreche der Wortlaut der Ausnahmenvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO, da es sich bei der begehrten Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handle. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören werde, Berechtigter zu sein. Insofern sei die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden habe. Dies sei jedoch auf Fälle zu beschränken, in denen der Erbe sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinde (KG, FGPrax 2011, 270 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 142; Demharter, GBO, § 40 Rdnr. 17, 20).

**25** Der Senat schließt sich indes der Auffassung des OLG Frankfurt (Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZEV 2017, 719-721 = MittBayNot 2018, 247 m. Anm. Milzer) an, das hierzu unter anderem Folgendes ausgeführt hat:

„Der Senat sieht jedoch keine Hinderungsgründe, bei der vorliegenden Fallgestaltung § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden. Auch wenn die Eintragungsbevollmächtigung nicht von der Erblasserin herrührt, so ist sie doch durch die Erklärung des transmortal bevollmächtigten A für den Erben bindend geworden. Das Handeln des transmortal bevollmächtigten A ist rechtskonstruktiv vergleichbar mit dem Handeln eines Nachlasspflegers, für welches die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ausdrücklich gilt (so bereits Senat, Beschluss vom 6.2.2014, 20 W 23/2014). Hinzu kommt, dass auch bei der vorliegenden Fallgestaltung der Gesetzeszweck der Ausnahmenvorschrift des § 40 GBO zutrifft: Diese zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen (BGH, NJW 2011, 525; Senat, Beschluss vom 6.2.2014, a. a. O.). Schließlich erscheint von diesem Gesetzeszweck her eine Differenzierung zwischen der Eintragung der Auflassungsvormerkung, bei der wie erläutert nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sein soll, und der Eintragung von Finanzierungsbelastungen (wie der hier beantragten Eintragung einer Grundschuld), bei der die Voreintragung der Erben für zwingend erachtet wird, nicht gerechtfertigt. Denn auch in der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird, steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld ist ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird (Senat, Beschluss vom 6.2.2014, a. a. O.; so auch Milzer, DNotZ 2009, 325 ff.; ebenso Meikel/Böttcher, a. a. O., § 40 Rdnr. 28).“

**26** Da es eines Nachweises der Vertretungsbefugnis der Beteiligten zu 9 und 10 zur Bestellung der Grundschuld und einer Voreintragung der Erben zur Eintragung der Grundschuld nicht bedarf, ist die am 7.2.2018 erlassene Zwischenverfügung nicht gerechtfertigt; sie war daher aufzuheben.

(...)

## 5. Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages bei vereinbarter Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (hier: Jahr der Fertigstellung)

OLG Hamm, Urteil vom 2.3.2017, 22 U 82/16

BGB §§ 133, 280, 281, 434 Abs. 1 Satz 1, § 437 Nr. 3

### LEITSATZ:

**Ein Grundstückskaufvertrag kann auf Verlangen des Käufers rückabzuwickeln sein, wenn das im notariellen Kaufvertrag genannte Baujahr des Wohnhauses als vereinbarte Beschaffenheit des Kaufgegenstandes auszulegen ist und das Wohnhaus tatsächlich zwei Jahre früher – als im notariellen Kaufvertrag angegeben – bezugsfertig fertiggestellt war.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Kläger begehren die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Hausgrundstück in Q.

**2** Die Eltern der Beklagten ließen das streitgegenständliche Einfamilienhaus in der H-Straße 3 in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts errichten. Erste Bauarbeiten fanden 1993 statt. Der Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes ist zwischen den Parteien umstritten. Die Kläger stellen insoweit auf 1994, die Beklagte auf 1995 ab. Die Eltern der Beklagten bewohnten das Haus nur wenige Jahre. Im Jahr 2000 zogen sie mit ihren Kindern nach Starnberg um. Seitdem wurde das Haus bis zum Verkauf nicht mehr dauerhaft bewohnt. 2008 wurde die Beklagte im Wege vorweggenommener Erbfolge Eigentümerin des Hausgrundstücks.

**3** Der Vater der Beklagten bemühte sich nach dem Umzug der Familie um einen Verkauf des Objekts, wobei er zunächst die Makler L und T und sodann die Makler F mit der Vermarktung beauftragte. In einem als „Marktorientierte Einwertung“ bezeichneten Papier schlugen die Makler F vor, das Objekt für 790.000 € anzubieten. Das Baujahr des Gebäudes ist in diesem Papier mit 1995 angegeben. In dem nachfolgend gefertigten Exposé der Makler F, das den Klägern zur Kenntnis gelangte, wird als Baujahr des Objekts 1994 benannt. (...)

**4** Die mit dem Makler C von der Fa. F und den Klägern im Vorfeld des Kaufvertragsschlusses geführten Gespräche nahm aufseiten der Beklagten ausschließlich deren mittlerweile verstorbene Vater wahr, wobei es weder mit dem Makler C noch mit den Klägern zu einem Treffen kam, sondern der Kontakt sich ausschließlich auf Telefonate beschränkte.

**5** Mit notariellem Kaufvertrag vom 26.4.2013 erwarben die Kläger das Hausgrundstück nebst Zubehör zu einem Kaufpreis von insgesamt 650.000 € unter Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln mit Ausnahme der Funktionsfähigkeit der technischen Installationen. In § 4 Nr. 1 Abs. 1 des notariellen Kaufvertrages heißt es: „Es handelt sich um ein Gebäude aus dem Jahr 1997“. (...)

**6** Die Kläger belasteten das lastenfrei übernommene Grundstück mit in Abteilung III des Grundbuchs laufende Nr. 1 und Nr. 2 eingetragenen Grundschulden über nominal 640.000 € und 150.000 €.

**7** Nach Besitzübergabe einigten sich die Parteien auf eine Kaufpreisreduzierung von 50.000 €, da entgegen § 4 Nr. 1 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrages nicht in allen Räumen des Objekts Fußbodenheizung vorhanden war. Die Beklagte zahlte daraufhin 50.000 € an die Kläger zurück.

**8** Die Kläger haben zunächst behauptet, trotz der im Kaufvertrag zugesicherten Funktionsfähigkeit der technischen Installationen sei diese in einigen Bereichen nicht gegeben. Darüber hinaus bestünden weitere schwerwiegende Mängel, die der Vater der Beklagten ihnen arglistig verschwiegen habe. Im weiteren Verlauf des Rechtsstreits erster Instanz haben die Kläger ihr im Rahmen des großen Schadenersatzes geltend gemachtes Rückabwicklungsbegehren sodann auch darauf gestützt, dass das im Kaufvertrag mit 1997 angegebene Baujahr falsch sei, da das streitgegenständliche Gebäude in Wirklichkeit bereits 1994 erbaut worden sei.

(...)

**11** Die Beklagte hat behauptet, die Aufnahme des Baujahrs 1997 in den Kaufvertrag sei irrtümlich erfolgt; es handele sich um eine unschädliche „falsa demonstratio“. Den Klägern sei das wahre Baujahr aufgrund des Maklerexposés bekannt gewesen, im Übrigen rechtfertige die geringe Abweichung keinen Rücktritt. Von den behaupteten Mängeln habe der Vater der Beklagten keine Kenntnis gehabt, sodass mangels Arglist eine Haftung im Hinblick auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss ausscheide. Die technischen Anlagen seien nach Kaufvertragsschluss von Fachfirmen überprüft und instand gesetzt worden.

(...)

**14** Das LG hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat das LG im Wesentlichen ausgeführt, die Kläger könnten Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Maßgabe der Vorschriften über den Rücktritt verlangen, weil die im Kaufvertrag als Beschaffenheitsvereinbarung enthaltene Angabe des Baujahrs 1997 unstreitig falsch sei. Zwar sei die Abweichung des Baujahrs um mindestens zwei Jahre geringfügig. Dies sei allerdings unerheblich, weil der Vater der Beklagten als deren Vertreter die Kläger arglistig getäuscht habe. Er habe nämlich die Unrichtigkeit seiner Angabe billigend in Kauf genommen.

**15** Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese ihren auf Klageabweisung gerichteten Sachantrag weiter verfolgt.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**20** II. Die zulässige Berufung hat nur im Hinblick auf die Zinsforderung zum Teil Erfolg.

**21** 1. Den Klägern steht wegen des in § 4 Nr. 1 Abs. 1 des notariellen Kaufvertrages falsch angegebenen Baujahrs des streitgegenständlichen Hauses gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1, § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages gegen die Beklagte in dem aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlichen Umfang zu.

**22** a) Das verkaufte Grundstück war mit einem Sachmangel im Sinne von § 434 BGB behaftet, weil das Wohnhaus nicht erst 1997, wie es in § 4 des notariellen Kaufvertrages heißt, errichtet worden ist, sondern bereits im ersten Quartal des Jahres 1995.

**23** aa) Soweit die Beklagte behauptet, die Jahreszahl 1997 habe irrtümlich Eingang in den notariellen Kaufvertrag gefunden, weil beide Parteien bei Kaufvertragsschluss nach Maß-

gabe des Maklerexposés übereinstimmend von dem Baujahr 1994 ausgegangen seien, ist sie beweispflichtig geblieben.

**24** Auch bei einem formbedürftigen Vertrag gilt gemäß § 133 BGB das wirklich Gewollte („falsa demonstratio non nocet“, vgl. BGH, Urteil vom 7.12.2001, V ZR 65/01, juris; BGH, Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, juris). Beweispflichtig für eine versehentliche Falschbezeichnung ist derjenige, der sich auf einen abweichenden Inhalt beruft, da für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit streitet (BGH, Urteil vom 5.7.2002, V ZR 143/01, juris m. w. N.).

**25** Hier sind die Kläger der Behauptung der Beklagten bereits im Rahmen der mündlichen Verhandlung des LG vom 25.11.2015 entgegengetreten und haben ausgeführt, die Jahresangabe 1997 sei bewusst in den Kaufvertrag aufgenommen worden. Gleichwohl ist kein Beweisantritt der Beklagten erfolgt.

**26** Im Übrigen ist der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen C davon überzeugt, dass die durch ihren Vater vertretene Beklagte und die Kläger 1997 bewusst als Baujahr in den Kaufvertrag aufgenommen (vgl. im Folgenden unter 1 c) bb)).

**27** bb) Die Angabe des Baujahrs 1997 in § 4 des notariellen Kaufvertrages stellt eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar (vgl. Senat, Urteil vom 29.4.2010, 22 U 127/09, juris; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl. 2016, § 434 Rdnr. 63).

**28** Angesichts des Gesamtzusammenhangs der Vertragsklausel „Es handelt sich um ein Gebäude aus dem Jahr 1997, das seither nicht mehr saniert oder modernisiert wurde und auch in der grundlegenden Bausubstanz nicht erneuert worden ist“ ist die Aufnahme des Baujahrs nicht als bloße Wissenserklärung der Beklagten zu werten. Die Vereinbarung sollte erkennbar Rechtsfolgen auslösen. So durften sich die Kläger darauf verlassen, dass das Haus dem technischen Standard des vereinbarten Baujahrs entsprach, während die Beklagte keine Haftung für einen Baustandard späterer Zeit übernahm.

**29** cc) Das streitgegenständliche Haus war im ersten Quartal 1995 bezugsfertig, sodass als Baujahr 1995 zugrunde zu legen ist.

**30** Die Kläger behaupten unter Hinweis auf den Zeitpunkt des Einbaus der Heizung, des am 21.11.1994 gelegten und in Betrieb genommenen Hausanschlusses für Strom sowie der im Dezember 2014 [Anm. d. Schriftleitung: richtig wohl 1994] eingebauten Küche, Baujahr des streitgegenständlichen Hauses sei 1994. Das den Klägern zur Kenntnis gelangte Exposé der Fa. F benennt ebenfalls 1994 als Baujahr. Demgegenüber stellt die Beklagte auf 1995 als Baujahr ab und verweist auf den Einheitswertbescheid des FA vom 8.11.1996, der 1995 als Baujahr benennt. Zudem verweist die Beklagte auf ein als „Marktorientierte Einwertung“ bezeichnetes Papier der Makler F, in dem das Baujahr des Gebäudes ebenfalls mit 1995 angegeben ist. Auch in dem Exposé der zuvor beauftragten Makler L und T aus dem Jahr 2002 soll als Baujahr 1995 aufgeführt worden sein.

**31** Die Bauarbeiten waren 1994 unstrittig überwiegend abgeschlossen. Als Baujahr eines Gebäudes gilt jedoch nach allgemeinem Verständnis erst der Zeitpunkt der Fertigstellung im Sinne der Bezugfertigkeit. Da der Hausstromanschluss erst im November 2014, die Küche erst Mitte Dezember 2014 [Anm. d. Schriftleitung: richtig wohl jeweils 1994] geliefert wurde, spricht im Hinblick auf die bei einem Bauvorhaben dieser Größe üblicherweise – und hier durch die von der Beklagten vorgelegten Rechnungen über Plattierungsarbeiten in Wintergarten, Küche und Nebenräumen EG vom 8.4.1995, Parkettarbeiten vom 3.3.1995 und Trockenbauarbeiten vom 31.5.1995 belegten – Restarbeiten alles dafür, von einer Bezugfertigkeit erst Anfang 1995 auszugehen und mit dem Einheitswertbescheid des FA vom 8.11.1996 1995 als Baujahr anzunehmen.

**32 b)** Der in § 4 des notariellen Kaufvertrages vereinbarte allgemeine Gewährleistungsausschluss bezieht sich nicht auf die Beschaffenheitsvereinbarung, sodass die Beklagte für den Mangel einstehen muss.

**33** Sind in einem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache und ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart, ist dies regelmäßig dahin auszulegen, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet – § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB – bzw. sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann – § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB – (grundlegend BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, juris; bestätigt in BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, juris).

**34 c)** Die Kläger können die Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen der Falschangabe des Baujahrs verlangen, da die Pflichtverletzung des Vaters der Beklagten, der die Beklagte im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen vertreten hat und auf dessen Verhalten und Kenntnis deshalb abzustellen ist (§ 166 BGB), nicht unerheblich im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB ist. Die im Rahmen des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB vorzunehmende umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen, bei der vor allem die Schwere der Beeinträchtigung sowie die Schwere des Verschuldens des Verkäufers zu würdigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.2016, VIII ZR 240/15, juris; BGH, Urteil vom 28.5.2014, VIII ZR 94/13, juris; Palandt/*Grüneberg*, § 281 Rdnr. 47 mit Verweis auf § 323 Rdnr. 32 m. w. N.), führt nicht zu einem Ausschluss des Rückabwicklungsbegehrens der Kläger.

**35 aa)** Die Abweichung des Baujahrs um zwei Jahre stellt keine unerhebliche Beeinträchtigung der Kaufsache dar.

**36** Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung indiziert der Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung in der Regel die Schwere der Beeinträchtigung, da die bewusste Entscheidung für die Aufnahme einer Beschaffenheit in den notariellen Kaufvertrag ohne Weiteres den Schluss darauf zulässt, dass diese für den Käufer maßgebliches Gewicht hatte (vgl. BGH, Urteil vom 17.2.2010, VIII ZR 70/07, juris; BGH,

Urteil vom 6.2.2013, VIII ZR 374/11, juris). Die Beklagte hat die Indizwirkung nicht erschüttert. Dies gilt auch deshalb, weil nicht behebbare Mängel nur dann unerheblich sind, wenn sie im Bagatellbereich liegen (BGH, Urteil vom 12.3.2008, VIII ZR 253/05, juris; Staudinger/*Schwarze*, Neub. 2014, § 281 Rdnr. C 27). Eine Abweichung des Baujahrs um zwei Jahre hat aber, wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung des Senats ausführlich erörtert worden ist, in jedem Fall Auswirkungen auf den Verkehrswert des streitgegenständlichen Grundstücks in einem die Bagatellgrenze überschreitenden Ausmaß.

**37** Die wirtschaftliche Restnutzungsdauer des Bestandsgebäudes ist für die Ermittlung des Verkehrswerts ein wesentlicher Bewertungsfaktor, unabhängig davon, ob eine Bewertung nach dem Sachwert- oder dem Ertragswertfahren (§§ 17 ff. ImmowertV, vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 13.7.1970, VII ZR 189/68, juris; BGH, Urteil vom 18.12.2007, XI ZR 324/06, juris) erfolgt. Eine Bewertung nach dem Vergleichswertverfahren kommt hier nach eigenem Vortrag der Beklagten mangels in Ausstattung und Größe vergleichbarer Objekte in der näheren Umgebung nicht in Betracht. Bei höchster Ausstattungsstufe besteht eine wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer von maximal 80 Jahren (Anlage 3 zur SV-RL vom 5.9.2012). Eine Verkehrswertberechnung unter Zugrundelegung der tatsächlichen Restnutzungsdauer von lediglich 62 Jahren zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses führt deshalb auch unter Berücksichtigung eventueller Markt Anpassungsfaktoren zu einer die Bagatellgrenze überschreitenden erheblichen Abweichung gegenüber einer Verkehrswertberechnung unter Zugrundelegung der Restnutzungsdauer von 64 Jahren bei dem vertraglich festgelegten Baujahr 1997, wie anhand exemplarischer, überschlägiger Rechnungen nach Maßgabe der Vorgaben der Immobilienwertermittlungsverordnung im Senatstermin näher erörtert worden ist.

**38 bb)** Die Pflichtverletzung des Vaters der Beklagten ist nicht unerheblich, weil dieser die Kläger arglistig über das Baujahr des Hauses getäuscht hat.

**39** Eine Pflichtverletzung ist regelmäßig nicht unerheblich im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB, wenn der Verkäufer über das Vorhandensein eines Mangels arglistig getäuscht hat (BGH, Urteil vom 24.3.2006, V ZR 173/05, juris; Senat, Urteil vom 29.4.2010, 22 U 127/09, juris). Eine arglistige Täuschung im Sinne des § 444 BGB umfasst nicht nur ein Handeln des Verkäufers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens und Inkaufnehmens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (BGH, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, juris; BGH, Urteil vom 3.3.1995, V ZR 43/94, juris). Eine arglistige Täuschung ist deshalb bereits zu bejahen, wenn der Verkäufer falsche Angaben ohne tatsächliche Grundlage – „ins Blaue hinein“ – macht (BGH, Beschluss vom 18.4.2013, V ZR 231/12, juris; BGH, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, juris; BGH, Urteil vom 7.11.2008, V ZR 138/07, juris). So liegt der Fall hier.

**40** Nach erneuter Vernehmung des Zeugen C, dessen erstinstanzlicher Aussage die Beklagte in der Berufungsinstanz entgegen getreten ist, ist der Senat in Übereinstimmung mit den tatsächlichen Feststellungen des LG im angefochtenen

Urteil davon überzeugt, dass der Vater der Beklagten, der selbst Bauherr des streitgegenständlichen Gebäudes war, 1997 als in den Kaufvertrag aufzunehmendes Baujahr vorgab, obwohl er wusste, dass gewichtige Umstände gegen 1997 als Baujahr sprachen und damit für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, dass die Angabe unzutreffend war. Als Unternehmer, der Immobilien an- und verkaufte, kannte er die wirtschaftliche Relevanz der Angabe des den Kaufinteressenten naturgemäß unbekanntes Baujahres des Bestandsgebäudes und den damit verbundenen möglichen Einfluss auf den Willensentschluss der Käufer, die Immobilie zu erwerben.

**41** Der Zeuge C hat – seine erstinstanzliche Zeugenaussage bestätigend – überzeugend bekundet, der Vater der Beklagten habe ihm gegenüber mehrfach telefonisch, zuletzt im Rahmen der Abfrage der streitgegenständlichen Kaufvertragsdaten, 1997 als Baujahr bestätigt, ohne dies näher zu begründen. Einige Monate vor Abschluss des streitgegenständlichen Kaufvertrages habe er den Vater der Beklagten im Rahmen der Vorbereitung eines letztlich gescheiterten Kaufvertrages mit einem früheren Interessenten ausdrücklich auf die anderslautenden Angaben zum Baujahr in diversen Unterlagen, insbesondere in der Markteinschätzung und im Exposé angesprochen, und insoweit um Aufklärung und Belege für 1997 als Baujahr gebeten. Solche Unterlagen habe der Vater der Beklagten im Folgenden jedoch nicht zur Verfügung gestellt, obwohl insgesamt mehrfach über die abweichenden Angaben gesprochen worden sei.

**42** Der Zeuge hinterließ einen persönlich glaubwürdigen Eindruck.

**43** Die Aussage des Zeugen war in sich stimmig und glaubhaft. Dass der Zeuge sich nicht an alle Einzelheiten der für das Beweisthema relevanten Geschehnisse erinnern konnte, ist in Anbetracht des zeitlichen Abstandes lebensnah und nachvollziehbar. Belastungstendenzen waren nicht erkennbar. Ganz im Gegenteil hat der Zeuge wiederholt erklärt, welch hohe Wertschätzung er dem sehr geschäftserfahrenen Vater der Beklagten entgegenbrachte, mit dem er wiederholt im Zusammenhang mit Immobiliengeschäften zusammengearbeitet hatte.

**44** cc) Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung sind neben der Schwere der Beeinträchtigung und des Verschuldens des Verkäufers die weiteren Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Hier ist insbesondere zu würdigen, dass das falsche Baujahr nicht den einzigen Mangel des Kaufobjekts darstellt. Schon vor Beginn der gerichtlichen Auseinandersetzung einigten sich die Parteien auf eine Reduzierung des Kaufpreises um 50.000 €, da das Haus entgegen der Beschaffenheitsvereinbarung in § 4 Nr. 1 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrages nicht in allen Räumen über eine Fußbodenheizung verfügt. Auch wenn ein Käufer bestimmte Mängel zunächst akzeptiert und nicht zum Anlass für eine Rückabwicklung des Kaufvertrages nimmt, ist ihm nicht zuzumuten, bei Kenntniserlangung von weiteren Mängeln – mögen diese für sich genommen auch am Rand der Erheblichkeitsschwelle liegen – am Kaufvertrag festzuhalten („das Maß ist voll“).

**45** d) Die begehrte Rückabwicklung scheitert nicht an der Kenntnis oder der grob fahrlässigen Unkenntnis der Kläger von dem Mangel. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich,

dass die Kläger bei Kaufvertragsschluss Kenntnis davon hatten, dass das Haus entgegen der Angabe des Vaters der Beklagten bereits 1995 erbaut worden war.

**46** e) Eine Fristsetzung wegen des Mangels war entbehrlich, weil der Mangel nicht behebbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 8.12.2011, VII ZR 198/10, juris) und der Vater der Beklagten die Kläger arglistig getäuscht hat (BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05, juris).

**47** f) Die Kläger haben damit Anspruch auf Rückzahlung des auf 600.000 € geminderten Kaufpreises Zug um Zug gegen lastenfreie Rückübertragung und Herausgabe des Grundstücks.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin Dr. Vera Richter, München

### 1. Sachverhalt

Gegenstand des Klagebegehrens war die Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages im Wege des großen Schadensersatzes. Die streitgegenständliche Immobilie war von den Eltern der nun beklagten Verkäuferin in den 1990er Jahren errichtet und dieser im Jahr 2008 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge überlassen worden. Im Jahr 2013 veräußerte die Beklagte das Hausgrundstück (von privat an privat) an das nun auf Rückabwicklung klagende Käuferhepaar zu einem Kaufpreis von 650.000 €, der nach Besitzübergabe wegen vorhandener Mängel einvernehmlich auf 600.000 € reduziert wurde. Die mit einem Makler und den Klägern im Vorfeld des Kaufvertragsschlusses (nur telefonisch) geführten Gespräche nahm auf Seiten der Beklagten ausschließlich deren mittlerweile verstorbener Vater, ein Immobilienunternehmer, wahr.

In den notariellen Grundstückskaufvertrag war – nach Angabe des vom Gericht als Zeugen vernommenen Urkundsnotars auf Betreiben des Vaters der Beklagten – die Formulierung aufgenommen worden:

„Es handelt sich um ein Gebäude aus dem Jahr 1997, das seither nicht mehr saniert oder modernisiert wurde und auch in der grundlegenden Bausubstanz nicht erneuert worden ist.“

Tatsächlich war die Immobilie bereits zwei Jahre zuvor, im 1. Quartal 1995 bezugsfertig fertiggestellt und von den Eltern der Beklagten bezogen worden. In seinem Urteil vom 2.3.2017 bestätigte das OLG Hamm inhaltlich (bis auf die Zinsforderung) die Entscheidung der Vorinstanz und bejahte, gestützt auf die falsche Baujahrsangabe im notariellen Grundstückskaufvertrag, die Rückabwicklung des Kaufvertrages im Wege des großen Schadensersatzes gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1, § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB.

Die Entscheidung des OLG Hamm enthält einige für die notarielle Gestaltungspraxis interessante Aussagen, wenngleich ihre Bedeutung angesichts der im zugrunde liegenden Einzelfall vorliegenden Besonderheiten nicht überschätzt werden darf.

Der Umstand, dass das OLG Hamm eine um (nur) zwei Jahre abweichende Baujahrsangabe genügen ließ, um die Rückabwicklung des gesamten Grundstückskaufvertrages zu bejahen, mag auf den ersten Blick überraschen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass das Gericht sich mit der Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung, die einem allgemeinen vertraglichen Sachmängelgewährleistungsausschluss vorgeht, durchaus auf ständige Rechtsprechung des BGH stützen konnte. Zudem fügt sich die Entscheidung des OLG Hamm nahtlos ein in eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen zur Relevanz von Angaben, die Eingang in den notariellen Kaufvertrag gefunden haben, im Gegensatz zu Informationen, die zwischen den Beteiligten im Vorfeld des Vertragsschlusses ausgetauscht wurden, die aber nicht in den Notarvertrag aufgenommen wurden. Gerade im Hinblick auf letztere Aussage können aus der Entscheidung weiterführende Anhaltspunkte für die notarielle Vertragsgestaltung entnommen werden.

## 2. „Baujahr“ = Zeitpunkt der tatsächlichen Bezugsfertigkeit

Die zwischen den Parteien streitige Frage, auf welchen Zeitpunkt hinsichtlich des „Baujahrs“ des Gebäudes abzustellen sei, löste das Gericht dahin gehend, dass als „Baujahr“ eines Gebäudes „nach allgemeinem Verständnis“ erst der Zeitpunkt der Fertigstellung im Sinne der Bezugsfertigkeit anzunehmen sei. Da an der streitgegenständlichen Immobilie bis in das Jahr 1995 hinein verschiedene Restarbeiten (Plattierungs-, Parkett- und Trockenbauarbeiten) in mehreren Räumen vorgenommen wurden, während ansonsten die Bauarbeiten unstreitig überwiegend bereits im Vorjahr (1994) abgeschlossen waren, sah das Gericht die tatsächliche Bezugsfertigkeit erst Anfang 1995 als gegeben an und nahm dementsprechend 1995 als „Baujahr“ der Immobilie an. Dabei scheint sich das Gericht allerdings – neben diesen am Bauzustand orientierten Erwägungen – auch maßgeblich an dem ihm vorliegenden Einheitswertsbescheid des FA, der ebenfalls 1995 als Baujahr nannte, orientiert zu haben.

Für die notarielle Praxis kann der Umstand, dass im Ausgangsfall die Definition des „Baujahrs“ mehrere Instanzen beschäftigte, Anlass geben, soweit ein solches im Einzelfall überhaupt Eingang in den Grundstückskaufvertrag finden soll (Näheres hierzu unter nachstehend 8.), mit den Beteiligten zu erörtern und vertraglich festzuhalten, wann (nach Angabe der Beteiligten) tatsächliche Bezugsfertigkeit des Objektes vorlag.

## 3. Baujahrsangabe im notariellen Kaufvertrag ist grundsätzlich Beschaffenheitsvereinbarung

Das OLG Hamm stuft die im notariellen Vertrag enthaltene Formulierung „Es handelt sich um ein Gebäude aus dem Jahr 1997, das seither nicht mehr saniert oder modernisiert wurde und auch in der grundlegenden Bausubstanz nicht erneuert worden ist“ als Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB ein. Gegen eine bloße Wissenserklärung spreche, dass die (vom Notar auf Drängen der Beklagtenseite in den Vertragstext integrierte) Erklä-

rung „erkennbar Rechtsfolgen“ auslösen sollte, nämlich dass der Veräußerer sich damit von einer Haftung für einen Baustandard späterer Zeit freizeichnen wollte.<sup>1</sup> Demgemäß müsse er sich jedoch am Inhalt seiner Zusicherung eines bestimmten Baujahres festhalten lassen – der Kläger dürfe im Gegenzug darauf vertrauen, dass die Immobilie dem technischen Standard des vereinbarten Baujahrs entspreche (und eben gerade nicht einem früheren).

Diese Rechtsansicht des OLG Hamm überzeugt, gebietet sie doch einem „Rosinenpicken“ auf Beklagtenseite Einhalt: Wer zum eigenen Schutz die Aufnahme nicht zum zwingenden Vertragsinhalt gehörender Zusatzinformationen in den notariellen Vertrag veranlasst, muss sich an der Richtigkeit dieser Informationen festhalten lassen und kann sich im Nachhinein weder darauf berufen, es habe sich hierbei nur um eine informatorische (Wissens-)Erklärung gehandelt noch – wie im Fall – darauf, dass der Gegenseite aufgrund eines im Vorfeld übermittelten Maklerexposés die tatsächliche Faktenlage bekannt gewesen sein müsse.

## 4. Beschaffenheitsvereinbarung hat Vorrang vor allgemeinem Sachmängelgewährleistungsausschluss

Aufbauend auf seiner Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung kommt das OLG Hamm, der ständigen Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> folgend, zu dem Ergebnis, dass sich der im notariellen Kaufvertrag vereinbarte allgemeine Gewährleistungsausschluss nicht auf diese Beschaffenheitsvereinbarung beziehe. Wenn in einem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache und ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart seien, sei dies regelmäßig dahin auszulegen, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern nur für Mängel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB bzw. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB gelten soll.<sup>3</sup>

## 5. Abweichung der Baujahrsangabe um (nur) zwei Jahre ist erhebliche Beeinträchtigung der Kaufsache

Die von Klägerseite geltend gemachte Gesamtrückabwicklung des Grundstückskaufvertrages im Wege des „großen Schadensersatzes“ setzt gemäß § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB die Wesentlichkeit des Sachmangels im Sinne einer „nicht unerheblichen Beeinträchtigung“ der Kaufsache voraus. Deren Vorliegen bejahte das Gericht. Zum einen indiziere der Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung bereits die Schwere der Beeinträchtigung, da die bewusste Entscheidung für die Aufnahme einer Beschaffenheit in den notariellen Kaufvertrag den Schluss darauf zulasse, dass diese für den Vertragsschluss maßgebliches Gewicht hatte. Ferner handle es sich bei der falschen Baujahrsangabe um

1 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

2 Vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, NJW 2007, 1346 (betr. Motorradkauf im Internet); BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815.

3 Rdnr. 32 f. der besprochenen Entscheidung.

einen nicht behebbaren Mangel. Solche seien nur dann als unerheblich einzustufen, wenn sie im Bagatellbereich lägen. Die Bagatellgrenze sei hier jedoch überschritten: Gehe man nämlich von einer Gesamtnutzungsdauer einer Immobilie höchster Ausstattungsstufe von 80 Jahren aus, so dürfte der Käufer unter Zugrundelegung der unrichtigen Baujahrsangabe von einer – für die Verkehrswertermittlung einen wesentlichen Faktor bildenden – wirtschaftlichen Restnutzungsdauer von 64 Jahren ausgehen. Tatsächlich lag diese jedoch nur bei 62 Jahren. Die Abweichung des Baujahrs um zwei Jahre habe mithin Auswirkungen auf den Verkehrswert des streitgegenständlichen Grundstücks in einem die Bagatellgrenze überschreitenden Ausmaß.

## 6. Arglistige Täuschung durch den Vater der Beklagten

Das Gericht bejahte neben der Wesentlichkeit des Sachmangels auch das Vorliegen einer nicht unerheblichen, der beklagten Veräußerin nach § 166 BGB zurechenbaren Pflichtverletzung des Vaters der Beklagten. Dieser – selbst von Berufs wegen Immobilienexperte – hatte die Vertragsverhandlungen auf Veräußererseite geführt und nach Überzeugung des Gerichts die Käufer arglistig über das Baujahr der Immobilie getäuscht. Das Gericht stellt seinen Ausführungen die Feststellung voran, dass eine arglistige Täuschung im Sinne des § 444 BGB nicht nur ein von betrügerischer Absicht getragenes Verhalten des Verkäufers erfasse, sondern auch Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens und Inkaufnehmens“ reduziert seien und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein müsse.<sup>4</sup> Eine arglistige Täuschung sei daher bereits zu bejahen, wenn der Verkäufer – wie hier durch den Vater der Beklagten – falsche Angaben „ins Blaue hinein“ mache.

Bemerkenswert ist, dass das Gericht seine Erkenntnisse zum Vorliegen einer durch den Vater der Beklagten verübten arglistigen Täuschung im Wesentlichen auf die Vernehmung des den Grundstückskaufvertrag beurkundenden Notars stützte. Aus dieser ging unter anderem hervor, dass der Notar vom Vater der Beklagten die unrichtige Baujahrsangabe übermittelt bekommen hatte, an der der Notar aufgrund anderslautender Angaben zum Baujahr in diversen Unterlagen, insbesondere unter anderem in einem Exposé, Zweifel hegte und den Vater der Beklagten insoweit um Aufklärung und Vorlage von Belegen für 1997 als Baujahr gebeten hatte. Solche Unterlagen habe der Vater der Beklagten im Folgenden jedoch nicht zur Verfügung gestellt, obwohl mehrfach über die abweichenden Angaben gesprochen worden sei. Es stellt sich angesichts dieser Aussage des Urkundsnotars – jedenfalls im Nachhinein – die Frage, ob aus notarieller Sicht ab einem gewissen Grad von (begründeten) Zweifeln an der Richtigkeit bestimmter Beschaffenheitsangaben der Kaufsache, die von einer Vertragspartei gemacht werden, nicht die Ablehnung der Aufnahme der gewünschten Angaben in den Vertragstext in Betracht kommt. Zumindest erscheint in solchen Fällen ein Hinweis im Vertragstext sinnvoll, von welcher Vertragsseite die

<sup>4</sup> Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

betreffenden Angaben stammen (Näheres hierzu unter Punkt 8.).

## 7. Gesamtbetrachtung aller Umstände: „Das Maß ist voll“

Nicht verschwiegen werden darf, dass das Gericht letztlich eine Gesamtabwägung aller Umstände des entschiedenen Einzelfalls vornahm, die es auch darauf stützte, dass das falsche Baujahr nicht den einzigen Mangel des Kaufobjekts darstellte. Relevanz maß das Gericht hier der Tatsache zu, dass sich die Parteien schon vor Beginn der gerichtlichen Auseinandersetzung auf eine Kaufpreisreduzierung um 50.000 € geeinigt hatten und dass die veräußerte Immobilie – entgegen einer ebenfalls im notariellen Vertrag enthaltenen – Beschaffenheitsvereinbarung nicht in allen Räumen über eine Fußbodenheizung verfügte. Das OLG Hamm stellte hierzu ausdrücklich fest:

„Auch wenn ein Käufer bestimmte Mängel zunächst akzeptiert und nicht zum Anlass für eine Rückabwicklung des Kaufvertrags nimmt, ist ihm nicht zuzumuten, bei Kenntniserlangung von weiteren Mängeln – mögen diese für sich genommen auch am Rand der Erheblichkeitsschwelle liegen – am Kaufvertrag festzuhalten („das Maß ist voll“).“<sup>5</sup>

Die Betonung, die das Gericht auf die seiner Entscheidung zugrunde liegenden Gesamtumstände, insbesondere dem Vorliegen eines weiteren, ebenfalls auf Falschangaben der Verkäuferseite beruhenden Sachmangels, der von den Beteiligten im Vorfeld einer einvernehmlichen Lösung zugeführt worden war, legt, zeigt zugleich, dass auch die Frage, ob eine um (nur) zwei Jahre abweichende Baujahrsangabe den Käufer letztlich zur Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages berechtigt, möglicherweise im Rahmen anderer Gesamtumstände von gerichtlicher Seite anders entschieden worden wäre. Auch wenn sich die Entscheidung sicherlich nicht als reine „Einzelfallentscheidung“ abtun lässt, so muss bei der Einordnung ihrer Relevanz im Gesamtspektrum der höhergerichtlichen Rechtsprechung doch berücksichtigt bleiben, dass hier sämtliche die Verkäuferseite begünstigenden Falschangaben zur Beschaffenheit des Kaufobjekts von einem im Immobilienhandel tätigen Unternehmer stammten, dem die Überprüfung der Richtigkeit seiner Angaben angesichts seiner Geschäftserfahrung im Immobilienwesen durchaus möglich und zumutbar gewesen wäre.

## 8. Erwägungen für die Gestaltungspraxis

Für die Vertragsgestaltung lassen sich – trotz der vorstehend beschriebenen in einzelnen Umständen besonderen Sachverhaltskonstellation – aus der Entscheidung des OLG Hamm verschiedene Gestaltungserwägungen für die notarielle Praxis ableiten:

Zum einen stellt sich die Frage, ob das OLG Hamm ebenfalls zur Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung gelangt wäre, hätte sich die Angabe im Vertrag auf den ersten

<sup>5</sup> Rdnr. 44 der besprochenen Entscheidung.

Satzteil „Es handelt sich um ein Gebäude aus dem Jahr 1997“ beschränkt, ohne weitere Aussagen zum Sanierungsstand zu treffen. Tatsächlich spricht in Ansehung der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung viel dafür, dass das Gericht auch in diesem Fall eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht hätte. In seiner Leitentscheidung vom 6.11.2015<sup>6</sup> hat der BGH entschieden, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB führt<sup>7</sup> (allerdings unter Umständen eine öffentliche Äußerung nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB darstellen kann<sup>8</sup>). Die Frage, ob man hieraus in einer Art Umkehrschluss ableiten kann, dass sämtliche das Kaufobjekt näher beschreibende Angaben *im* notariellen Kaufvertrag, die nicht eindeutig als Wissensserklärung (zum Beispiel durch Klarstellung, es handle sich um eine nur „informativische“ Angabe oder Ähnliches) gekennzeichnet sind, grundsätzlich Beschaffenheitsvereinbarungen darstellen, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Allerdings hat der BGH in seiner Folgeentscheidung vom 22.4.2016<sup>9</sup> noch deutlicher die „Zäsurwirkung“ der notariellen Beurkundung hervorgehoben.<sup>10</sup> Maßgeblich sei, was in der notariellen Urkunde vereinbart werde. „Erst sie ergibt, wofür der Verkäufer letztlich einstehen will.“<sup>11</sup>

Aufbauend auf diesen Aussagen erscheint es nicht fernliegend, dass sich ein Gericht in Zukunft auch auf den Standpunkt stellen könnte, dass – sämtliche – Eigenschaftsangaben, die Eingang in die notarielle Urkunde gefunden haben, grundsätzlich als Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB einzuordnen sind.

Für die Gestaltungspraxis lässt sich hieraus die Empfehlung ableiten, die Beteiligten (insbesondere die Verkäuferseite) auf die (Haftungs-)Relevanz, die sich aus der Übernahme von ihrerseits gemachten Angaben, um deren Aufnahme in den Vertrag sie bitten, ergeben kann, aufmerksam zu machen. Gleichzeitig sollte (in der Regel die Käuferseite) darauf hingewiesen werden, dass vorvertragliche Eigenschaftsangaben des Verkäufers bzw. des Maklers, die keinen Eingang in den Immobilienkaufvertrag finden, im Falle des Scheiterns eines Arglistnachweises in der Regel keine Einstandspflicht des anderen Teils begründen, da sie nach höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>12</sup> grundsätzlich keine Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen. Im Schrifttum wird hierzu verschiedentlich eine

sog. „Negativerklärung“ empfohlen,<sup>13</sup> d. h. die Aufnahme einer ausdrücklichen Erklärung der Beteiligten in den Kaufvertrag – ggf. sogar konkretisiert auf eine bestimmte in Rede stehende Eigenschaft –, dass keine bestimmte Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbart ist, um dem Käufer klar vor Augen zu führen, dass der Verkäufer für bestimmte Eigenschaften der Kaufsache nicht einstehen möchte.<sup>14</sup>

Umgekehrt sollte in der notariellen Urkunde bezüglich solcher Angaben, die zumindest einer Seite erkennbar wichtig sind und um deren Aufnahme in die notarielle Urkunde in Abstimmung mit der anderen Seite ausdrücklich gebeten wird, im Interesse der Streitvermeidung deutlich „Farbe bekannt“ werden:

Ein Umstand, der im Fall wohl maßgeblich dazu beitrug, dass der Urkundsnotar vom Gericht als Zeuge vernommen wurde, war, dass offenbar zunächst nicht feststellbar war, wie und vor allem von welcher Seite die streitgegenständliche Baujahrs-Klausel Eingang in den Notarvertrag gefunden hatte.

Für die Gestaltungspraxis kann hieraus zum einen die Empfehlung abgeleitet werden, wann immer von Beteiligten bestimmte Angaben zur Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes gemacht werden, deren Aufnahme in die notarielle Urkunde erforderlich scheint oder zumindest gewünscht wird, ausdrücklich festzustellen, *von welcher Seite* die jeweiligen Angaben gemacht werden. Dies schließt aus, dass später Unklarheiten darüber auftreten, auf wessen Betreiben eine bestimmte unrichtige Angabe Eingang in den Vertrag gefunden hat.

Hierauf aufbauend kann es sich im Einzelfall – je nach Maßgeblichkeit und Streitfähigkeit der jeweiligen (Beschaffenheits-)Angabe – anbieten, weiter ausdrücklich die Rechtsnatur der betreffenden Vereinbarung klarzustellen, diese also entweder eindeutig als Beschaffenheitsvereinbarung (mit entsprechenden Haftungsfolgen) zu bezeichnen:

Im Wege der Beschaffenheitsvereinbarung vereinbaren die Beteiligten: (...). Dem Verkäufer ist seine Haftung für die Richtigkeit der Angaben bekannt.

Andererseits sollte ebenso eindeutig klargestellt werden, falls es sich um eine bloße – unverbindliche – Wissensserklärung handelt, die keine Rechtsfolgen auslösen soll:

Rein informativ, ohne Übernahme einer Haftung für die Richtigkeit dieser Angabe, erklärt der Verkäufer (...).

In letzterem Fall dürfte zumeist insgesamt auf die Aufnahme einer solchen – letztlich überflüssigen – Erklärung in die notarielle Urkunde verzichtet werden können.

6 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, RNotZ 2016, 670.

7 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, RNotZ 2016, 670, 672.

8 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, RNotZ 2016, 670, 671.

9 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, RNotZ 2016, 675.

10 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, RNotZ 2016, 675, 676; vgl. hierzu auch Raff, MittBayNot 2017, 451 und 452.

11 BGH, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, RNotZ 2016, 675, 677; vgl. hierzu auch Raff, MittBayNot 2017, 451.

12 Vgl. BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, RNotZ 2016, 670.

13 Herrler, NJW 2016, 1767, 1768; Weber, RNotZ 2016, 650, 656, der die Aufnahme einer Negativerklärung bereits im Vertragsentwurf propagiert, um den Käufer auf die Unerheblichkeit vorvertraglicher Beschaffenheitsangaben (zum Beispiel in einem Exposé oder einer Annonce) hinzuweisen und gleichzeitig die Maßgeblichkeit des Urkundsinhalts hervorzuheben.

14 Herrler, NJW 2016, 1767, 1768.

Im Ergebnis zeigt die Entscheidung des OLG Hamm, dass eine Beschaffenheitsabweichung, die gerade bei einer älteren Gebrauchtimmoblie bei rein objektiver Betrachtung gemeinhin als eher geringfügig einzustufen sein dürfte, jedenfalls bei Hinzutreten weiterer – vom Notar nicht beeinflussbarer – Umstände dem reuigen Käufer die Möglichkeit bieten kann, die Gesamtrückabwicklung des Immobiliengeschäfts zu verlangen. Es sollte im Blick behalten werden, dass sich hier eine Bestimmung, die auf Wunsch der Verkäuferseite in der Absicht, deren Einstandspflicht zu begrenzen, in den Vertrag aufgenommen wurde, für den Verkäufer letztlich als „Bumerang“ erwies, da sie der Käuferseite ein – leicht nachweisbares – Argument für die gewünschte Rückabwicklung des Vertrages bot.

## 6. Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs in gewillkürter Verfahrensstandschaft – Antragsberechtigung

OLG München, Beschluss vom 25.7.2017, 34 Wx 110/17

BGB § 1162

FamFG §§ 466, 467 Abs. 2, § 468 Nr. 2, § 478 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Ein Grundschuldbrief kann gemäß § 1192 Abs. 1, § 1162 BGB im Verfahren nach §§ 466 ff. FamFG für kraftlos erklärt werden. Antragsberechtigt ist nach § 467 Abs. 2 FamFG derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann, bei Grundpfandrechtsbriefen der Inhaber des dinglichen Rechts, wobei eine Antragstellung auch in Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gewillkürter Verfahrensstandschaft möglich ist, wenn der Ermächtigte ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Verfahrensführung hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Ein eigenes schutzwürdiges Interesse ist gegeben, wenn die Entscheidung Einfluss auf die eigene Rechtslage des Prozessführungsbefugten hat, was auch durch ein wirtschaftliches Interesse begründet werden kann. Dieses schutzwürdige Interesse des Ermächtigten muss sich dabei auf das Recht beziehen, zu dessen Geltendmachung er ermächtigt worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Bei einer Briefgrundschuld ist ein solches eigenes schutzwürdiges Interesse einer Erbengemeinschaft und damit auch jedes als Miterben Beteiligten zu bejahen, wenn der Erbengemeinschaft ein unbedingter Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zusteht und der Grundschuldbrief nicht mehr vorhanden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

## 7. Formbedürftigkeit einer Reservierungsvereinbarung

LG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.12.2017, 2-07 O 280/17

BGB §§ 125, 311b, 812

### LEITSATZ:

**Überschreitet ein „Bindungsentgelt“ eine kritische Grenze von 10 % der örtlichen Maklerprovision, ist eine Reservierungsvereinbarung formnichtig.**

### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin war am Erwerb des streitgegenständlichen Grundstücks zum Preis von 1.350.000 € interessiert, dessen Eigentümer der Beklagte war. Die Klägerin und der Beklagte trafen am 7.6.2017 eine „Reservierungsvereinbarung“ hinsichtlich des Grundstücks.

2 Ausweislich der Präambel der „Reservierungsvereinbarung“ stand diese vor dem Hintergrund, dass dem Käufer (der Klägerin) noch keine schriftliche Finanzierungszusage vorlag. In der Präambel findet sich des Weiteren die Erklärung, dass die Parteien sich über einen Kaufpreis in Höhe von 1.350.000 € geeinigt hätten und beabsichtigten einen Kaufvertrag bis spätestens zum 30.6.2017 abzuschließen und zu beurkunden.

3 Die Klägerin zahlte wenige Tage nach Abschluss der „Reservierungsvereinbarung“ an den Beklagten das vereinbarte „Bindungsentgelt“ i. H. v. 25.000 €.

4 Die Klägerin legte dem Beklagten in der Folge ein Bankschreiben vor, wonach die Bank der Klägerin bestätigte, dass deren Vermögensverhältnisse eine Finanzierung des Grundstücks ermöglichen. Weiter hieß es:

5 „Unter banküblichen Vorbehalt der Genehmigung durch die Gremien unseres Hauses und eine positive Bonitätsprüfung vorausgesetzt, stehen wir Ihnen gerne zur Finanzierung zur Verfügung.“

(...)

7 Zu der für den 23.6.2017 vorgesehenen Beurkundung des Kaufvertrags kam es nicht.

8 Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.7.2017 forderte die Klägerin vom Beklagten unter Fristsetzung bis zum 18.7.2017 (ohne Erfolg) die Rückzahlung des „Bindungsentgelts“.

9 Die Klägerin behauptet, dem Beklagten habe lediglich der Wortlaut der von ihr vorgelegten Finanzierungszusage der Bank nicht gefallen, weshalb es nicht zum Vertragsschluss hinsichtlich des Grundstücks gekommen sei. Die Klägerin sei nach Ablauf der „Reservierungspflicht“ in der Lage gewesen, die gewünschte Finanzierungszusage vorzulegen. Der Beklagte sei allein deshalb nicht mehr am Abschluss eines Kaufvertrags zu den ursprünglichen Bedingungen interessiert gewesen, weil er die Immobilie bereits anderweitig zu einem höheren Preis veräußert habe.

10 Die Klägerin ist insbesondere der Ansicht, dass die „Reservierungsvereinbarung“ wegen Verstoßes gegen § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nichtig sei.

(...)

15 Der Beklagte ist insbesondere der Ansicht, dass das Schreiben, das die Klägerin als „Finanzierungszusage“ vorgelegt habe, in Ermangelung einer Verbindlichkeit keine Finanzierungszusage sei. Die Klägerin habe die Bedingung für den Abschluss des Kaufvertrags, eine verbindliche Finanzierungszusage vorzulegen, nicht erfüllt. Einen Zwang zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags begründe die „Reservierungsvereinbarung“ mit Blick auf die Höhe des Bindungsentgelts nicht.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**18** Die Klage ist begründet. Der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung in Höhe von 25.000 € folgt aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB. Der Beklagte hat den mit der Zahlung von 25.000 € durch die Klägerin einhergehenden Vermögensvorteil ohne Rechtsgrund erlangt, denn die Reservierungsvereinbarung vom 7.6.2017 war nichtig (§ 125 Satz 1 BGB), weil sie nicht die durch das Gesetz vorgeschriebene Form wahrte.

**19** § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB regelt zunächst ausdrücklich, dass ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf. Formbedürftig sind in diesem Zusammenhang aber auch solche Vereinbarungen, die für den Fall der Nichtveräußerung oder des Nichterwerbs ins Gewicht fallende wirtschaftliche Nachteile vorsehen und so einen Druck bzw. Zwang zu Veräußerung oder zum Erwerb begründen (vgl. BGH, Urteil vom 6.12.1979, VII ZR 313/78, NJW 1980, 829 m. w. N.; Urteil vom 19.9.1989, XI ZR 10/89, NJW 1990; 390 m. w. N.; Urteil vom 25.1.2008, V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824 m. w. N.).

**20** Aber auch Reservierungsvereinbarungen sind formbedürftig, wenn sie einem Vorkaufsrecht nahekommen oder wegen der Höhe des Bindungsentgelts auf den Interessenten einen Druck zum Erwerb des Grundstücks ausüben, wobei die „kritische Grenze“ (für einen indirekten Erwerbszwang) von der Rechtsprechung regelmäßig bei 10 % der üblichen Maklerprovision angesetzt wird (vgl. zur „Obergrenze“ BGH, Urteil vom 2.7.1986, IVa ZR 102/85, DNotZ 1987, 745; Urteil vom 10.2.1988, IVa ZR 268/86, BGHZ 103, 235 m. w. N.; zum Überblick Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, § 311b Rdnr. 11, 25; Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 311b Rdnr. 13 m. w. N.; Schulze/Schulze, BGB, 9. Aufl. 2017, § 311b Rdnr. 7; BeckOK-BGB/Gehrlein, § 311b Rdnr. 14; zur Entwicklung der Rechtsprechung jurisPK-BGB/Ludwig, 8. Aufl. 2017, § 311b Rdnr. 113 m. w. N.).

**21** Das Bindungsentgelt überschreitet hier die „kritische Grenze“ von 10 % der ortsüblichen Maklerprovision erheblich. So hätte die ortsübliche Maklerprovision unstreitig 5,95 % (konkret: 80.325 €) betragen. 10 % davon hätten sich auf 8.032,50 € belaufen. Die Reservierungsvereinbarung sah allerdings die Zahlung von 25.000 € vor (was sogar noch eine Grenze von 15 % der ortsüblichen Maklerprovision erheblich überschreiten würde, vgl. dazu OLG Dresden, Hinweisbeschluss vom 23.8.2016, 8 U 964/16, NZM 2017, 451). Daraus folgt die Formnichtigkeit der Reservierungsvereinbarung.

**22** Zur Überzeugung des Gerichts kommt es bei der Bemessung der „kritischen Grenze“ weder entscheidend auf die Frage an, ob es sich um einen gewerblichen Kauf handelt, noch ob ein Makler eingeschaltet ist oder ob gar und gegebenenfalls in welchem Umfang konkret anderweitige Kaufinteressen vorhanden sind. Dies folgt aus der Interessengewichtung zugunsten des von der Reservierungsvereinbarung betroffenen potenziellen Erwerbers, auf der die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht. Der Bundesgerichtshof hat dabei sogar das berechnete Interesse eines Maklers, sich den Vermittlungserfolg (und die aufgewandte Mühe und

Arbeit) zu sichern, hinter dem Schutz des potenziellen Erwerbers anstehen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1970, IV ZR 1155/68, NJW 1971, 557; BGH, Urteil vom 2.7.1986, IVa ZR 102/85, DNotZ 1987, 745).

**23** In Bezug auf den Schutzzweck der Formvorschrift und das Strafversprechen steht lediglich die Frage danach im Fokus, wie hoch der Kaufdruck ist, der erzeugt wird (vgl. BGH, Urteil vom 6.2.1980, IV ZR 141/78, NJW 1980, 1622). Doch selbst wenn man die vom Oberlandesgericht Dresden (für Fälle des gewerblichen Geschäfts) erwogene (aber letztlich nicht angenommene) kritische Grenze bei 1 % des Kaufpreises sähe (vgl. OLG Dresden, a. a. O. Rdnr. 15 ff. m. w. N.), wäre diese hier gleichwohl deutlich überschritten: Vorliegend beläuft sich das Bindungsentgelt aber auf 1,85 % des vereinbarten Kaufpreises. Bei Ansatz der „10 %-Quote“ läge es bei 0,59 %.

**24** Die gefestigte Rechtsprechung zu der „kritischen Grenze“ nimmt im Übrigen eine weitergehende Differenzierung nicht vor. Dementsprechend verfährt auch der Einwand der Beklagten dahin gehend nicht, dass der sich aus den absoluten Beträgen der Bindungsentgelte im Vergleich zwischen geringen und hohen Kaufpreisen ergebende Druck bei höheren Kaufpreisen geringer sei. Weil sowohl die Maklerprovision in Euro als auch die daran angesetzte „kritische Grenze“ sich im Wege der Prozentrechnung ermitteln, entwickeln sie sich schlicht analog des jeweiligen Kaufpreises.

**25** Nichts Anderes lässt sich aus der kurzen Laufzeit der Vereinbarung (vom 7.6.2017 bis zum 30.6.2017) begründen. Unabhängig von der Frage, ob eine kurze Laufzeit überhaupt ein höheres Bindungsentgelt zu begründen geeignet sein könnte, lässt sich eine kurze Laufzeit jedenfalls auch als Argument für ein geringeres Bindungsentgelt anführen.

(...)

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 8. Anspruch auf Unterlassung von Nutzung zu Wohnzwecken

BGH, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16 (Vorinstanz: LG München I, Urteil vom 14.12.2016, 1 S 9709/16 WEG)

WEG § 10 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 2, § 15 Abs. 1 und 3 BGB §§ 242, 1004  
ZPO § 561

#### LEITSÄTZE:

- Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken ist in einem ausschließlich beruflichen und gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude bei typisierender Betrachtung regelmäßig schon deshalb störender als die vorgesehene Nutzung, weil eine Wohnnutzung mit typischen Wohnimmissionen sowie einem anderen Gebrauch des Gemeinschafts-**

eigentums einhergeht und zu anderen Zeiten – nämlich ganztägig und auch am Wochenende – erfolgt; die Teileigentümer haben ein berechtigtes Interesse daran, dass der professionelle Charakter einer derartigen Anlage erhalten bleibt, um Konflikte, die durch eine in der Teilungserklärung nicht angelegte gemischte Nutzung hervorgerufen werden können, von vornherein zu vermeiden.

2. Einer Unterlassungsklage, mit der sich Wohnungseigentümer gegen die zweckwidrige Nutzung einer Einheit wenden, kann der Beklagte nicht im Wege der Einrede entgegenhalten, dass er die Änderung der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Nutzungsregelung beanspruchen kann; grundsätzlich muss derjenige, der gegen den Willen der übrigen Wohnungseigentümer die Anpassung der Nutzungsregelung erreichen will, eine darauf gerichtete Klage erheben und darf die neue Nutzung erst dann aufnehmen, wenn er ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Gunsten erstritten hat (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 13.7.1995, V ZB 6/94, BGHZ 130, 304, 312 f.).

#### SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Mitglieder einer Teileigentümergeinschaft. Nach der Teilungserklärung von 1989/1990 dient das aus sieben Einheiten bestehende Gebäude „zur beruflichen und gewerblichen Nutzung“. Die Einheiten „dürfen ausdrücklich beruflich oder gewerblich, insbesondere auch als Apotheke oder Arztpraxis genutzt werden“. Nach der Aufteilung wurden sechs Einheiten als Arztpraxen genutzt. Die siebte diente als Apotheke. Der Beklagte ist Eigentümer einer der ursprünglichen Arztpraxen im Erdgeschoss. Im Jahr 2013 wurde in unmittelbarer Nähe zu der Anlage ein großes Ärztehaus errichtet. Daraufhin kündigten die Mieter des Beklagten das Mietverhältnis und zogen in das neue Ärztehaus. Inzwischen befinden sich in der Anlage nur noch drei Arztpraxen. Die Apotheke ist zu einem Teil an ein Büro für Tierschutzhilfe vermietet und steht im Übrigen leer. In einer der ehemaligen Arztpraxen wird eine Schülernachhilfe betrieben. Der Beklagte teilte seine Einheit Nr. 49a auf, baute sie um und vermietete beide Teile als Wohnraum.

2 Das AG hat die auf Unterlassung der Nutzung zu Wohnzwecken gerichtete Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das LG ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will der Beklagte die Zurückweisung der Berufung erreichen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht den Klägern ein Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG zu. Nach der Teilungserklärung dürften die Räume nicht zu Wohnzwecken genutzt werden, ohne dass es darauf ankomme, ob sie nur als Arztpraxis dienen dürften. Eine Wohnnutzung müssten die Kläger auch nicht ausnahmsweise deshalb hinnehmen, weil sie nicht störender als die zulässige Nutzung sei; diese Voraussetzungen lägen bei der gebotenen typisierenden Betrachtung schon deshalb nicht vor, weil eine Wohnnutzung rund um die Uhr und auch an Wochenenden stattfindet. Zudem sei der Zweck des Gebäudes als Apotheken- und Ärztehaus zu beachten. Ein solches werde von Kunden bzw. Patienten auch deshalb als professionell eingeschätzt, weil dort gerade keine private Wohnnutzung stattfindet, die typi-

scherweise mit Wohngeräuschen und -gerüchen und im Flur herumstehenden Gegenständen verbunden sei.

4 Die Änderung dieser Vorgaben der Teilungserklärung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG könne der Beklagte nicht verlangen, sodass es nicht auf die umstrittene Frage ankomme, ob ein solcher Anspruch als Einrede in einem Unterlassungsverfahren wie dem vorliegenden geltend gemacht werden dürfe. Sollte es zutreffen, dass dem Beklagten eine gewerbliche Vermietung trotz Einschaltung von Immobilienmaklern von Mai 2012 bis Juni 2013 nicht gelungen sei, ergebe sich daraus zunächst nur eine vorübergehende Unmöglichkeit der zulässigen Nutzung, die eine endgültige Änderung der Teilungserklärung nicht rechtfertigen könne. Dem stehe das Vertrauen der übrigen Eigentümer auf die vereinbarte Nutzung entgegen, auf die sie sich mit Erwerb der Einheit hätten einstellen dürfen. Die Vermietung als Wohnraum müsse auch nicht gemäß § 242 BGB wegen einer schwierigen Marktsituation hingenommen werden. Eine solche Duldungspflicht komme allenfalls vorübergehend in Betracht; der Beklagte habe die Wohnungen aber dauerhaft und unbefristet vermietet.

5 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

6 1. Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass den Klägern ein Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG zusteht. Nach dieser Bestimmung kann jeder Wohnungseigentümer einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, der unter anderem den Vereinbarungen entspricht. Daraus ergibt sich ein auf die Nutzung der Einheit des Beklagten zu Wohnzwecken bezogener Unterlassungsanspruch; diese Nutzung widerspricht nämlich der Teilungserklärung (im weiteren Sinne, also den in der Teilungserklärung enthaltenen Regelungen der Gemeinschaftsordnung).

7 a) Nach den Vorgaben der Teilungserklärung (TE) ist die Nutzung zu Wohnzwecken unzulässig. Danach „dürfen“ die Einheiten „beruflich oder gewerblich genutzt werden“. Ungeachtet des Verbs „dürfen“ handelt es sich um eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter im Sinne von § 15 Abs. 1 WEG (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, NJW 2018, 41 Rdnr. 6 m. w. N., vorgesehen zum Abdruck in BGHZ). Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Vorbemerkung zu der Teilungserklärung, wonach das gesamte Gebäude „zur beruflichen und gewerblichen Nutzung dienen wird“ (so Teil 1 § 1 TE).

8 b) Allerdings kann sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung (vgl. dazu Senat, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, NJW 2018, 41 Rdnr. 9 m. w. N., vorgesehen zum Abdruck in BGHZ). Dass das Berufungsgericht diese Voraussetzungen verneint, ist entgegen der Auffassung der Revision auch dann nicht zu beanstanden, wenn die Teilungserklärung – was das Berufungsgericht offengelassen hat – jegliche berufliche oder gewerbliche Nutzung, also nicht nur diejenige als Arztpraxis bzw. Apotheke, erlauben sollte.

**9 aa)** Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Anlage ausschließlich aus Teileigentumseinheiten besteht und das gesamte Gebäude beruflichen und gewerblichen Zwecken dient. Wie es sich in Anlagen verhält, in denen sowohl Wohnungs- als auch Teileigentumseinheiten vorhanden sind, kann dahinstehen. Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken ist jedenfalls in einem ausschließlich beruflichen und gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude bei typisierender Betrachtung regelmäßig schon deshalb störender als die vorgesehene Nutzung, weil eine Wohnnutzung mit typischen Wohnimmissionen (wie Küchengerüchen, Freizeit- und Kinderlärm oder Musik) sowie einem anderen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums (etwa im Flur herumstehenden Gegenständen) einhergeht und zu anderen Zeiten – nämlich ganztätig und auch am Wochenende – erfolgt. Daher ist es ohne Bedeutung, dass – worauf sich die Revision stützt – bei privaten Wohnungen ein geringerer Besucherandrang als bei einer gewerblich genutzten Einheit zu verzeichnen ist und sich die Anlage in einem reinen Wohngebiet befindet. Die Teileigentümer haben ein berechtigtes Interesse daran, dass der professionelle Charakter einer derartigen Anlage erhalten bleibt, um Konflikte, die durch eine in der Teilungserklärung nicht angelegte gemischte Nutzung hervorgerufen werden können, von vornherein zu vermeiden. Die Nutzungsmöglichkeiten der Teileigentümer werden zwar einerseits beschränkt, sie dürfen aber andererseits grundsätzlich darauf vertrauen, dass sich auch die anderen Teileigentümer an die vereinbarten Zweckbestimmungen halten.

**10 bb)** Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass der Senat eine Heimmutzung – die typischerweise mit dem Aufenthalt von Menschen rund um die Uhr verbunden ist – in Teileigentumseinheiten im Grundsatz als zulässig ansieht (vgl. dazu ausführlich Senat, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, NJW 2018, 41 Rdnr. 17 ff., vorgesehen zum Abdruck in BGHZ); dabei kommt es nicht darauf an, ob eine Heimmutzung in der Anlage zulässig wäre. Denn eine Heimmutzung unterscheidet sich gerade von einer Nutzung zu Wohnzwecken und muss von dieser abgegrenzt werden. Deshalb kann sie nicht herangezogen werden, um eine private Wohnnutzung in einem ausschließlich gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude ausnahmsweise als erlaubt einzuordnen.

**11 2.** Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch nicht offen bleiben, ob der Beklagte einen Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG als Einrede geltend machen darf. Dieser Bestimmung zufolge kann jeder Wohnungseigentümer eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder die Anpassung einer Vereinbarung verlangen, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint. Dass ein solcher Anspruch gegeben ist, lässt sich – anders als das Berufungsgericht meint – auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht verneinen.

**12 a)** Zwar beschränkt sich die revisionsrechtliche Nachprüfung im Allgemeinen darauf, ob das Berufungsgericht die in § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bestimmten Rechtsbegriffe zutreffend erfasst und ausgelegt, alle für die Beurteilung wesentlichen

Umstände berücksichtigt sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 174/09, BGHZ 186, 34 Rdnr. 22). Das Berufungsgericht ist aber dem Sachvortrag des Beklagten zu den Gründen für sein Anpassungsverlangen nicht in ausreichendem Maße nachgegangen und hat deshalb die für die Beurteilung wesentlichen Umstände nicht vollständig ermittelt. Es legt zugrunde, dass der Beklagte ein Jahr lang vergeblich nach einem gewerblichen Nachmieter gesucht hat, ordnet dies jedoch als vorübergehendes Problem ein. Mit Erfolg rügt die Revision, dass der unter Sachverständigenbeweis gestellten Behauptung des Beklagten, die Einheit sei als Arztpraxis oder für eine ähnliche Büronutzung nicht mehr vermietbar, nachgegangen werden müsste, wenn es auf das Bestehen des Anpassungsanspruchs ankommen sollte. Mit der Kodifizierung des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG sind die Hürden an die Anpassung bewusst abgesenkt worden, indem sie nunmehr „schwerwiegende Gründe“ und nicht mehr – wie es früher in der Rechtsprechung vertreten wurde – „außergewöhnliche Umstände“ voraussetzt (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 18 f.; Senat, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rdnr. 30). Dass solche schwerwiegenden Gründe vorliegen, kommt in Betracht, wenn – wie es der Beklagte vorträgt – eine dauerhafte gewerbliche Vermietung angesichts von Lage und Ausstattung des Gebäudes nicht ernsthaft zu erwarten ist; dann verhindert das Festhalten an der vereinbarten Nutzung jegliche wirtschaftliche Verwertung der Einheit. Vor dem Hintergrund, dass in der Nachbarschaft ein modernes Ärztehaus entstanden ist, drei der ehemaligen Arztpraxen leer stehen, die Apotheke nicht mehr als solche genutzt wird und das AG nach Zeugenvernehmung mehrerer Makler zu der Überzeugung gelangt ist, dass eine Vermietung als Praxis oder für ähnliche Zwecke trotz längerer intensiver Bemühungen des Beklagten unabhängig von dem geforderten Mietzins nicht möglich gewesen sei, weil es keine Interessenten gegeben habe, lässt sich ohne die beantragte sachverständige Begutachtung nicht ausschließen, dass schwerwiegende Gründe für das Begehren des Beklagten streiten.

**13 b)** Darüber hinaus müsste geklärt werden, welche Interessen aus Sicht der Kläger gegen die geforderte Anpassung der Gemeinschaftsordnung sprechen. Insoweit stützt sich das Berufungsgericht allein auf die Überlegung, die Kläger dürften auf die Einhaltung der Teilungserklärung vertrauen. Das ist zwar richtig; aber das abstrakte Vertrauen auf die Teilungserklärung (bzw. die Gemeinschaftsordnung) muss stets überwunden werden, wenn ein Anpassungsanspruch geltend gemacht wird. Dem trägt das Gesetz insbesondere dadurch Rechnung, dass aufseiten des Anspruchstellers schwerwiegende Gründe gegen das Festhalten an der geltenden Regelung sprechen müssen. Daher wäre zu klären, welche konkreten Interessen aufseiten der Anspruchsgegner über das formale Interesse an der Einhaltung der Gemeinschaftsordnung hinaus gegen die Anpassung sprechen; insbesondere wäre zu prüfen, welche konkreten Nachteile den Klägern daraus erwachsen, dass die Einheit des Beklagten zu Wohnzwecken genutzt wird. Dabei könnten unter anderem die baulichen Gegebenheiten von Bedeutung sein. Da die Einheit des Beklagten im Erdgeschoss liegt, prägt sie den Eindruck von der Anlage möglicherweise stärker als weiter oben gelegene

Einheiten. Insoweit wäre aber auch der Vortrag der Revision einzubeziehen, wonach der Beklagte für eine räumliche Abschirmung der beiden aus der Unterteilung hervorgegangenen Wohnungen gesorgt haben soll, indem diese über einen hinter der Eingangstür zum Treppenhaus gelegenen gemeinsamen Windfang betreten werden. Bei der von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG geforderten umfassenden Interessenabwägung müsste ggf. auch in den Blick genommen werden, dass sich ein dauerhafter Leerstand für die gesamte Anlage – und damit auch für die Kläger – als nachteilig erweisen kann.

**14 3.** Das Urteil stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Berufungsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Selbst wenn nämlich ein Anpassungsanspruch gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bestehen sollte, dürfte der Beklagte ihn dem Unterlassungsanspruch nicht als Einrede entgegenhalten.

**15 a)** Nach einem Beschluss des Senats vom 13.7.1995 (V ZB 6/94, BGHZ 130, 304, 312 f.) kann ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung nicht im Wege der Einrede geltend gemacht werden; denn die in der Gemeinschaftsordnung getroffene Regelung gilt, solange sie nicht durch eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer oder durch Ersetzung der Zustimmung durch Richterspruch abgeändert ist. Diese Ausführungen bezogen sich auf ein Beschlussanfechtungsverfahren, das die Erhebung einer Sonderumlage zum Gegenstand hatte; im Wege der Einrede wurde die Unbilligkeit des Kostenverteilungsschlüssels geltend gemacht.

**16 b)** Im Anschluss daran wird vertreten, dass der Anpassungsanspruch des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG allgemein nicht im Wege der Einrede geltend gemacht werden dürfe (Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 226). Nach anderer Ansicht darf eine solche Einrede zwar nicht in Beschlussanfechtungsverfahren, wohl aber gegenüber anderen Ansprüchen, etwa einem auf § 1004 BGB gestützten Beseitigungsverlangen, erhoben werden (vgl. OLG Hamburg, ZWE 2002, 186, 187; Bärmann/Suilmann, WEG, 13. Aufl., § 10 Rdnr. 162; für grundsätzliche Zulässigkeit der Einrede BeckOK-WEG/Dötsch, Stand: 1.1.2018, § 10 Rdnr. 328 ff.).

**17 c)** Richtigerweise kann auch einer Unterlassungsklage, mit der sich Wohnungseigentümer – wie hier – gegen die zweckwidrige Nutzung einer Einheit wenden, nicht im Wege der Einrede entgegengehalten werden, dass der Beklagte die Änderung der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Nutzungsregelung beanspruchen kann. Berechtigte Anpassungsbegehren müssen nämlich in der Gemeinschaftsordnung umgesetzt werden, damit klar und eindeutig ist, welche Vereinbarungen im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander gelten. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn man den Anpassungsanspruch im Wege der Einrede geltend machen dürfte. Die Unterlassungsklage würde zwar wegen des bestehenden Anpassungsanspruchs abgewiesen; die Änderung der Gemeinschaftsordnung unterbliebe aber. Es stünde auch nicht rechtskräftig fest, dass der Anpassungsanspruch besteht, weil sich die Wirkungen der Rechtskraft nicht auf Einreden erstrecken (vgl. Senat, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, ZfIR 1999, 20, 21; Zöller/G. Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., Vor § 322 Rdnr. 34a; MünchKomm-ZPO/Gottwald, 5. Aufl., § 322 Rdnr. 108). Ließe man die Einrede zu, würden zudem

die übrigen Wohnungseigentümer durch die eigenmächtige Nutzungsänderung in die Klägerrolle gedrängt. Grundsätzlich muss aber derjenige, der gegen den Willen der übrigen Wohnungseigentümer die Anpassung der Nutzungsregelung erreichen will, eine darauf gerichtete Klage erheben und darf die neue Nutzung erst dann aufnehmen, wenn er ein rechtskräftiges Urteil zu seinen Gunsten erstritten hat. Bis dahin muss die bislang geltende Gemeinschaftsordnung beachtet werden, sodass Nutzungen, die den darin vereinbarten Zweckbestimmungen widersprechen, unterbleiben müssen. Wie zu verfahren ist, wenn der Beklagte in einem Verfahren wie dem vorliegenden eine auf Anpassung der Gemeinschaftsordnung gerichtete Widerklage erhebt (vgl. dazu Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, § 10 Rdnr. 226), bedarf hier keiner Entscheidung.

(...)

#### ANMERKUNG:

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

Innerhalb von weniger als einem halben Jahr hatte der BGH über zwei Fälle zu entscheiden, in denen sich die Hoffnungen von Teileigentümern auf die langfristige Nutzung ihrer Immobilien durch Veränderungen des Marktes als fragwürdig erwiesen hatten und die betroffenen Miteigentümer (jeweils die Beklagten der Verfahren) ihre Teileigentumseinheiten in anderer Weise nutzen wollten.

#### 1. Die Entscheidung des BGH vom 27.10.2017

In dem Fall, über den der BGH am 27.10.2017<sup>1</sup> entschieden hat, wurde die Einheit, um die es ging (869/1000, also der größte Teil des Hauses) zu dem Zeitpunkt in den 1970er Jahren, als das Haus in Teileigentum aufgeteilt wurde, als Altenpflegeheim genutzt, die andere Einheit des jetzigen Klägers als Arztpraxis. Nun wollte die Beklagte ihre Einheit, nachdem sie mehr als zehn Jahre leer gestanden hatte, als Unterkunft für Asylbewerber, Flüchtlinge oder sonstige in die Region Zugezogene oder dort Gestrandete nutzen. Der BGH hatte festgestellt, dass in der damaligen Teilungserklärung über den Ausschluss der Nutzung zu Wohnzwecken hinaus keine weitergehende Nutzungsbestimmung getroffen wurde, das Teileigentum deshalb im Grundsatz zu jedem anderen Zweck, außer zum Wohnen, und daher auch zu dem beabsichtigten Zweck genutzt werden könne. Alles Weitere betrachtete der Senat als Frage, wie die Nutzung im Einzelnen gestaltet wird, und deshalb als Frage der §§ 14, 15 Abs. 3 WEG. Dass der Senat die geplante Nutzung für unzulässig gehalten hätte, wäre sie als „Wohnen“ einzuordnen gewesen, zeigt die sorgfältige Argumentation, mit der das abgelehnt wird.

#### 2. Die Entscheidung des BGH vom 23.3.2018

In die Falle „Unzulässigkeit des Wohnens im Teileigentum“ geriet der Beklagte im jetzt entschiedenen Fall: Die Weiterführung des 1989/90 in Teileigentum aufgeteilten Ärztehaus-

<sup>1</sup> Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, ZfIR 2018, 12 mit Anm. Ambrüster = DNotZ 2018, 521 = MittBayNot 2018, 127 (Ls.).

ses – zunächst mit sechs Arztpraxen und einer Apotheke – erwies sich als gefährdet, als 2013 in unmittelbarer Nähe als Konkurrenz ein „großes Ärztehaus“ errichtet wurde und anscheinend die Hälfte der im Haus tätigen Ärzte auszogen und in das neue Ärztehaus wechselten. Die Nachfrage nach Räumen für Arztpraxen scheint damit in dem betreffenden Gebiet für lange Zeit erschöpft.

Der BGH sieht dies zu Recht als Wegfall der Geschäftsgrundlage (im konkreten Fall verdient das Vorrang vor dem Versuch ergänzender Vertragsauslegung), allgemein geregelt in § 313 BGB, für das Wohnungseigentum als Spezialnorm in § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG. Zu hoffen ist, dass der betroffene Miteigentümer den ihm gezeigten Weg aufgreift und damit letztlich die missliche Situation gelöst wird. Noch besser wäre es, wenn die Miteigentümer gemeinsam den Hinweis des BGH aufgreifen und sich einigen würden.

Zweifel habe ich, ob nicht schon die einfache Auslegung der Teilungserklärung zum Erfolg führen könnte: Die Teilungserklärung erwähnt allgemein die Zulässigkeit von geschäftlichen Nutzungen im Haus, die den Betrieb des Ärztehauses nicht stören, und solche Nutzungen wurden ja auch schon (offensichtlich mit Zustimmung aller) aufgenommen. Ist es dann tatsächlich gerechtfertigt, eine Nutzung als Wohnung generell zu untersagen, weil sie „bei typisierender Betrachtung störender als eine zulässige berufliche oder gewerbliche Nutzung“ wäre? So großzügig der BGH im beruflichen und gewerblichen Bereich im Urteil vom 27.10.2017 eventuelle Beeinträchtigungen in den Bereich der §§ 14, 15 Abs. 3 WEG verweist;<sup>2</sup> Könnte man die Vermeidung von „Küchengerüchen, Freizeit- und Kinderlärm oder Musik“ und eines abweichenden Gebrauchs des Gemeinschaftseigentums, etwa durch „im Flur herumstehende Gegenstände“ nicht gerade bei typisierender Betrachtung den §§ 14, 15 Abs. 3 WEG überlassen? Würde die Nutzung „zu anderen Zeiten – nämlich ganztätig und auch am Wochenende“ durch einen Rechtsanwalt oder Schriftsteller die Nutzung der Arztpraxen in irgendeiner Weise berühren? Der Bedeutung, die die Unterscheidung zwischen Wohnungseigentum und Teileigentum hat (oder vielfach nicht hat), sollte allgemein nachgegangen werden.

<sup>2</sup> *Dötsch* spricht das dezent in seiner Anmerkung zum Urteil vom 23.3.2018 in ZfIR 2018, 454 an. Am Ende seiner Anmerkung verweist er auf die unbefriedigenden unterschiedlichen Konsequenzen, die bei § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG die Geltendmachung als Einrede im Rechtsstreit über die Zulässigkeit einer Nutzung ausschließen, obwohl sie die h. M. im Verfahren nach § 313 BGB zulässt, ungeachtet der Tatsache, dass § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG Spezialvorschrift zur allgemeinen Vorschrift über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ist; allgemein zu den prozessualen Fragen aufgrund des neuen § 313 BGB siehe *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921; *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002, 2076.

## 9. Anspruch der WEG auf Beitrag zur Sonderumlage bei Eigentumswechsel nach Beschlussfassung, aber vor Fälligkeit

BGH, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16 (Vorinstanz: LG Stuttgart, Urteil vom 12.10.2016, 10 S 22/16)

BGB § 271 Abs. 1

WEG § 1 Abs. 6, § 10 Abs. 4, § 16 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 21 Abs. 7, § 28 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. **Der Erwerber von Wohnungs- oder Teileigentum haftet für eine nach dem Eigentumswechsel fällig werdende Sonderumlage, auch wenn deren Erhebung vor dem Eigentumswechsel beschlossen wurde (Fortführung von Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197).**
2. **Die anteiligen Beiträge der Wohnungseigentümer zu einer Sonderumlage werden erst mit Abruf durch den Verwalter fällig. Sollen die Beiträge abweichend von § 28 Abs. 2 WEG sofort fällig werden, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in dem Beschluss über die Erhebung der Sonderumlage.**

### SACHVERHALT:

1 In der Eigentümerversammlung der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft R-Straße 15 vom 28.8.2014 wurden unter anderem folgende Beschlüsse gefasst:

„TOP 2 Beschluss über die Baumaßnahmen:

Die dringenden Baumaßnahmen werden gemäß vorliegenden Unterlagen einstimmig beschlossen.

TOP 3 Beschluss einer Sonderumlage von bis zu 70.000 €:

Eine Sonderumlage von 60.000 € wurde einstimmig beschlossen.“

2 Der Beklagte wurde am 31.10.2014 als Eigentümer eines Miteigentumsanteils an dem Grundstück R-Straße 15 verbunden mit dem Sondereigentum an einer Garage in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 11.12.2014 forderte der Verwalter den Beklagten erfolglos zur Zahlung des auf dessen Miteigentumsanteil entfallenden Anteils der Sonderumlage von 2.400 € auf.

3 Das AG hat der Zahlungsklage der Klägerin stattgegeben; die seitens des Beklagten hiergegen eingelegte Berufung hat das LG zurückgewiesen. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei zur Zahlung der anteiligen Sonderumlage verpflichtet. Erwerber von Wohnungseigentum haften für Beiträge aus Umlagebeschlüssen, die vor ihrem Eigentumserwerb gefasst worden seien, wenn die Beiträge erst nach dem Eigentumserwerb fällig würden. Die Sonderumlage sei hier gemäß § 28 Abs. 2 WEG erst mit ihrem Abruf durch den Verwalter fällig geworden, mithin nach dem Eigentumserwerb des Beklagten. Zwar könnten Beschlüsse über Sonderumlagen bei dringenden Instandsetzungsmaßnahmen unter Umständen so ausgelegt werden, dass die jeweiligen Anteile sofort zur Zahlung fällig würden. Allein der Umstand, dass die Sonderumlage in einer außeror-

entlichen Eigentümerversammlung und zur Finanzierung dringender Baumaßnahmen beschlossen worden sei, genüge hierfür jedoch nicht.

**5 II.** Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Beklagte anteilig die beschlossene Sonderumlage schuldet.

**6 1.** Nach § 16 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Die Vorschrift ist auch dann anwendbar, wenn die Verpflichtungen aus einer Sonderumlage resultieren (vgl. Senat, Beschluss vom 18.5.1989, V ZB 14/88, BGHZ 107, 285, 287; BGH, Beschluss vom 24.3.1983, VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 139 f.; BayObLG, NZM 1998, 918, 919). Die Klägerin hat daher einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung des auf seinen Miteigentumsanteil entfallenden Anteils (§ 16 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1 Abs. 6 WEG) der Sonderumlage.

**7 2.** Entgegen der Auffassung der Revision steht dieser Zahlungsverpflichtung nicht entgegen, dass die Sonderumlage vor der Eintragung des Beklagten als Teileigentümer in das Grundbuch beschlossen wurde.

**8 a)** Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Wohnungseigentümer die Beitragsvorschüsse zu leisten, die während der Dauer seiner Mitgliedschaft in der Eigentümergemeinschaft aufgrund von wirksam beschlossenen Wirtschaftsplänen oder Sonderumlagen fällig werden (sog. Fälligkeitstheorie). So haftet der Erwerber einer Eigentumswohnung für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümer untereinander, die in der anteilmäßigen Verpflichtung zum Tragen der Lasten und Kosten (§ 16 Abs. 2 WEG) wurzeln, etwa auch dann, wenn es sich um Nachforderungen aus Abrechnungen für frühere Jahre handelt, sofern nur der Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft, durch den die Nachforderungen begründet wurden (§ 28 Abs. 5 WEG), erst nach dem Eigentumserwerb gefasst worden ist (Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197; vgl. auch Beschluss vom 30.11.1995, V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 230). Für Verbindlichkeiten, die noch vor seinem Eigentumserwerb begründet worden und fällig geworden sind, haftet der Erwerber hingegen nicht (vgl. Senat, Beschluss vom 18.5.1989, V ZB 14/88, BGHZ 107, 285, 288; Beschluss vom 23.9.1999, V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 299).

**9 b)** Offen gelassen hat der Senat bislang, ob der Erwerber auch Beitragsleistungen schuldet, die noch vor dem Eigentumswechsel beschlossen, aber erst für einen danach liegenden Zeitpunkt fällig gestellt wurden (vgl. Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 204). Diese Frage ist umstritten.

**10 aa)** In der Literatur stellen einige Stimmen in dieser Konstellation nicht auf die Fälligkeit der Beitragsleistung, sondern darauf ab, dass diese mit der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer entstehe und erfüllbar sei (vgl. Soergel/Stürmer, BGB, 12. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 8c; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 6. Aufl., 6. Teil Rdnr. 59 ff.; Becker, ZWE 2000, 162, 165).

**11 bb)** Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur wendet hingegen die Fälligkeitstheorie auch hier an mit der Folge, dass der Erwerber für die während seiner Mitgliedschaft in der Gemeinschaft fällig gewordenen Beiträge zu einer Sonderumlage unabhängig davon haftet, ob er zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Umlage schon Mitglied der Gemeinschaft war (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1996, 911, 912; OLG Köln, NZM 2002, 351, 352; OLG Karlsruhe, OLGR 2005, 497, 498; LG Saarbrücken, NJW-RR 2009, 1167, 1168; Riecke/Schmid/Elzer/Abramenko, WEG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 214; MünchKomm-BGB/Engelhardt, 7. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 75; BeckOGK-BGB/Falkner, Stand: 1.7.2017, § 16 WEG Rdnr. 59; Staudinger/Häublein, Neub. 2018, § 28 WEG Rdnr. 202 ff.; BeckOGK-BGB/Hermann, Stand: 1.7.2017, § 28 WEG Rdnr. 71; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 61; Palandt/Wicke, 76. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 47, § 28 WEG Rdnr. 19).

**12 cc)** Der Senat entscheidet die Streitfrage im Sinne der letztgenannten Ansicht. Der Erwerber von Wohnungs- oder Teileigentum haftet für eine nach dem Eigentumswechsel fällig werdende Sonderumlage, auch wenn deren Erhebung vor dem Eigentumswechsel beschlossen wurde.

**13 (1)** Die Sonderumlage ist eine Ergänzung des geltenden Wirtschaftsplans und kann als Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung beschlossen werden, wenn die Ansätze des Wirtschaftsplans unrichtig waren, durch neue Tatsachen überholt werden oder wenn der Plan aus anderen Gründen nicht durchgeführt werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 15.6.1989, V ZB 22/88, BGHZ 108, 44, 47; Urteil vom 13.1.2012, V ZR 129/11, ZWE 2012, 125, 126). Sie folgt daher den für den Wirtschaftsplan geltenden Regeln (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1996, 911; OLG Düsseldorf, NZM 2001, 1039; OLG Frankfurt, OLGR 2006, 94, 96 f.; Spielbauer/Then/Spielbauer, WEG, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 24; BeckOK-BGB/Hügel, Stand: 15.6.2017, § 28 WEG Rdnr. 9). Dies rechtfertigt es, die Sonderumlage nicht anders zu behandeln als andere nach dem Wirtschaftsplan von den Wohnungseigentümern zu erbringende Vorschüsse (§ 28 Abs. 2 WEG), namentlich Wohngeldforderungen, für die nach der Fälligkeitstheorie bei einem Eigentumswechsel innerhalb des Wirtschaftsjahres – und somit nach Beschlussfassung über den Wirtschaftsplan – bis zu dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels der Veräußerer (vgl. Senat, Beschluss vom 30.11.1995, V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 f.) und ab diesem Zeitpunkt der Erwerber (vgl. Senat, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 201) bzw. Ersteher (vgl. BGH, Beschluss vom 27.6.1985, VII ZB 16/84, BGHZ 95, 118, 121) haftet.

**14 (2)** Zwar handelt es sich bei dem Wohngeld regelmäßig um monatlich wiederkehrende Vorschusszahlungen, während Sonderumlagen oftmals als einmalige Beiträge zur Finanzierung einer entstandenen oder absehbaren Deckungslücke beschlossen werden. Dies allein rechtfertigt aber keine unterschiedliche Behandlung, zumal die Wohnungseigentümer auch für Sonderumlagen beschließen können, dass diese als Vorschüsse in monatlichen Raten zu zahlen sind (vgl. etwa LG Saarbrücken, NJW-RR 2009, 1167) oder dass eine anstehende bauliche Maßnahme durch eine Kreditaufnahme finanziert werden soll (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 25.9.2015, V ZR

244/14, BGHZ 207, 99) und die Darlehensraten als Sonderumlage anteilig von den Wohnungseigentümern getragen werden.

**15** (3) Etwas anderes folgt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht daraus, dass der Erwerber an einem vor dem Eigentumswechsel gefassten Beschluss über eine Sonderumlage mangels Eigentümerstellung nicht mitwirken konnte, denn die Bindung des Sonderrechtsnachfolgers eines Wohnungseigentümers an Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht die Ausnahme, sondern die in § 10 Abs. 4 WEG angeordnete Regel. Diese Vorschrift stellt zugleich den von der Revision vermissten Rechtsgrund für den Übergang der Beitragspflicht auf den Beklagten als Sonderrechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers dar. Der Übergang der Beitragspflicht auf den Erwerber führt auch zu interessengerechten Ergebnissen, da regelmäßig dieser und nicht sein Rechtsvorgänger den Nutzen aus der mit der Sonderumlage finanzierten Baumaßnahme zieht. Dem Risiko des Erwerbers, dass eine Sonderumlage nach Abschluss des Kaufvertrages und vor dem Eigentumswechsel beschlossen, aber erst nach dem Eigentumswechsel fällig wird, kann durch entsprechende kaufvertragliche Regelungen Rechnung getragen werden.

**16** 3. Zutreffend geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass die Sonderumlage hier nicht schon mit dem Beschluss über ihre Erhebung, sondern erst mit dem Abruf durch den Verwalter und somit nach dem Eigentumswechsel fällig wurde.

**17** a) In der Literatur ist allerdings umstritten, wann anteilig von den Wohnungseigentümern geschuldete Zahlungen auf beschlossene Sonderumlagen fällig werden.

**18** aa) Nach einer Ansicht werden Sonderumlagen gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig, wenn der Beschluss der Wohnungseigentümer keine andere Fälligkeitsregelung enthält (*Hügel/ Elzer*, WEG, § 28 Rdnr. 61; *Spielbauer/Then/Spielbauer*, WEG, § 28 Rdnr. 28; *Palandt/Wicke*, § 28 WEG Rdnr. 19; *BeckOGK-BGB/Falkner*, § 16 WEG Rdnr. 57.1; *NK-BGB/Schultzky*, 4. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 43).

**19** bb) Die Gegenansicht wendet auf Sonderumlagen § 28 Abs. 2 WEG an, wonach die Wohnungseigentümer verpflichtet sind, nach Abruf durch den Verwalter dem beschlossenen Wirtschaftsplan entsprechende Vorschüsse zu leisten (vgl. *Bärmann/Becker*, WEG, 13. Aufl., § 28 Rdnr. 48; *MünchKomm-BGB/Engelhardt*, § 28 WEG Rdnr. 19; *BeckOGK-BGB/Hermann*, § 28 WEG Rdnr. 71; *jurisPK-BGB/Reichel-Scherer*, 8. Aufl., § 28 WEG Rdnr. 57, 74, 77; *Lemke/Müller*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 28 WEG Rdnr. 8; wohl auch *Staudinger/Häublein*, § 28 WEG Rdnr. 171).

**20** cc) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Da die Sonderumlage einen Nachtrag zum Jahreswirtschaftsplan der Gemeinschaft darstellt, begründet der Beschluss über die Sonderumlage für die Wohnungseigentümer eine Pflicht zur Vorschusszahlung gemäß § 28 Abs. 2 WEG (Senat, Beschluss vom 15.6.1989, V ZB 22/88, BGHZ 108, 44, 47). Die anteiligen Beiträge der Wohnungseigentümer zu einer Sonderumlage werden danach erst mit Abruf durch den Verwalter fällig. § 28 Abs. 2 WEG geht als spezielle Regelung für die nach dem Wirtschaftsplan zu erbringenden Vorschusszahlungen der Wohnungseigentümer der allgemeinen Regelung über

die Leistungszeit in § 271 Abs. 1 BGB vor. Es besteht auch kein Anlass, abweichend von dieser Systematik eine sofortige Fälligkeit von Sonderumlagen anzunehmen. Dass die Wohnungseigentümer erst nach Abruf durch den Verwalter verpflichtet sind, die dem beschlossenen Wirtschaftsplan entsprechende Vorschüsse zu leisten, entspricht nämlich im Regelfall auch dann ihren Interessen, wenn es sich um eine dringliche Maßnahme handelt. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, erfordert nicht jede Dringlichkeit die sofortige Fälligkeit der Sonderumlage. Die Wohnungseigentümer haben vielmehr ein generelles Interesse daran, ihre anteiligen Beiträge zu der Sonderumlage erst leisten zu müssen, wenn die beschlossenen Beiträge für die Finanzierung der anstehenden, aber noch nicht beauftragten Maßnahme tatsächlich benötigt werden. Da der Verwalter sowohl die finanzielle Lage der Wohnungseigentümergeinschaft kennt als auch die anstehenden Maßnahmen in deren Namen zu beauftragen hat, kann er im Regelfall am besten einschätzen, wann letzteres der Fall ist.

**21** b) Allerdings räumt § 28 Abs. 2 WEG dem Verwalter kein alleiniges, die Entscheidungsmacht der Wohnungseigentümer begrenzendes Recht zur Fälligkeitsbestimmung ein; diese können durch Beschluss nach § 21 Abs. 7 WEG die Fälligkeit von Beitragsvorschüssen abweichend regeln (vgl. Senat, Beschluss vom 2.10.2003, V ZB 34/03, BGHZ 156, 279, 289), folglich auch die sofortige Fälligkeit einer Sonderumlage beschließen. Der angefochtene Beschluss, den der Senat in vollem Umfang ohne Bindung an die Auslegung durch das Berufungsgericht selbst auslegen kann, wobei die Auslegung „aus sich heraus“ objektiv und normativ zu erfolgen hat (Senat, Urteil vom 8.5.2015, V ZR 163/14, ZWE 2015, 328 Rdnr. 16), enthält eine solche Fälligkeitsregelung aber nicht. Dass die Sonderumlage der Finanzierung einer dringenden Baumaßnahme dienen sollte, reicht hierfür nicht aus. Nach dem oben Gesagten rechtfertigt es die Interessenlage der Wohnungseigentümer nicht, Beschlüsse über Sonderumlagen zur Finanzierung dringender Reparaturmaßnahmen generell dahin auszulegen, dass die anteiligen Beiträge zu der Umlage sofort fällig sein sollen. Sollen die Beiträge abweichend von § 28 Abs. 2 WEG sofort fällig werden, bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Regelung in dem Beschluss über die Erhebung der Sonderumlage. Eine solche Regelung enthält der angegriffene Beschluss nicht.

(...)

#### ANMERKUNG:

#### Von Notarassessor Dr. Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg, München

Mit vorstehender Entscheidung führt der BGH seine Rechtsprechung fort und klärt für die Praxis die umstrittene Frage, ob der Erwerber von Wohnungs- oder Teileigentum Beitragsleistungen schuldet, die vor dem Eigentumswechsel beschlossen, aber erst danach fällig gestellt wurden; dies hatte der BGH bislang offen gelassen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 204.

## 1. Grundlegendes

Nach § 28 Abs. 1 WEG erstellt der Verwalter einen Wirtschaftsplan, über den die Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit beschließen, § 28 Abs. 5 WEG. Die Wohnungseigentümer sind gemäß § 28 Abs. 2 WEG verpflichtet, nach Abruf durch den Verwalter dem beschlossenen Wirtschaftsplan entsprechende Vorschüsse zu leisten. Diese Zahlungen werden Hausgeld oder Wohngeld genannt.<sup>2</sup> Anerkannt ist, dass die Wohnungseigentümer als Nachtrag bzw. Ergänzung zum Wirtschaftsplan<sup>3</sup> Sonderumlagen beschließen können.<sup>4</sup> Gläubigerin dieser Forderungen ist die Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>5</sup>

## 2. Veräußerung der Sondereigentumseinheit

Wird eine Sondereigentumseinheit veräußert, stellt sich die auch praktisch bedeutsame Frage, wer ab welchem Zeitpunkt Schuldner der genannten Forderungen ist. Es verwundert nicht, dass die Musterformulierungen für entsprechende Kaufverträge Regelungen zu diesem Themenkomplex vorsehen.<sup>6</sup> Jedoch können dort getroffene Vereinbarungen lediglich Wirkungen im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, nicht jedoch im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft als Gläubigerin haben.<sup>7</sup>

## 3. Grundzüge der Schuldnerbestimmung

Mit der Schuldnerstellung im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft beschäftigt sich die hier besprochene Entscheidung. Sie bietet auch Gelegenheit, sich die Grundzüge dieser Thematik zu vergegenwärtigen:

a) Nach ganz herrschender Auffassung findet grundsätzlich die sog. Fälligkeitstheorie Anwendung; hiernach ist Schuldner derjenige, der zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung Eigentümer der Sondereigentumseinheit ist.<sup>8</sup> Für vor dem Eigentumswechsel fällig werdende Forderungen haftet der Erwerber daher grundsätzlich nicht. Auch begründet das in § 10 Abs. 2 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht nach der

2 BeckOGK-WEG/*Hermann*, Stand: 1.3.2018, § 28 Rdnr. 38; BeckOK-BGB/*Hügel*, Stand: 1.11.2017, § 28 WEG Rdnr. 8.

3 BGH, Beschluss vom 15.6.1989, V ZB 22/88, NJW 1989, 3018; BGH, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 244/14, NJW 2015, 3651, 3653; BeckOK-BGB/*Hügel*, § 28 WEG Rdnr. 9; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 28 Rdnr. 57.

4 BGH, Beschluss vom 15.6.1989, V ZB 22/88, NJW 1989, 3018; BGH, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 244/14, NJW 2015, 3651, 3653; Jennißen/*Jennißen*, WEG, 5. Aufl. 2017, § 28 Rdnr. 16, 55 m. w. N.

5 BGH, Urteil vom 10.2.2017, V ZR 166/16, DNotZ 2017, 942; *Hügel/Elzer*, WEG, § 28 Rdnr. 62, 185; *Riecke/Schmid/Abramenko*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 28 Rdnr. 21.

6 Siehe etwa Würzburger Notarhandbuch/*Weber*, 5. Aufl. 2018, S. 1101 Rdnr. 337; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, E. XIV.

7 Vgl. *Riecke/Schmid/Abramenko*, WEG, § 28 Rdnr. 23; BeckOGK-WEG/*Hermann*, § 28 Rdnr. 46.

8 BGH, Beschluss vom 21.4.1988, V ZB 10/87, BGHZ 104, 197; *Riecke/Schmid/Abramenko*, WEG, § 28 Rdnr. 23; *Hügel/Elzer*, WEG, § 28 Rdnr. 147a, 152; BeckOGK-WEG/*Hermann*, § 28 Rdnr. 41 m. w. N.; kritisch Jennißen/*Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 177 ff.

Rechtsprechung des BGH kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>9</sup> Den Wohnungseigentümern ist es ebenfalls nicht möglich, eine bereits entstandene, aber noch nicht erfüllte Zahlungsverpflichtung eines Wohnungseigentümers mit Stimmenmehrheit erneut zu beschließen und so neu zu begründen; ein dementsprechender Beschluss ist mangels Beschlusskompetenz nichtig.<sup>10</sup>

b) Möglich ist jedoch eine Haftung des Erwerbers für Rückstände aufgrund einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG.<sup>11</sup> Die erforderliche Eintragung im Grundbuch (§ 10 Abs. 3 WEG) führt dazu, dass der Erwerber das Risiko erkennen kann,<sup>12</sup> wobei dies ebenfalls zur Konsequenz hat, dass er auch das Bestehen von Rückständen prüfen muss.<sup>13</sup>

## 4. Spezielle Situation

Bisher vom BGH noch nicht entschieden war die Frage, ob der Erwerber auch Beitragsleistungen schuldet, die vor Eigentumswechsel beschlossen, aber danach fällig werden.

Der BGH geht nun mit der herrschenden Meinung<sup>14</sup> davon aus, dass auch in dieser Konstellation die Fälligkeitstheorie anwendbar ist. Als Argument führt der BGH insbesondere an, dass die Sonderumlage als Ergänzung des Wirtschaftsplans nicht anders als andere nach dem Wirtschaftsplan zu erbringende Vorschüsse zu behandeln sei. Kein Hindernis sieht der BGH darin, dass der Erwerber an dem Beschluss nicht mitwirken konnte; zutreffend weist er darauf hin, dass die Bindung die in § 10 Abs. 4 WEG gesetzlich angeordnete Regel ist. Der Umstand, dass eine Sonderumlage oftmals als einmaliger Beitrag zu zahlen sei, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Schließlich untermauert der BGH sein Ergebnis mit dem Wertungsgesichtspunkt, dass regelmäßig der Erwerber den Nutzen aus der mit der Sonderumlage finanzierten Maßnahme zieht.

Dies zugrunde gelegt hatte der BGH noch zu entscheiden, wann die anteiligen Beiträge der Wohnungseigentümer zu einer Sonderumlage fällig werden. Der BGH verwirft die Ansicht, dass Sonderumlagen nach § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich sofort fällig werden.<sup>15</sup> Vielmehr schließt er sich der Ansicht<sup>16</sup> an, wonach § 28 Abs. 2 WEG anzuwenden ist. Die Fälligkeit tritt daher erst mit Abruf durch den Verwalter ein. Das Urteil endet mit einem Hinweis auf die Möglichkeit, dass die Wohnungseigentümer gemäß § 21 Abs. 7 WEG die

9 BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12, MittBayNot 2014, 239 m. Anm. *Kreuzer*; *Hügel/Elzer*, WEG, § 28 Rdnr. 154.

10 BGH, Urteil vom 9.3.2012, V ZR 147/11, NJW 2012, 2796.

11 BGH, Beschluss vom 24.2.1994, V ZB 43/93, NJW 1994, 2950; BeckOGK-WEG/*Hermann*, § 28 Rdnr. 44; *Riecke/Schmid/Abramenko*, WEG, § 28 Rdnr. 23; BeckOK-WEG/*Bartholome*, § 28 Rdnr. 152; Jennißen/*Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 185.

12 Jennißen/*Jennißen*, WEG, § 16 Rdnr. 185.

13 *Bärmann/Seuß/Pflügl*, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 5 Rdnr. 69.

14 Nachweise in Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

15 Nachweise in Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

16 Nachweise in Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

sofortige Fälligkeit der Sonderumlage beschließen können; hierzu bedürfte es nach BGH jedoch einer ausdrücklichen Regelung in dem Beschluss über die Erhebung der Sonderumlage.

## 10. Erfordernis der Verwalterzustimmung in der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und Verwalterbestellung in der Teilungserklärung

KG, Beschluss vom 3.5.2018, 1 W 370/17; mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

WEG § 5 Abs. 4 Satz 1, §§ 8, 10 Abs. 3 und 7 Satz 4, § 12 Abs. 1 und 3 Satz 1, §§ 23, 26 Abs. 1, § 27 Abs. 3 Satz 2

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG „der ersten Veräußerung nach Teilung“ erfasst nicht eine (erneute) Veräußerung durch eine Person, in deren Hand sich nach den Erstveräußerungen sämtliche Wohnungseigentumsrechte vereinigt haben.**
- 2. Soll die Verwalterzustimmung durch die Zustimmungserklärung der übrigen Eigentümer ersetzt werden, haben auch die sog. werdenden Wohnungseigentümer zuzustimmen.**
- 3. Die Bestellung des Verwalters in der Teilungserklärung wirkt gegen Sondernachfolger nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist oder ihr sämtliche Sondernachfolger beigetreten sind (Fortführung von Senat, Beschluss vom 6.10.2011, 1 W 477/11, ZWE 2012, 96).**

### SACHVERHALT:

1 I. In der als Inhalt des Sondereigentums gebuchten Teilungserklärung nach § 8 WEG vom 23.9.2009 heißt es, der Verwalter werde von der Versammlung der Wohnungseigentümer bestellt und abberufen (Teil III § 11 Nr. 1). Die Veräußerung des Wohnungseigentums bedürfe der Zustimmung des Verwalters, unter anderem mit Ausnahme der ersten Veräußerung nach Teilung. Die Zustimmung könne durch die Eigentümerversammlung mit Zwei-Drittel-Mehrheit ersetzt werden (Teil III § 12 Nr. 1 lit. a und c). Der teilende Eigentümer veräußerte eine Wohnungseigentumseinheit an N, der 2011 in Abt. I gebucht wurde, und die übrigen Einheiten an die Beteiligte zu 1. Diese war seit dem 7.5.2014 eingetragene Eigentümerin sämtlicher Wohnungs- und Teileigentumsrechte. Vormerkungen waren nicht gebucht. Die erste Eigentumsübertragungsvormerkung wurde am 17.6.2014 eingetragen; am 18.9.2015 erfolgte die erste Eigentumsumschreibung.

2 Im Juli 2014 reichte die Beteiligte zu 1 ihre notariell beglaubigte Erklärung vom 12./27.5.2014 ein, in der es unter „Protokoll der Eigentümerversammlung vom 12.5.2014“ heißt, sie sei Eigentümer aller Einheiten, halte hiermit eine außerordentliche Versammlung der Wohnungseigentümer ab und fasse den Beschluss: Zur Verwalterin werde ab heute bis zum 31.12.2016 J bestellt.

3 Mit Vertrag vom 31.7.2015 verkaufte die Beteiligte zu 1 das im Beschlusseingang genannte Wohnungseigentum an die Beteiligten zu 2 und 3. Am 8.5.2017 hat der Notar unter anderem die Eigentums-

schreibung beantragt und hierzu unter anderem eine Vollmacht der J auf A vom 30.7.2015 sowie eine notariell beglaubigte Erklärung der A vom 5.8.2015 eingereicht, in der es heißt, der Verwalter stimme der Veräußerung zu. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt aufgegeben, die Zustimmungserklärung eines Verwalters nebst Verwalternachweis vorzulegen; der Beschluss vom 12.5.2014 entfalte keine Wirkung.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), jedoch nicht begründet. Die Zwischenverfügung ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GBO veranlasst und nur um die weiteren in Betracht kommenden Beseitigungsmittel zu ergänzen (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 18 Rdnr. 31).

6 Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht. Die dem Grundbuchamt nachzuweisende Auffassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) bedarf für ihre Wirksamkeit gemäß § 12 Abs. 1 und 3 Satz 1 WEG der Zustimmung des Verwalters. Es ist kein Ausnahmefall gegeben, bei dem das Zustimmungserfordernis entfällt. Insbesondere handelt es sich nicht um die erste Veräußerung nach Teilung im Sinne von Teil III § 12 Nr. 1 lit. a der Teilungserklärung. Hierunter sind für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung (vgl. BGH, NJW 1991, 1613, 1614) nur die Veräußerungen durch den teilenden Eigentümer an N und die Beteiligte zu 1 zu verstehen. Eine (erneute) Veräußerung durch eine Person, in deren Hand sich – wie bei der Beteiligten zu 1 – nach den Erstveräußerungen sämtliche Wohnungseigentumsrechte vereinigt haben (im Folgenden: Alleineigentümer), wird vom Wortlaut der Ausnahmebestimmung nicht erfasst. Für eine entsprechende Auslegung genügt es nicht, dass die Interessenlage des Alleineigentümers mit der des teilenden Eigentümers vergleichbar ist. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Verfügungsbeschränkung nehmen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil (§ 892 BGB) und müssen aus diesem für jedermann ohne Weiteres erkennbar sein (BGH, NJW 1991, 1613, 1614 f.). Zudem ist – anders als bei der Erstveräußerung durch den teilenden Eigentümer – nur durch Einsicht in sämtliche Grundbuchblätter der Wohnungseigentumsanlage festzustellen, ob ein Fall des Alleineigentums gegeben ist oder war.

7 Mit der Niederschrift über die Eigentümerversammlung vom 12.5.2014 ist nicht gemäß § 26 Abs. 3 WEG nachgewiesen, dass J zum maßgebenden Zeitpunkt am 5.8.2015 (vgl. BGH, NJW 2013, 299 f.) Verwalter war. Der Beschluss vom 12.5.2014 entfaltet keine Wirkung. An diesem Tag bestand keine Wohnungseigentümergeinschaft und – mangels Eintragung einer Vormerkung – auch keine werdende Wohnungseigentümergeinschaft, auf die das WEG vorverlagert anzuwenden ist (vgl. BGH, NJW-RR 2017, 712, 714 f. Rdnr. 25; 2016, 461, 462 Rdnr. 7). Wie auch aus § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG folgt, gibt es keine Ein-Personen-Gemeinschaft (BGH, NJW 2008, 2639, 2640 Rdnr. 12), die einen bindenden Beschluss nach §§ 23, 26 Abs. 1 WEG fassen könnte; sog. Einmann-Beschlüsse sind nichtig (Senat, ZWE 2012, 96; OLG Köln, ZWE 2008, 242, 244; OLG Hamm, ZMR 2007, 984 f.; OLG München, FGPrax 2006, 63; BayObLG, NJW-RR 2003, 874, 875). Das gilt für Beschlüsse eines nach § 8 WEG teilenden Eigentümers und in gleicher Weise für einen späteren

Alleineigentümer, in dessen Hand sämtliche Wohnungseigentumsrechte vereinigt sind (vgl. OLG München, a. a. O.).

**8** Anders als bei Kapitalgesellschaften, die juristische Personen sind, setzt eine Personengesellschaft (vgl. Palandt/*Sprau*, 77. Aufl., § 705 Rdnr. 1 zur GbR) sowie die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Beteiligung von mindestens zwei Personen voraus. Davon geht auch der Gesetzgeber aus (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 63 unter Verweis auf *Kreuzer*, ZMR 2006, 15, 17 f.). Auf eine Beschlussfassung des Alleineigentümers über die Bestellung eines Verwalters sind die Bestimmungen für eine Ein-Mann-GmbH (§§ 6, 48 GmbHG) nicht entsprechend anzuwenden (so aber *Staudinger/Jacoby*, Neub. 2018, § 26 WEG Rdnr. 56 f.). Es fehlt an einer Regelungslücke für eine solche Analogie. Denn der teilende Eigentümer (und auch ein späterer Alleineigentümer) kann den Verwalter in der Teilungserklärung bestellen (BGH, NJW 2013, 3360, 3361 Rdnr. 8; 2012, 3232 Rdnr. 11; 2002, 3240, 3244) oder sich in der Teilungserklärung ermächtigen, den Verwalter später zu bestimmen (vgl. dazu BayObLG, NJW-RR 1994, 784). Beides ist hier nicht der Fall.

**9** Die Bestellung des Verwalters in der Teilungserklärung wie auch ein Bestellungs vorbehalten haben Vereinbarungscharakter und wirken gegen Sondernachfolger nur, wenn sie nach § 8 Abs. 2 Satz 1, § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 3 WEG als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen oder sämtliche Sondernachfolger der Vereinbarung beigetreten sind (Senat, a. a. O. m. w. N.). Dem steht nicht entgegen, dass es sich um eine Einzelfallmaßnahme handelt. Die Regelung dieses Einzelfalls und ihre Erkennbarkeit aus dem Grundbuch entsprechen bei einer Verwalterbestellung vor der Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft einem praktischen Bedürfnis. Die Vereinbarungswirkung betrifft den Bestellungsakt und hindert – ohne sonstige Bestimmungen – eine Abberufung und Neubestellung des Verwalters nach Entstehung der (werdenden) Gemeinschaft gemäß §§ 23, 26 Abs. 1 WEG nicht (vgl. dazu BayObLGZ 1974, 275, 279).

**10** Es bedarf keiner Erörterung, ob in dem Beschluss vom 12.5.2014 eine Änderung der Teilungserklärung gesehen werden könnte. Die Änderung ist jedenfalls nicht als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen worden. Die Beteiligten haben auch nicht geltend gemacht, dass die Sondernachfolger der Verwalterbestellung beigetreten sind. Einseitige Erklärungen ohne Bezugnahme auf den Beschluss vom 12.5.2014, wie der Verkäufer garantiere, dass J zum Verwalter bestellt sei (vgl. § 4a Nr. 2 der Urkunde vom 31.7.2015), sind keine Zustimmung der Erwerber.

**11** Schließlich ist auch nicht nachgewiesen, dass die Verwalterzustimmung wirksam ersetzt ist. Zwar kann die Zustimmung entsprechend § 26 Abs. 3 WEG auch durch eine Niederschrift über einen (hier Zwei-Drittel-)Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung oder durch die Zustimmungserklärung aller übrigen Wohnungseigentümer in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen werden (vgl. BGH, NJW 2012, 3232, 3233 Rdnr. 13; *Demharter*, a. a. O., Anh. § 3 Rdnr. 35, § 29 Rdnr. 10 f.). In dem Abschluss des Vertrags vom 31.7.2015 kann aber keine Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer gesehen werden. Die Zustimmung der Beteiligten zu 1 allein genügt nicht, weil davon auszugehen ist,

dass am 31.7.2015 bereits eine werdende Eigentümergemeinschaft bestand. Auch die Zustimmungsberechtigung (ggf. nach § 27 Abs. 3 Satz 2 WEG) geht auf den werdenden Wohnungseigentümer über, da er die Mitwirkungsrechte ausüben kann (BGH, NJW-RR 2016, 461, 462 Rdnr. 7). Mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens (§ 29 GBO) ist nicht festzustellen, ob und ggf. wann die Beteiligte zu 1 Besitz übergeben hat. Für die Zustimmungsbefugnis sind deshalb (ab dem 17.6.2014) die Vormerkungsberechtigten – unabhängig von den Besitzverhältnissen – als werdende Wohnungseigentümer anzusehen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Johannes Weber**, LL.M.  
(Cambridge), Würzburg

Die Entscheidung des KG beschäftigt sich mit der Erforderlichkeit einer Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG im Stadium der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und streift eine Vielzahl weiterer Fragen.

#### 1. Zum Sachverhalt

Zunächst ein Blick auf den nicht ganz unkomplizierten Sachverhalt, der sich vereinfacht wie folgt darstellt: Nach der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft bedurfte die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters oder eines Beschlusses der Eigentümerversammlung mit qualifizierter Mehrheit. Ausgenommen hiervon war die „erste Veräußerung nach der Teilung.“

Der aufteilende Eigentümer veräußerte eine Einheit an N und die weiteren Einheiten an den Zwischenerwerber Z. Z wurde zwischenzeitlich als Eigentümer aller Wohnungen im Grundbuch eingetragen. Z bestellte im Mai 2014 durch einen Beschluss einen Verwalter mit sofortiger Wirkung. Sodann verkaufte er die Wohnungseigentumseinheiten an verschiedene Erwerber. Im Juni 2014 wurde die erste Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Ein Jahr später veräußerte Z eine Wohnung an X. Der Verwalter erteilte hierzu die Verwalterzustimmung. Fraglich war, ob die Auflassung von Z an X wirksam war und sie im Grundbuch vollzogen werden konnte.

#### 2. Entscheidung des KG

Die tragenden Erwägungen des KG lassen sich wie folgt zusammenfassen: Es sei davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Veräußerung des Wohnungseigentums von Z an X eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft bestanden habe. Der Zustimmungsvorbehalt nach § 12 Abs. 1 WEG greife daher ein. Die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Ausnahme für die erste Veräußerung sei nicht einschlägig, da es sich um einen Folgeerwerb nach der Teilung gehandelt habe und bereits zuvor eine Veräußerung der Einheit durch den aufteilenden Eigentümer an Z erfolgt sei. Die Zustimmung durch den Verwalter sei nicht ausreichend, da dieser nicht wirksam bestellt worden sei. Der Alleineigentümer habe den Verwalter nicht durch einen Beschluss be-

stellen können, da im Zeitpunkt der Beschlussfassung Z Alleineigentümer gewesen sei und keine werdende Wohnungseigentümergeinschaft bestanden habe.

### 3. Anwendung von § 12 Abs. 1 WEG auf die werdende Wohnungseigentümergeinschaft

Zunächst ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des § 12 Abs. 1 WEG überhaupt eröffnet war. § 12 Abs. 1 WEG steht im Abschnitt über die „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ und spricht davon, dass die Veräußerung von der Zustimmung eines anderen „Wohnungseigentümers“ abhängig gemacht werden kann. Die Norm setzt damit an sich voraus, dass eine Wohnungseigentümergeinschaft im Zeitpunkt der Veräußerung des Wohnungseigentums besteht.<sup>1</sup>

#### a) Kein Ein-Personen-Verband

Im Zeitpunkt der Veräußerung war der Veräußerer Z jedoch Alleineigentümer aller Einheiten. Eine Wohnungseigentümergeinschaft liegt erst vor, wenn mindestens zwei Personen als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Das WEG kennt keinen Ein-Personen-Verband.<sup>2</sup> Die Ausführungen des KG verdienen insoweit Zustimmung. § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG lässt das Verwaltungsvermögen bei der Vereinigung aller Wohnungseigentumseinheiten in der Hand eines Eigentümers auf diesen übergehen und setzt damit voraus, dass der Verband der Wohnungseigentümergeinschaft nicht ohne mindestens zwei Eigentümer existieren kann.

#### b) Werdende Wohnungseigentümergeinschaft

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat im Wege der Rechtsfortbildung die sog. werdende Wohnungseigentümergeinschaft entwickelt.<sup>3</sup> Sie besteht, sobald in der Person eines Erwerbers die folgenden drei Voraussetzungen verwirklicht sind: Anspruch auf Auflassung eines Wohnungseigentums, Sicherung des Anspruchs durch eine eingetragene Vormerkung und Besitzübergabe.

Rechtsfolge der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft ist, dass die §§ 10 ff. WEG auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer entsprechend anzuwenden sind. Es gelten die Regelungen über die Kostentragungspflicht (vgl. § 16 Abs. 2 WEG)<sup>4</sup>, die Mitwirkungsrechte in der Eigentümerversammlung sowie das Stimmrecht (§ 25 Abs. 2 Satz 1 WEG).<sup>5</sup> Leitender Gedanke der Rechtsprechung ist

das sog. Demokratisierungsinteresse der Wohnungseigentümer. Die Wohnungseigentümer sollen nicht dadurch benachteiligt werden, dass sich die Umschreibung des Eigentums vom aufteilenden Eigentümer auf die Erwerber über einen längeren Zeitraum hinzieht.

#### aa) Anwendung von § 12 WEG auf die werdende Wohnungseigentümergeinschaft

Das KG wendet die Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG auf das Stadium der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft an.<sup>6</sup> Dies erscheint zunächst konsequent: Denn wenn die werdenden Wohnungseigentümer so zu stellen sind, als wenn die Wohnungseigentümergeinschaft bereits in Vollzug gesetzt worden wäre und sie über die Belange der Wohnungseigentümergeinschaft mitentscheiden sollen, kann dies auch für die Veräußerung des Wohnungseigentums gelten. Die werdenden Wohnungseigentümer können ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass keine unzuverlässigen weiteren Wohnungseigentümer in die Gemeinschaft gelangen.<sup>7</sup>

Klar dürfte zumindest sein, dass die Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG nicht gilt, wenn zwar eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft besteht, die Wohnungsgrundbuchblätter aber noch nicht angelegt wurden.<sup>8</sup> Denn vor diesem Zeitpunkt ist die Veräußerungsbeschränkung noch nicht Inhalt des Sondereigentums geworden und daher noch nicht wirksam (vgl. § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG).

Das KG wendet § 12 Abs. 1 WEG auf die werdende WEG an. Mit der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft besteht ein teilrechtsfähiger Verband. Man kann daher nicht argumentieren, dass die werdende Wohnungseigentümergeinschaft nur Binnenwirkungen entfalten und die im Außenverhältnis wirkende Veräußerungsbeschränkung nicht im Stadium der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft angewendet werden könnte.<sup>9</sup>

Gleichwohl gehen gewichtige Gegenstimmen im Anschluss an eine Entscheidung des OLG Hamm davon aus, dass eine Veräußerungsbeschränkung erst nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft und nicht bereits im Stadium der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft eingreift.<sup>10</sup> Sie berufen sich darauf, dass während der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft das Abverkaufsinteresse des aufteilenden Eigentümers im Vordergrund stehe. Die werdenden Wohnungseigentümer wüss-

1 OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1994, 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975, 976; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Stand: 2.4.2018, § 12 Rdnr. 19; Dötsch, ZWE 2011, 385, 387; Wenzel, ZWE 2008, 69, 70.

2 BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdnr. 12.

3 BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdnr. 20; BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, NJW 2012, 2650 Rdnr. 12.

4 BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14, NJW 2015, 2877 Rdnr. 5.

5 BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, NJW 2012, 2650 Rdnr. 5; Rapp, MittBayNot 2016, 314, 315.

6 So auch BeckOK-WEG/Hogenschurz, § 12 Rdnr. 19; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2017, § 12 Rdnr. 13; Sauren, ZWE 2008, 375, 377; Staudinger/Kreuzer, Neub. 2018, § 12 WEG Rdnr. 37; Wenzel, ZWE 2008, 69, 70.

7 Vgl. Wenzel, ZWE 2008, 69, 70.

8 Staudinger/Kreuzer, § 12 WEG Rdnr. 37.

9 Treffend Dötsch, ZWE 2011, 385, 386.

10 OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1994, 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975, 976 f.; Bärmann/Suilmann, WEG, 13. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 10; Dötsch, ZWE 2011, 385, 387; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2015, 4. Teil Rdnr. 15; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl. 2018, AT E Rdnr. 122.

ten, dass der Bauträger über die Zusammensetzung der Wohnungseigentümergeinschaft entscheide.<sup>11</sup> Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen. Denn mit entsprechender Begründung müsste man sämtliche Erstveräußerungen durch den aufteilenden Eigentümer auch nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft von der Veräußerungsbeschränkung ausnehmen. Dies ist aber nach Auffassung des BGH gerade nicht der Fall, sofern die Gemeinschaftsordnung keine ausdrückliche Ausnahme statuiert.<sup>12</sup>

Ins Gewicht fällt jedoch das Argument, dass es sich mit den Belangen der Rechtssicherheit und der Grundbuchklarheit nur schwer vertragen würde, die Wirkung der Veräußerungsbeschränkung vom Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft abhängig zu machen.<sup>13</sup> Ob eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft besteht, hängt von der Besitzübergabe der Wohnung an einen Wohnungseigentümer ab. Das Grundbuchamt kann kaum nachprüfen, ob die Verfügungsbeschränkung vorliegt und eine Besitzübergabe erfolgt ist. Um die Eintragung der Auflassung (§ 20 GBO) ablehnen zu können, müsste das Grundbuchamt sichere Kenntnis davon haben, dass eine Besitzübergabe erfolgt ist. Das wird jedoch nur in den wenigsten Situationen der Fall sein. Insbesondere lässt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung keine Rückschlüsse auf die Besitzübergabe zu. Entgegen der Auffassung des KG darf man daher nicht einfach eine Besitzübergabe unterstellen, wenn sich die Besitzübergabe mit den Mitteln des Grundbuchrechts nicht feststellen lässt. Dies wäre eine unzulässige Fiktion des Verfahrensrechts, die über das materielle Recht hinausginge. Sollte keine Besitzübergabe erfolgt sein, wäre es materiellrechtlich gar nicht möglich, eine wirksame Verwalterzustimmung beizubringen. Denn die Verwalterzustimmung kann nur wirksam erteilt werden, wenn eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft besteht. Die Auffassung des KG zur Besitzfiktion läuft darauf hinaus, dass das dienende Verfahrensrecht etwas verlangt, was materiellrechtlich nicht möglich ist.

Nur wenn das Grundbuchamt Kenntnis von der Besitzübergabe hätte, könnte es vom Bestehen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft ausgehen. Allerdings entfernt sich eine entsprechend extensive Auslegung des § 12 Abs. 1 WEG im Hinblick auf die Grundbuchklarheit so weit von dem unmittelbar durch das Gesetz geregelten Fall, dass es an einer tragfähigen Grundlage für eine Analogie fehlt.

Ausschlaggebend dürfte der Gedanke des Erwerber- und Verkehrsschutzes sein: Für den Erwerber ist aus dem Grundbuch nicht erkennbar, ob eine Besitzübergabe erfolgt ist. Damit unterscheidet sich die Interessenlage erheblich vom direkten Anwendungsfall des § 12 Abs. 1 WEG: In die-

sem Fall steht aufgrund der Grundbucheintragung fest, dass eine Eigentümergemeinschaft besteht. Hiermit ist die Situation nicht vergleichbar, in der sich das Vorliegen der dinglichen Veräußerungsbeschränkung nur anhand außerhalb des Grundbuchs liegender faktischer Umstände feststellen lässt.

Richtigerweise ist § 12 Abs. 1 WEG im Stadium der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft nicht anzuwenden.

#### bb) Vorliegen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft bei Zwischenerwerb aller Einheiten

Im Fall des KG stellte sich überdies die Frage, ob eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft überhaupt vorlag. Hieran könnte man Zweifel anmelden, weil die Veräußerung der Wohnungseigentumseinheiten nicht durch den aufteilenden Eigentümer, sondern durch einen Zwischenerwerber erfolgte, der bereits das Wohnungseigentum vom aufteilenden Eigentümer wirksam erworben hatte.

Nach Auffassung des BGH sind die Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auf den Zweiterwerb nicht anzuwenden.<sup>14</sup> Allerdings hat der BGH beim Zweiterwerb die Fälle im Blick, in denen bei einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft oder einer bereits bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft ein Verbandsmitglied seine Stellung auf eine andere Person überleitet.<sup>15</sup> Bis zur Eigentumsumschreibung soll der Ersterwerber als Verbandsmitglied zu behandeln sein.<sup>16</sup> Hiervon ist jedoch der vorliegende Fall zu unterscheiden, in dem die Wohnungseigentümergeinschaft erloschen ist, weil der Zwischenerwerber sämtliche Einheiten erworben hat. Veräußert der zwischenzeitliche Alleineigentümer alle Einheiten weiter, besteht das Demokratisierungsinteresse der Erwerber, über die Geschicke des Verbands entscheiden zu können und die Gemeinschaft bereits in Vollzug zu setzen. Auch wenn es sich bei dem Zwischenerwerber somit nicht um den aufteilenden Eigentümer handelt und ihn auch keine werkvertragliche Herstellungspflicht trifft, dürfte wegen der aus Sicht der Erwerber vergleichbaren Interessenlage von der Anwendung der Grundsätze der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft auszugehen sein. Die Entscheidung des KG ist in diesem Punkt zu begrüßen.

#### cc) Ausnahme für Erstveräußerung auf Zweitveräußerung durch einen Alleineigentümer anwendbar?

Geht man mit dem KG davon aus, dass § 12 Abs. 1 WEG grundsätzlich auf die Veräußerung durch den Zwischenerwerber Anwendung findet, ist zu prüfen, ob die in der Gemeinschaftsordnung festgelegte Ausnahme („erste Ver-

11 OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1994, 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975, 976.

12 BGH, Beschluss vom 21.2.1991, V ZB 13/90, NJW 1991, 1613, 1614.

13 OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1994, 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975, 976; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rdnr. 10; Dötsch, ZWE 2011, 385, 387.

14 BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14, NJW 2015, 2877 Rdnr. 5.

15 BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14, NJW 2015, 2877 Rdnr. 5.

16 BGH, Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdnr. 18; BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 275/14, NJW 2015, 2877 Rdnr. 11.

äußerung nach Teilung“) einschlägig war. Das KG verneint dies zu Recht. Denn es handelte sich nicht um die erste Veräußerung nach der Begründung des Wohnungseigentums, sondern um einen Folgeerwerb. Vom Wortlaut war der Ausnahmetatbestand nicht einschlägig. Nach Auffassung des BGH kann eine Veräußerungsbeschränkung nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass eine ungeschriebene Ausnahme für die Veräußerung durch den aufteilenden Eigentümer besteht.<sup>17</sup> Anders als im Fall des BGH wäre jedoch im vorliegenden Fall immerhin ein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass die Veräußerung durch den Alleineigentümer ausgeschlossen sein sollte. Allerdings kann man die Klausel auch so verstehen, dass der aufteilende Eigentümer eine Ausnahme für die erstmalige Veräußerung durch ihn selbst im Sinne seines Absatzinteresses schaffen wollte. Die Problematik einer späteren Veräußerung durch einen Eigentümer, in dessen Hand sich sämtliche Einheiten vereinigten, hatte der Eigentümer wohl nicht im Blick.

Anders wäre der Fall zu entscheiden gewesen, wenn die Veräußerung einer Einheit durch den zwischenzeitlichen Alleineigentümer vom Zustimmungsvorbehalt ausdrücklich ausgenommen worden wäre. Dann wäre auch die Veräußerung durch den Zwischenerwerber aller Einheiten zustimmungsfrei möglich gewesen.

#### 4. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Bestehen einer Veräußerungsbeschränkung

Nach der hier vertretenen Auffassung greift § 12 Abs. 1 WEG tatbestandlich erst ein, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft durch die Eintragung eines weiteren Wohnungseigentümers im Grundbuch entstanden ist. Hieran schließt sich die Frage an, auf welchen Zeitpunkt es genau ankommt: In Betracht kommen der Zeitpunkt des wirksamen Zustandekommens des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts, die Erklärung der Auflassung, der Eingang des Antrags auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt oder die Grundbucheintragung.

Folgt man der Ansicht des KG, stellt sich die Frage unter ähnlichen Vorzeichen. Maßgeblicher Bezugspunkt wäre insoweit bereits das Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft.

§ 12 Abs. 1 WEG stellt auf die Veräußerung des Wohnungseigentums ab. Wie sich aus der Systematik des § 12 Abs. 3 WEG ergibt, der zwischen der Veräußerung und dem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft differenziert, ist unter einer Veräußerung im Sinne von § 12 Abs. 1 WEG die Auflassung zu verstehen.<sup>18</sup> Sieht man in § 12 WEG eine Verfügungsbeschränkung, käme es darauf an, ob im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs bzw. der Antragstellung beim Grundbuch nach § 878 BGB die Verfügungsbeschrän-

kung des § 12 Abs. 1 WEG eingreift.<sup>19</sup> Richtigerweise wird man aber die allgemeinen Regelungen über Verfügungsbeschränkungen nicht auf § 12 Abs. 1 WEG anwenden können.<sup>20</sup> Denn § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG lässt sich der Gedanke entnehmen, dass dem Gesetz ein einheitliches Wirksamkeitsschicksal von schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Rechtsgeschäft vor Augen schwebt. Das schuldrechtliche Rechtsgeschäft soll nicht durch spätere Umstände wie einen Widerruf der Zustimmung unwirksam werden.<sup>21</sup> Dies hat zuletzt auch der BGH in seiner Entscheidung zur Unwiderruflichkeit der Eigentümerzustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts (§§ 5, 6 ErbbauRG) hervorgehoben.<sup>22</sup> Der Veräußerer soll davor geschützt werden, dass das schuldrechtliche Kausalgeschäft wirksam ist, er aber wegen der Versagung der Zustimmung nicht zu seiner Erfüllung in der Lage ist.

Diese Überlegungen wird man auch für die Frage fruchtbar machen können, ob das Inkrafttreten einer Verfügungsbeschränkung gemäß § 12 Abs. 1 WEG beachtlich ist, nachdem das schuldrechtliche Kausalgeschäft wirksam zustande gekommen ist. Sie ist zu verneinen. Anderenfalls wäre zwar das Kausalgeschäft wirksam, sein Vollzug wäre aber von der Versagung der Zustimmung bedroht. Dies widerspricht dem Rechtsgedanken des § 12 Abs. 3 WEG.

Es kommt daher darauf an, ob im Zeitpunkt des wirksamen Zustandekommens des Kausalgeschäfts die Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG wirksam war. Nach der hier vertretenen Ansicht gilt die Veräußerungsbeschränkung erst, nachdem die Wohnungseigentümergeinschaft durch Eintragung eines weiteren Wohnungseigentümers entstanden ist. Kommt das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft vor diesem Zeitpunkt wirksam zustande, bedarf auch die spätere Auflassung keiner Verwalterzustimmung.

Dem steht der Fall gleich, dass isoliert eine Auflassung zu erklären ist (zum Beispiel bei einem Vermächtnis). In diesem Fall genügt es, dass die Auflassung bindend und wirksam ist.<sup>23</sup> Die spätere Einführung einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG ist unschädlich. Denn die Parteien sollen bereits im Zeitpunkt der Auflassung Klarheit darüber haben, ob die Auflassung wegen eines Zustimmungsvorbehalts nach § 12 Abs. 1 WEG wirksam ist. Wenn schon der wirksame Abschluss des Kausalgeschäfts zur Unbeachtlichkeit einer später eingeführten Veräußerungsbeschränkung führt, sollte dies gleichermaßen auch für das dingliche Rechtsgeschäft gelten.

17 BGH, Beschluss vom 21.2.1991, V ZB 13/90, NJW 1991, 1613, 1614.

18 Näher hierzu *Weber*, ZWE 2017, 341, 344; in diesem Sinne auch BayObLG, Beschluss vom 29.1.1982, BReg. 2 Z 50/81, BayObLGZ 1982, 46, 50; a. A. *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 16; OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, NZM 2005, 260.

19 So OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1994, 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975, 976 f.; *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 10.

20 Vgl. zuletzt zum Ganzen und zur Einordnung des § 12 WEG als sog. Fungibilitätsbeschränkung *Kössinger*, MittBayNot 2018, 253, 255; ferner *Kessler*, RNotZ 2005, 543 ff.; *Weber*, ZWE 2017, 341, 344 f.

21 BeckOGK/*Skauradszun*, Stand: 1.7.2018, § 12 WEG Rdnr. 5; *Kessler*, RNotZ 2005, 543, 548.

22 BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 144/16, MittBayNot 2018, 244 Rdnr. 16.

23 Näher hierzu *Weber*, ZWE 2017, 341, 345.

## 5. Bestellung des Verwalters vor Beginn der werdenden WEG

Zuletzt wirft die Entscheidung des KG die Frage auf, ob der aufteilende Eigentümer einen Verwalter bestellen konnte. Der BGH hält es für möglich, dass die Bestellung des ersten Verwalters bereits in der Gemeinschaftsordnung durch den aufteilenden Eigentümer erfolgt.<sup>24</sup> Hiergegen werden verschiedene Bedenken vorgebracht. So wird etwa geltend gemacht, die Bestellung des Verwalters könne nach dem WEG nur durch Beschluss erfolgen. Einen Beschluss könnten die Wohnungseigentümer aber erst treffen, wenn das Gemeinschaftsverhältnis entstanden sei, also ab Beginn der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>25</sup> Außerdem könne die Bestellung nur durch Vereinbarung und nicht durch Beschluss wieder aufgehoben werden. Dies sei ein Verstoß gegen § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG, wonach beim Vorliegen eines wichtigen Grundes stets eine Abberufung des Verwalters durch Beschluss möglich sein müsse.<sup>26</sup>

Hält man mit dem BGH die Bestellung eines Verwalters durch den Alleineigentümer für möglich, ist sie nur denkbar, wenn sie als Inhalt des Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen wird (§ 8 Abs. 2 Satz 1, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG). Einen Beschluss kann der Alleineigentümer nicht treffen. Beschlüsse setzen zumindest das Bestehen einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft voraus.<sup>27</sup> Dies gilt auch für eine Vereinbarung im Sinne von § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG.

Die Entscheidung des KG verdient somit Zustimmung, wenn sie die Bestimmung des Verwalters durch den Alleineigentümer außerhalb des Grundbuchs für unwirksam hält. Es lag weder ein Beschluss noch eine Vereinbarung vor. Und als Inhalt des Wohnungseigentums wurde die Verwalterbestellung nicht im Grundbuch eingetragen.

## 6. Fazit und Schlussfolgerung

(1) Entgegen der Auffassung des KG gilt eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG nicht bereits im Stadium der werdenden WEG, sondern erst wenn eine Wohnungseigentümergeinschaft besteht.

(2) Maßgeblicher Zeitpunkt ist alternativ derjenige des wirksamen Zustandekommens des schuldrechtlichen Kaufgeschäfts oder der wirksamen Auflassung. Tritt eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG erst nach einem dieser beiden Zeitpunkte in Kraft, gilt sie für keines der beiden Rechtsgeschäfte.

(3) Die Grundsätze der werdenden WEG greifen auch dann ein, wenn ein Zwischenerwerber das Eigentum an allen Einheiten erworben hat und danach eine Wohnungseigentümergeinschaft wieder neu entsteht.

24 BGH, Beschluss vom 20.6.2002, V ZB 39/01, NJW 2002, 3240, 3242; BGH, Beschluss vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360 Rdnr. 8; so auch KG, Beschluss vom 6.10.2011, 1 W 477/11, ZWE 2012, 96.

25 Ott, ZWE 2016, 159, 160.

26 BeckOK-WEG/Baer, Stand: 2.4.2018, § 26 Rdnr. 34.

27 BeckOK-WEG/Baer, § 26 Rdnr. 34.

(4) Eine Verwalterbestellung ist nach Auffassung des BGH zwar durch den aufteilenden Alleineigentümer möglich. Sie ist aber nur wirksam, wenn sie als Inhalt des Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen wird.

## 11. Teilvollzug bei Gesamtgrundschuld

KG, Beschluss vom 17.8.2017, 1 W 334/17

BGB § 1132

### LEITSATZ:

**Ist bei der Aufteilung einer Gesamtgrundschuld in Einzelgrundschulden der Teilvollzug gestattet, ist ein Einzelvollzug lediglich bezüglich bestimmter Grundstücke zulässig. Der Vollzugsantrag kann in diesem Fall dahingehend ausgelegt werden, dass die Verteilung zunächst in der Weise erfolgen soll, dass diejenigen Grundstücke, für die ein Antrag noch nicht gestellt wird, zunächst gemeinschaftlich verhaftet bleiben, und zwar in Höhe des noch nicht auf andere Grundstücke verteilten Differenzbetrages zur ursprünglichen Gesamtbelastung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**2** Gegenstand der Beschwerde ist eine Zwischenverfügung, denn das Grundbuch hat seine Verfügung vom 6.6.2017 insgesamt in die Form einer Zwischenverfügung gekleidet, indem es auf § 18 GBO verwiesen und eine Frist zur Behebung des Hindernisses gesetzt hat. Der Beteiligte zu 1 kann deshalb zulässig das gegen eine Zwischenverfügung gegebene Rechtsmittel einlegen. Der Umstand, dass Punkt 2 der Verfügung nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung hätte sein dürfen, führt deshalb nicht zur Unzulässigkeit der Beschwerde, sondern dazu, dass die unzulässige Zwischenverfügung schon aus diesem formalen Grund aufzuheben ist.

**3** Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt darauf hin, dass keine grundsätzlichen Bedenken bestehen, die Verteilung auch ohne Antrag zu den übrigen Grundbuchblättern zu vollziehen.

**4** Das Grundbuchamt geht zutreffend davon aus, dass grundsätzlich die Verteilung einer Grundschuld gemäß § 1132 Abs. 2, § 1192 BGB nur einheitlich erfolgen kann, da sie sich auf den gesamten Betrag der Belastung beziehen muss und erst mit ihrer Eintragung wirksam wird. Insofern unterscheidet sich die Verteilung von der von dem Beteiligten zu 1 zum Vergleich herangezogenen Pfandhaftentlassung, die von vornherein nur das zu enthaftende Grundstück betrifft.

**5** Die Beteiligte zu 2 hat hier jedoch ausdrücklich den Teilvollzug gestattet. Das kann dahingehend ausgelegt werden, dass die Verteilung in der Weise erfolgen soll, dass diejenigen Grundstücke, für die ein Antrag (noch) nicht gestellt wird, zunächst gemeinschaftlich verhaftet bleiben, und zwar in Höhe des

noch nicht auf andere Grundstücke verteilten Differenzbetrages zur ursprünglichen Gesamtbelastung. Die Verteilung von Teilbeträgen auf einzelne Grundstücke und anderen Teilbeträgen auf mehrere Grundstücke zu Gesamthaft ist zulässig (KG, JFG 37, A 307), wie auch das Grundbuchamt nicht verkennt.

**6** Die Gesamthaft der übrigen Blätter ist hier bereits eingetragen. Für die Eintragung der Verteilung des Betrages von 43.100 € bei dem Wohnungseigentum des Beteiligten zu 1 erlischt die Mithaft der anderen Wohnungseigentumsrechte für diesen Grundschuld-Teilbetrag.

**7** Das Erlöschen der Mitbelastung aufgrund einer Verteilung nach § 1132 Abs. 2 BGB ist gemäß § 48 Abs. 2 GBO von Amts wegen zu vermerken (RGZ 70, 91; KG, a. a. O.). Dies gilt außer für das Erlöschen der Mitbelastung des Wohnungseigentums des Beteiligten zu 1 entsprechend auch für das Teilerlöschen der Mitbelastung der übrigen – in Gesamthaft verbleibenden – Wohnungseigentumsrechte in Bezug auf den Betrag von 43.100 €.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 12. Keine Genehmigungsbedürftigkeit einer erbrechtlichen Abschichtungsvereinbarung

KG, Beschluss vom 20.7.2018, 13 UF 105/18; mitgeteilt von Dr. **Martin Menne**, Richter am KG

*BGB §§ 181, 1629 Abs. 2 Satz 1 und 3, § 1643 Abs. 1, § 1795 Abs. 1 und 2, §§ 1796, 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1822 Nr. 1  
FamFG § 59 Abs. 1*

#### LEITSÄTZE:

- 1. Beim Abschluss einer erbrechtlichen Abschichtungsvereinbarung, an der neben den minderjährigen Erben auch deren an sich vertretungsberechtigter Elternteil erbengemeinschaftlich beteiligt ist, kommt eine Entziehung des Vertretungsrechts des Elternteils nur in Betracht, wenn im konkreten Einzelfall festgestellt ist, dass das Interesse der Kinder zu dem Interesse des Elternteils in erheblichem Gegensatz steht. Gibt der Vertreter dagegen keine gegenläufigen, sondern parallele Willenserklärungen ab, ist die Vereinbarung nicht von § 181 BGB erfasst und unterliegt damit auch nicht dem Genehmigungserfordernis nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Auch wenn zum Nachlass Grundstücke gehören, ist der Abschluss der Abschichtungsvereinbarung nicht schon nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig, da mit dem Verzicht auf die Erbenstellung weder über ein Grundstück verfügt**

**noch ein Grundstück übertragen oder belastet oder auf andere Weise der Inhalt eines Grundstücksrechts verändert wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die drei minderjährigen Kinder wenden sich gegen den Beschluss des Familiengerichts vom 22.2.2018, mit dem für sie der beteiligte Ergänzungspfleger zur Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte in einem familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren bestellt worden ist.

**2** Die ergangene Entscheidung ist vor folgendem Hintergrund zu sehen: Im Mai 2007 verstarb der in M wohnhaft gewesene Herr H B. Herr H B war der Großvater väterlicherseits der drei Kinder und der Schwiegervater der Mutter der Kinder. Herr H B, zu dessen Nachlass umfangreicher Grundbesitz gehört, wurde beerbt von seiner Ehefrau und seinen fünf Kindern (gemeinschaftlicher Erbschein des AG M). Der älteste Sohn, Herr J B – der Vater bzw. Ehemann der verfahrensbeteiligten drei Kinder und ihrer Mutter – ist am 10.8.2017 nachverstorben. Herr J B wurde seinerseits beerbt von seiner Ehefrau und seinen drei Söhnen; die Mutter mit einer Erbquote von  $\frac{1}{2}$  und die Söhne mit einer Erbquote von jeweils einem  $\frac{1}{6}$  (gemeinschaftlicher Erbschein des AG C). Die Erben nach Herr J B rückten als Erbeserben in die Erbengemeinschaft nach Herr H B nach. Am 17.11.2017 schlossen die Erben bzw. Erbeserben nach Herr H B eine notariell beurkundete Abschichtungsvereinbarung. Dabei wurden die drei Kinder von der Mutter vertreten, die dabei sowohl für sich im eigenen Namen und zugleich als gesetzliche Vertreterin der drei Kinder handelte. Die Erben und Erbeserben waren sich einig, dass eine Tochter des Herrn H B sowie die Erbeserben durch Abschichtung aus der Erbengemeinschaft nach Herr H B in der Weise ausscheiden, dass ihre Erbteile kraft Gesetzes den verbleibenden Erben im Verhältnis ihrer Erbteile anwachsen. Die Ausscheidung ist aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der vollständigen Zahlung der jeweils vereinbarten Abfindung. Die Abfindung für das Ausscheiden der Erben des Herrn J B – die drei Kinder und ihre Mutter bzw. Witwe des Herrn J B – betrug 143.000 € und ist zugunsten der wirtschaftlich berechtigten Erben nach Herr J B auf ein Anwaltsanderkonto zu überweisen. Zusätzlich verpflichteten sich die verbleibenden Erben, die ausgeschiedene Erbin und die Erbeserben von jeglicher Haftung für sämtliche Erblasser-, Erbfall- und Nachlasserschulden freizustellen. Eine auszugsweise beglaubigte Abschrift der Urkunde reichte der beurkundende Notar beim Familiengericht ein mit dem Antrag, die familiengerichtlichen Genehmigungen zu erteilen.

**3** Nach Prüfung teilte das Familiengericht dem beurkundenden Notar unter dem 1.2.2018 mit, dass die Bestellung von Ergänzungspflegern für die drei Kinder für nicht erforderlich erachtet werde. Erforderlich sei jedoch die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Ausübung des Beschwerderechts der Kinder gegen eine zu erteilende familiengerichtliche Genehmigung der Abschichtungsvereinbarung, da alle drei Kinder jünger als 14 Jahre seien. Am 7.2.2018 teilte das Familiengericht dem später bestellten Ergänzungspfleger mit, es sei beabsichtigt, die familiengerichtliche Genehmigung zu der Abschichtungsvereinbarung zu erteilen. Nachdem der spätere Ergänzungspfleger erklärt hatte, zur Übernahme der Pflegschaft bereit zu sein, ordnete das Familiengericht mit dem angegriffenen Beschluss Ergänzungspflegschaft mit dem Wirkungskreis „Wahrnehmung der Rechte der Kinder im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren zur Abschichtungsvereinbarung betreffend die Erbfolge nach Herr H B sowie die Erbfolge nach Herr J B aus notarieller Urkunde vom 17.11.2017“ an und wählte den Beteiligten als Ergänzungspfleger aus. Zur Begründung verwies das Familiengericht darauf, dass die drei Kinder das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten und sie deshalb ihre Rechte nicht selbst wahrnehmen könnten. Da die zu erlassende familiengerichtliche Genehmigung entsprechend § 41 Abs. 3 FamFG zwingend auch den drei nicht verfahrensfähigen Kindern zuzustellen sei, bedürfe es der Bestellung eines Ergänzungspflegers, dem die zu erteilende Genehmigung zuzustellen sei und der über die Ausübung des Beschwerderechts der Kinder entscheide.

**4** Gegen den familiengerichtlichen Beschluss wenden sich die drei Kinder mit ihrer Beschwerde, mit der sie die Aufhebung des Beschlusses begehren. Sie meinen, es sei zwar richtig, dass eine zu erteilende familiengerichtliche Genehmigung ihnen mangels Verfahrensfähigkeit nicht zugestellt werden könne, dass aber ihrer Mutter zugestellt werden könne und eine Ergänzungspflegschaft deshalb nicht erforderlich sei. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei Ergänzungspflegschaft nur anzuordnen, wenn im Einzelfall festgestellt werde, dass das Interesse des Minderjährigen zu dem seines gesetzlichen Vertreters in erheblichem Gegensatz stünde. Davon könne in der vorliegenden Konstellation keine Rede sein, weil die Interessen von Mutter und Kindern gleich gerichtet seien. Zudem ergebe sich aus der Abschlussscheinbarung, dass die Erbeserben alle gleich behandelt würden und der Abschluss der Abschlussscheinbarung zu keiner Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach Herrn J B führe.

**5** Der bestellte Ergänzungspfleger verweist darauf, dass die Gründe, die das Familiengericht zur Anordnung der Ergänzungspflegschaft bewegen haben, ihm nicht bekannt seien. Ohne das im Einzelnen abschließend beurteilen zu können, halte er es vom Grundsatz her jedoch für nicht ausgeschlossen, dass die Interessen der Mutter und diejenigen der Kinder in Konflikt geraten könnten, weil die Mutter zugleich neben den Kindern (Erbes-)Erbin sei.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**6** II. 1. Die Beschwerde der Kinder ist zulässig: Nachdem der familiengerichtliche Beschluss den Kindern auf telefonische Nachfrage ihres Verfahrensbevollmächtigten nach dem Sachstand am 28.5.2018 formlos übersandt wurde, das Rechtsmittel aber bereits am 7.6.2018 beim Familiengericht einging, wurde die Beschwerde rechtzeitig und in der gehörigen Form angebracht (§ 58 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 64 FamFG). Zwar sind die drei Kinder nicht verfahrensfähig (§ 9 Abs. 1 FamFG), aber für sie handelt ihre alleinvertretungsberechtigte Mutter (§ 9 Abs. 2 FamFG, § 1629 Abs. 1 Satz 1 und 3, § 1680 Abs. 1 BGB). Die Kinder sind auch berechtigt, Beschwerde zu erheben (§ 59 Abs. 1 FamFG), weil sie durch den angegriffenen Beschluss in ihrem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Recht auf Ausübung der elterlichen Sorge allein durch denjenigen Elternteil, der hierzu von Gesetzes wegen bestimmt ist, beeinträchtigt werden (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 59 Rdnr. 70 Stichwort „Kind“).

**7** 2. Die Beschwerde der Kinder ist auch in der Sache begründet:

**8** a) Der mit der Anordnung von Ergänzungspflegschaft einhergehende Eingriff in das Recht der Kinder, dass die elterliche Sorge für sie nur durch den von Gesetzes wegen hierzu berufenen Elternteil bzw. die sonst hierzu berufene Person ausgeübt wird, ist nur gerechtfertigt, wenn die Mutter daran gehindert war, sie bei Abschluss der notariell beurkundeten Abschlussscheinbarung zu vertreten, es sich bei der Abschlussscheinbarung um ein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft gehandelt haben sollte oder wenn im konkreten Einzelfall festgestellt wäre, dass das Interesse der Kinder zu demjenigen ihrer Mutter im erheblichen Gegensatz steht. Keine dieser Konstellationen ist vorliegend jedoch gegeben:

**9** b) Die Mutter war nicht daran gehindert, die Kinder bei Abschluss der Abschlussscheinbarung zu vertreten:

**10** (aa) Das Vertretungsrecht der Mutter ist nicht von Gesetzes wegen gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 1795

Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Die in § 1795 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BGB geregelten Konstellationen liegen bereits tatbestandlich nicht vor. Der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB geregelte Fall liegt ebenfalls nicht vor. Denn die anderen vertragsschließenden Teile der Abschlussscheinbarung – die weiteren Söhne und Töchter des verstorbenen Herrn H B sowie dessen Witwe – sind mit den Kindern nicht, wie § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB das verlangt, in gerader Linie verwandt, sondern lediglich in der Seitenlinie – die Söhne und Töchter des Verstorbenen sind die Onkel und Tanten der Kinder (§ 1589 Abs. 1 Satz 2 BGB) – und die Witwe des Verstorbenen ist mit den Kindern verchwägert (§ 1590 Abs. 1 BGB).

**11** (bb) Das Vertretungsrecht der Mutter ist auch nicht gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB ausgeschlossen: Bei der Abschlussscheinbarung handelt es sich um einen von der Praxis entwickelten Weg zur persönlichen Teilausandersetzung einer Erbengemeinschaft, bei der Miterben gegen Zahlung einer Abfindung aus der Erbengemeinschaft ausscheiden. Die Abschlussscheinbarung ist dadurch gekennzeichnet, dass der ausscheidende Miterbe ausschließlich auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft verzichtet, diese aber – anders als bei einer Erbteilsübertragung – nicht auf bestimmte andere Rechtsnachfolger überträgt, sondern der Erbanteil des ausgeschiedenen Miterben wächst den übrigen, verbleibenden Miterben kraft Gesetzes an (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.1998, IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8 = FamRZ 1998, 673, juris Rdnr. 14 ff. sowie Burandt/Rojahn/Flechtnner, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2042 BGB Rdnr. 34). Übertragen auf die konkrete Situation der Mutter und der drei Kinder ergibt sich hieraus, dass zwischen Mutter und den Kindern keine „gegenschaftliche Stellung“ besteht und damit gerade nicht die Situation gegeben ist, auf die § 181 BGB abzielt; dass nämlich der Vertreter (= die Mutter) auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts auftritt und ein Geschäft im eigenen Namen mit sich selbst als der gesetzlichen Vertreterin der Kinder abschließt (vgl. Palandt/Ellenberger, 77. Aufl. 2018, § 181 Rdnr. 7; Palandt/Götz, § 1795 Rdnr. 7). Vielmehr stehen Kinder und Mutter beide gemeinsam auf der nämlichen Seite des Rechtsgeschäfts: Sie – also die Mutter sowie die Kinder, vertreten durch die Mutter – treten gemeinsam auf als Erbeserben, die für den „eigentlichen“ Vertragspartner der Abschlussscheinbarung, den nachverstorbenen Miterben J B in die Erbengemeinschaft nach Herrn H B kraft Gesetzes eingetreten sind (§ 1967 BGB). Sie „repräsentieren“ ihren verstorbenen Vater bzw. Ehemann; dessen erbrechtliche Position ist auf sie kraft Erbanges übergegangen. Ihnen kommt folglich eine gesamthänderisch gebundene Unterbeteiligung an der Erbengemeinschaft nach Herrn H B zu (vgl. Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2032 Rdnr. 2), die von ihnen nur gemeinschaftlich verwaltet bzw. wahrgenommen werden kann (§ 2038 Abs. 1 BGB). Für § 181 BGB ist aber anerkannt, dass die Vorschrift nicht eingreift, sobald der Vertreter keine „gegenläufigen“ Willenserklärungen, sondern wie hier parallele Willenserklärungen abgibt; er also zwei Vertragsparteien auf der gleichen Vertragsseite vertritt und im eigenen Namen sowie zugleich im fremden Namen mit einem Dritten kontrahiert: Diese Form von Rechtsgeschäften ist nicht von § 181 BGB erfasst und unterliegt deshalb auch nicht dem Genehmigungserfordernis nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795

Abs. 2, § 181 BGB (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.2.2007, 1 UF 371/06, NJW-RR 2007, 1308, juris Rdnr. 14 sowie MünchKomm-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 181 Rdnr. 22; Palandt/Ellenberger, § 181 Rdnr. 7; Mahlmann, ZEV 2009, 320, 321).

**12** Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Abschlachtungsvereinbarung auch Bestimmungen über die Erbengemeinschaft nach Herrn J B enthalten würde; namentlich, wenn mit der Abschlachtungsvereinbarung eine Auseinandersetzung des Nachlasses nach Herrn J B oder – wie auch immer gear-tete – Verfügungen über die Erbschaft oder über Teile der Erbschaft nach ihm beinhalten würde (§ 1643 Abs. 2 BGB); das ist jedoch nicht der Fall. Die Abschlachtungsvereinbarung betrifft allein den Nachlass nach Herrn H B; es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen den Erben und Erbeserben des Herrn H B.

**13** (cc) Aus letztlich den gleichen Erwägungen ist der Mutter auch nicht das Vertretungsrecht für die drei Kinder zu entziehen (§ 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB): Eine Entziehung des Vertretungsrechts kommt nur in Betracht, wenn im konkreten Einzelfall festgestellt ist, dass das Interesse der Kinder zu dem Interesse des Elternteils in erheblichem Gegensatz steht (vgl. BGH, Beschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640, juris Rdnr. 12 ff.). Das ist nicht der Fall. Im Gegenteil; eine derartige Annahme wäre mehr als fernliegend. Denn die Mutter und die Kinder stehen sich nicht in gegnerschaftlicher Stellung gegenüber, sondern sind gemeinsam Mitglieder der nämlichen Erbengemeinschaft nach Herrn J B. Die Abfindung, die ihnen nach der Abschlachtungsvereinbarung zustehen soll, kommt ihnen stets nur in gesamthänderischer Verbundenheit entsprechend der Höhe ihrer Erbquote am Nachlass des J B zu. Daher ist ein erheblicher Interessengegensatz zwischen der Mutter und den Kindern in Bezug auf den Abschluss einer Abschlachtungsvereinbarung mit den Miterben nach Herrn H B von vornherein nicht vorstellbar.

**14** c) Im konkreten Fall bedarf die Mutter für den Abschluss der Abschlachtungsvereinbarung für die drei Kinder auch nicht einer familiengerichtlichen Genehmigung:

**15** (aa) Das Rechtsgeschäft ist nicht bereits nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig: Zum Nachlass nach Herrn H B gehören zwar mehrere Grundstücke bzw. Wohnungseigentumsrechte. Mit dem Abschluss der Abschlachtungsvereinbarung wird aber nicht über ein Grundstück verfügt; dadurch wird ein Grundstück weder übertragen noch belastet oder auf andere Weise der Inhalt eines Grundstücksrechts verändert (vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rdnr. 20 f. sowie ergänzend OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.3.2015, 20 W 76/15, ErbR 2017, 38, juris Rdnr. 5). Vielmehr verzichten die ausscheidenden (Erbes-)Erben mit der Abschlachtungsvereinbarung lediglich auf ihre Mitgliedschaftsrechte in der Erbengemeinschaft nach Herrn H B (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.1998, IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8 = FamRZ 1998, 673, juris Rdnr. 18).

**16** (bb) Das Rechtsgeschäft ist auch nicht gemäß § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig, weil die Kinder sich mit dem Abschluss der Abschlachtungsvereinbarung nicht zur Verfügung über eine ihnen angefallene Erbschaft ver-

pflichten, sondern sie lediglich auf ihre Rechte als Mitglieder der Erbengemeinschaft verzichten, ohne dass sie die Mitgliedschaftsrechte auf einen bestimmten Rechtsnachfolger übertragen oder sie sich zu einer Übertragung verpflichten würden (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.1998, IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8 = FamRZ 1998, 673, juris Rdnr. 18 sowie Staudinger/Veit, Neub. 2014, § 1822 Rdnr. 27; Palandt/Götz, § 1822 Rdnr. 3).

**17** (cc) Zwar wird mit dem Abschluss der Abschlachtungsvereinbarung der Nachlass nach Herrn H B in persönlicher Hinsicht teilweise auseinandergesetzt (vgl. Burandt/Rojahn/Flechtner, Erbrecht, § 2042 BGB Rdnr. 34). Aber im Gegensatz zu einem Vormund, der für den Abschluss eines entsprechenden Erbteilungsvertrages der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf (§ 1822 Nr. 2 BGB), benötigt die Mutter für den Abschluss eines Erbteilungsvertrages grundsätzlich keine familiengerichtliche Genehmigung, weil § 1822 Nr. 2 BGB von der in § 1643 Abs. 1 BGB ausgesprochenen Verweisung gerade ausgenommen ist (vgl. Palandt/Götz, § 1643 Rdnr. 2) und der mit der Abschlachtungsvereinbarung verbundene Verzicht auf die Mitgliedschaftsrechte in der Erbengemeinschaft nach Herrn H B auch nicht aus anderen Gründen eine Genehmigungspflicht nach § 1643 BGB nach sich zieht. Denn eine Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses nach Herrn H B im Sinne des § 1643 Abs. 2 BGB ist damit ebenfalls nicht verbunden.

**18** d) Da die Mutter nach dem Gesagten keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, um für die Kinder die Abschlachtungsvereinbarung abzuschließen, erübrigt sich von vornherein die Bestellung eines Ergänzungspflegers, damit dieser für die Kinder deren Verfahrensrechte im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren wahrnehmen und prüfen kann, ob gegen die Genehmigung Rechtsmittel einzulegen ist. Hinzukommt, dass der spezifische, konkrete Interessengegensatz fehlt, der nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640, juris Rdnr. 12 ff.) erforderlich sein muss, damit dem Elternteil die Vertretungsmacht nach § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB entzogen werden kann; insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Die Rechtsprechung des BVerfG (Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731) steht, wie bereits der BGH ausgeführt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, a. a. O., juris Rdnr. 16 ff.) nicht entgegen: Anders als im Fall des BVerfG der dortige, zugleich als Vertreter tätige Nachlasspfleger war die Mutter, wie deren Verfahrensbevollmächtigter in seiner Stellungnahme vom 5.1.2018 gegenüber dem Urkundsnotar ausgeführt hat, gerade nicht an der Ausarbeitung der Abschlachtungsvereinbarung und den ihr vorausgehenden, langwierigen Verhandlungen beteiligt, sondern dies oblag allein dem nachverstorbenen Herrn J B.

**19** Damit ist der Beschwerde stattzugeben und der angegriffene Beschluss des Familiengerichts aufzuheben.

(...)

## 13. Erbverzicht bei Scheidung und Wiederheirat

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.2.2017, I-3 Wx 16/17

BGB § 157

FamFG § 58

### LEITSATZ:

**Verzichten Eheleute in einem während einer Ehekrise geschlossenen notariellen Ehevertrag mit Blick auf ihre demnächst aufzulösende häusliche Gemeinschaft und eine etwaige Scheidung auf ihre „gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte am dereinstigen Nachlass“ des Erstversterbenden und bestimmen sie, dass die getroffenen Vereinbarungen mit dieser Maßgabe sowohl die Zeit in der sie in Zukunft „getrennt leben sollten“, als auch den Fall der Ehescheidung regeln, so greift der in der Urkunde erklärte Erbverzicht nicht, wenn sich die Eheleute erst scheiden lassen und sodann erneut heiraten.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist die Witwe des Erblassers, die Beteiligte zu 2 ist eine seiner beiden Töchter.

2 Der Erblasser heiratete die Beteiligte zu 1 erstmals am 29.5.1974.

3 Als es zwischen den Eheleuten kriselte, schlossen diese am 14.1.1999 einen Ehevertrag.

4 In der Vorbemerkung zu diesem Vertrag heißt es:

„Wir werden unsere häusliche Lebensgemeinschaft demnächst auflösen und tragen uns mit dem Gedanken, uns scheiden zu lassen.“

Im Hinblick auf eine etwaige Scheidung unserer Ehe treffen wir die folgenden Vereinbarungen. (...). Mit dieser Maßgabe regeln die Vereinbarungen sowohl die Zeit, in der wir in Zukunft getrennt leben sollten, als auch den Fall der Ehescheidung.“

Unter Abschnitt B verzichteten die Eheleute auf ihre „gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte am dereinstigen Nachlass“ des Erstversterbenden.

5 Am 29.12.2009 heiratete der Erblasser die Beteiligte zu 1 erneut.

6 Unter dem 26. Oktober haben die Beteiligten zu 1 und 2 auf der Grundlage der gesetzlichen Erbfolge einen Erbschein beantragt. Sie haben geltend gemacht, der Erb- und Pflichtteilsverzicht habe aufgrund der erneuten Eheschließung keine Bedeutung mehr.

7 Die andere Tochter des Erblassers hat der Erteilung des beantragten Erbscheins zugestimmt.

8 Durch Beschluss vom 9.1.2017 hat das AG den Antrag zurückgewiesen und ausgeführt, gegenüber dem erklärten Erbvertrag könne nicht eingewandt werden, die Geschäftsgrundlage habe gefehlt oder sei weggefallen.

9 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 17.1.2017, der das AG durch Beschluss vom 24.1.2017 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG vorgelegt hat. (...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Die gemäß § 58 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

12 1. Das AG hat den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zu Unrecht abgelehnt.

13 Der Senat teilt die Auffassung der Beteiligten zu 1 und 2, dass der im notariellen Vertrag vom 14.1.1999 enthaltene Erbverzicht der Erteilung des Erbscheins nicht entgegensteht.

14 Die Eheleute haben in der Vormerkung des notariellen Vertrages ausdrücklich die Motivation für die nachfolgenden Regelungen festgehalten und bestimmt, dass sie „sowohl für die Zeit, in der wir in Zukunft getrennt leben sollten, als auch den Fall der Ehescheidung“ regeln.

15 Die nachfolgenden Vereinbarungen wurden also nur für den Fall einer tatsächlichen (endgültigen) Trennung geschlossen, wie sich aus der Formulierung „getrennt leben sollten“ ergibt. Das gilt auch für den bei dieser Gelegenheit in derselben Urkunde erklärten Erbverzicht, der sich nur auf die damals bestehende Ehe beziehen konnte und nicht greift, wenn sich die Eheleute erst scheiden lassen und dann erneut heiraten. Durch die im Dezember 2009 geschlossene (zweite) Ehe mit der Beteiligte zu 1 wurden die Erbansprüche der Beteiligten zu 1 erstmals (wieder) begründet.

16 Hierin unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von der in dem angefochtenen Beschluss zitierten Entscheidung des BGH (vom 4.11.2011, NJW 1999, 789), in dem es um den Erbverzicht des Sohnes gegenüber seiner Mutter ging.

17 Daher war der angefochtene Beschluss aufzuheben. Das AG wird über den Antrag unter Beachtung der Erwägungen dieses Beschlusses erneut zu befinden haben.

(...)

### ANMERKUNG:

Von Notarin Dr. **Susanne Kappler**, Arnstorf

#### 1. Die Entscheidung

Die notarielle Beratung anlässlich Eheschließung und Ehescheidung umfasst nicht nur familienrechtliche, sondern zu meist auch erbrechtliche Fragen. Es wäre wohl kaum leger artis, scheidungswillige Ehegatten nicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht sowie die Möglichkeit eines wechselseitigen Verzichts hinzuweisen.<sup>1</sup> In dem der besprochenen Entscheidung zugrunde liegenden Fall haben die Ehegatten in der Ehekrise zu notarieller Urkunde dann auch einen wechselseitigen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht erklärt. Später ließen sich die Ehegatten scheiden – und heirateten sich erneut. Der Ehemann verstarb und die Witwe und eine der beiden Töchter des Erblassers beantragten einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge. Die Vorinstanz wies den Antrag unter Verweis auf den erklärten Erbverzicht zurück.<sup>2</sup> Dem tritt das OLG Düsseldorf entgegen: Der Erbverzicht stehe der Erteilung des beantragten Erbscheins nicht entgegen, denn der Verzicht habe sich nur auf die damals bestehende Ehe (und das damalige Ehegatten-erbrecht) bezogen und greife bei Scheidung und Wiederheirat nicht.<sup>3</sup>

1 Dazu *Keim*, FPR 2006, 145.

2 AG Mönchengladbach, Urteil vom 9.1.2017, 15 VI 914/16, BeckRS 2017, 120730.

3 Rdnr. 14 f. der besprochenen Entscheidung.

## 2. Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten regeln die §§ 1931 ff. BGB. Der Ehegatte wird – in Ermangelung einer (wirksamen) letztwilligen Verfügung – gesetzlicher Erbe, wenn er den Erblasser überlebt (§ 1923 BGB) und mit ihm bis zu dessen Tod in rechtsgültiger Ehe verheiratet war.<sup>4</sup> Ein gesetzliches Erbrecht des Ehegatten besteht folglich nicht bei einem Verstoß gegen § 1310 BGB (wenn also eine Nichtehe vorlag)<sup>5</sup> oder die Ehe vor dem Tod des Erblassers rechtskräftig geschieden (§ 1564 BGB) oder rechtskräftig aufgehoben (§ 1313 BGB) wurde.<sup>6</sup> Gemäß § 1933 BGB ist das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten bereits dann ausgeschlossen,<sup>7</sup> wenn im Todeszeitpunkt die Voraussetzungen der Ehescheidung gegeben waren (§§ 1565 ff. BGB) und der Erblasser die Scheidung beantragt<sup>8</sup> oder ihr zugestimmt<sup>9</sup> hat, § 1933 Satz 1 BGB; ebenso, wenn der Erblasser berechtigt war, die Aufhebung der Ehe zu beantragen und den Antrag gestellt hat, § 1933 Satz 2 BGB. Bis dahin überbrückt ein Erbverzicht Unwägbarkeiten.

## 3. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten

Das OLG Düsseldorf meint nun, der anlässlich der Krise der ersten Ehe erklärte Erbverzicht könne sich nur auf diese Ehe beziehen, greife aber nicht, wenn sich die Eheleute erst scheiden lassen und dann erneut heiraten.<sup>10</sup> Mit jeder Eheschließung soll also ein (neues und eigenständiges) gesetzliches Erbrecht des Ehegatten entstehen, das mit jeder lebzeitigen Auflösung der Ehe (unwiederbringlich) erlischt; folglich soll sich ein zwischen Ehegatten erklärter Erbverzicht nur auf das in der aktuellen Ehe bestehende Erbrecht, nicht auf das einer künftigen Ehe infolge Wiederheirat beziehen.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass auch der Verzicht auf ein *ungewisses* oder *künftiges* gesetzliches Erbrecht möglich ist und für Verlobte in § 2347 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB a. F. sogar ausdrücklich gesetzlich geregelt war.<sup>11</sup> Ein Verzicht auch auf das nach Wiederheirat künftige, erst entstehende Ehegattenerbrecht war also nicht von vornherein ausgeschlossen (zumindest missverständlich ist insoweit die Aussage des OLG Düsseldorf, dass sich der Erbverzicht nur „auf die damals bestehende Ehe beziehen konnte“<sup>12</sup>). Fraglich ist damit jedenfalls, ob sich die Begründung des OLG Düsseldorf auch dann als tragfähig erweist, wenn der

Verzicht auf das Ehegattenerbrecht nicht anlässlich der Ehescheidung, sondern anlässlich eines vorsorgenden Ehevertrages, mithin vor Eheschließung erklärt wird. Betrifft er dann nur das aktuell bevorstehende Ehegattenerbrecht und verbraucht sich mit der ersten Ehe<sup>13</sup> oder betrifft er in diesem Fall jedes künftig entstehende Ehegattenerbrecht auch der zweiten oder gar dritten Ehe?

Außen vor lässt das OLG Düsseldorf auch, dass sich *andere Ereignisse* zwischen Abschluss des Verzichtsvertrages und dem Tod des Erblassers nach überwiegender Auffassung nicht auf die Wirksamkeit und die Reichweite des Erbverzichts auswirken,<sup>14</sup> weil davon auszugehen ist, dass sich der Verzicht „nicht auf das dem Verzichtenden zur Zeit des Vertragsschlusses zustehende hypothetische gesetzliche Erbrecht“, sondern vielmehr auf „das gesetzliche Erbrecht des Verzichtenden, so wie es ohne den Verzicht beim Tod des Erblassers bestehen würde“, bezieht.<sup>15</sup> So ist es ohne Einfluss auf Wirksamkeit und Reichweite des Erbverzichts, wenn sich die Erbquote zwischen Verzicht und Erbfall erhöht, etwa weil ein weiterer gesetzlicher Erbe wegfällt oder erbfolgerrelevante güterrechtliche Vereinbarungen getroffen werden.<sup>16</sup>

Dennoch ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf im konkreten Fall richtig. Den Vertragsschließenden ist es nämlich unbenommen, den Erbverzicht *einzuschränken*.<sup>17</sup> Und genau das ist hier wohl auch geschehen: Der Vorbemerkung des notariellen Vertrages, wonach dieser Regelungen enthält sowohl für „die Zeit, in der wir in Zukunft getrennt leben sollten, als auch den Fall der Ehescheidung“,<sup>18</sup> lässt sich – jedenfalls im Wege der Auslegung – entnehmen, dass sich der Verzicht tatsächlich nur auf das für die aktuelle Ehe bestehende Erbrecht erstrecken sollte.<sup>19</sup> Ein infolge Wiederheirat neu entstehendes gesetzliches Erbrecht hatten die Ehegatten zu diesem Zeitpunkt nicht im Blick und ein solches war auch nicht Gegenstand ihrer Regelung.

Die Rechtsprechung des BGH, wonach einem Erbverzicht nach Eintritt des Erbfalls nicht mehr entgegengehalten werden kann, die Geschäftsgrundlage fehle oder der bezweckte Erfolg sei nicht eingetreten, weil die Erbfolge mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen müsse und grundsätzlich nicht noch nach beliebig langer Zeit wieder umgestoßen werden könne,<sup>20</sup> steht dem nicht entgegen. Der Verzicht war hier von Anfang an auf das aus der aktuellen Ehe resultierende Erbrecht beschränkt, ein Rückgriff auf § 313 BGB mithin nicht erforderlich. Selbst wenn man diese Beschränkung des Verzichts als auflösende Be-

4 Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 1931 Rdnr. 1.

5 Erman/Lieder, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1931, Rdnr. 5.

6 Erman/Lieder, BGB, § 1931 Rdnr. 6.

7 Zu den Unwägbarkeiten des § 1933 BGB siehe Keim, FPR 2006, 145.

8 Nach h. M. muss der Scheidungsantrag rechtshängig sein, so NK-BGB/Kroiß, 4. Aufl. 2014, § 1933 Rdnr. 2.

9 Zu den Einzelheiten NK-BGB/Kroiß, § 1933 Rdnr. 5.

10 Rdnr. 14 f. der besprochenen Entscheidung.

11 Staudinger/Schotten, Neub. 2006, § 2346 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 7. Aufl. 2017, § 2346 Rdnr. 7.

12 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung (ohne Hervorhebung im Original).

13 So wohl Kessel, RNotZ 390, 391.

14 Staudinger/Schotten, § 2346 Rdnr. 20 ff. m. w. N.

15 Staudinger/Schotten, § 2346 Rdnr. 20.

16 Staudinger/Schotten, § 2346 Rdnr. 21 f.; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2346 Rdnr. 31.

17 Staudinger/Schotten, § 1346 Rdnr. 28; Palandt/Weidlich, § 2346 Rdnr. 3.

18 Rdnr. 4 der besprochenen Entscheidung.

19 Zustimmend auch Kessel, RNotZ 2017, 390, 391.

20 BGH, Urteil vom 4.11.1998, IV ZR 327/97, MittBayNot 1999, 191, 192.

dingung<sup>21</sup> bei Wiederheirat konstruieren möchte, so musste diese Bedingung – zwangsläufig – vor dem Erbfall eintreten und konnte von vornherein zu keiner Unsicherheit bei der gesetzlichen Erbfolge führen.

#### 4. Gestaltungshinweise

Zwingend Anlass, die Vertragsmuster für *Scheidungsvereinbarungen* zu überarbeiten, gibt die Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht. Für den ohnehin seltenen Fall der erneuten Wiederheirat ein und derselben Ehegatten vollzieht das Gericht den Willen der Ehegatten hier zutreffend nach. Eine Klarstellung, ob der Erbverzicht im Falle einer erneuten Eheschließung entfällt, erscheint überflüssig, wenngleich natürlich anders gelagerte Sachverhalte mit Fortgeltungswillen auch für den Fall einer späteren Wiederheirat denkbar sind – so etwa bei gleichzeitiger Überschuldung eines Ehegatten oder dem beiderseitigen und vordringlichen Wunsch auf Weitergabe des Vermögens ausschließlich an die Kinder (hier ist freilich § 2350 Abs. 1 BGB zu beachten); das wäre dann in der Tat Auslegungsfrage (vergleichbar § 2077 Abs. 3 BGB<sup>22</sup>). Eher schon könnte für Verzichtverträge vor Eheschließung über eine Klarstellung zur Reichweite des Verzichts nachgedacht werden.

Zu gestalterischer Vorsicht mahnt im Übrigen die Auffassung des OLG Düsseldorf, aus der Formulierung „getrennt leben sollten“ ergebe sich, dass der Erbverzicht „nur für den Fall einer tatsächlichen (endgültigen) Trennung geschlossen“ sei.<sup>23</sup> Auch das klingt sehr nach beschränktem oder bedingtem Erbverzicht. Eine solche Beschränkung oder Bedingung dürfte aber kaum dem Willen der Ehegatten entsprechen und würde – bei allen Unwägbarkeiten etwa des Getrenntlebens innerhalb der Ehwohnung, § 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>24</sup>, vor allem aber bei (gescheiterten) Versöhnungsversuchen, vgl. § 1567 Abs. 2 BGB<sup>25</sup> – zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Regelungen in Scheidungsvereinbarungen sollen in der Regel sofort und unabhängig von (endgültiger) Trennung und tatsächlicher Scheidung gelten; hierauf sollte bei der Formulierung geachtet werden.<sup>26</sup>

21 Zur Zulässigkeit eines bedingten Erbverzichts, insbesondere zum Bedingungseintritt nach dem Erbfall Palandt/Weidlich, § 2346 Rdnr. 10; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2346 Rdnr. 25 f.

22 Hierzu auch für den Fall erneuter Wiederheirat jüngst OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.3.2017, I-3 Wx 186/16, ZEV 2017, 354.

23 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

24 Dazu BeckOGK/S. Kappler, Stand: 1.8.2018, § 1567 BGB Rdnr. 28 ff.

25 Dazu BeckOGK/S. Kappler, § 1567 BGB Rdnr. 70 ff.

26 Ähnlich Kessel, RNotZ 2017, 390, 391.

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 14. Zur ergänzenden Testamentsauslegung

BGH, Beschluss vom 12.7.2017, IV ZB 15/16 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.8.2016, 3 Wx 74/16)

BGB §§ 2084, 2087 Abs. 2, § 2088 Abs. 1, § 2100

#### LEITSÄTZE:

1. **Wenn der Erblasser durch letztwillige Zuwendung einer Sachgesamtheit den Nachlass erschöpfen und gleichzeitig einen Bedachten zum Alleinerben einsetzen wollte, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die durch Auslegung ermittelte Erbeinsetzung nach dem Regelungsplan des Erblassers auch einen nachfolgenden, unvorhergesehenen Vermögenserwerb erfassen sollte.**
2. **Eine Erbeinsetzung kann trotz Zuwendung nur einzelner Gegenstände anzunehmen sein, 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. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die verwitwete Erblasserin verstarb am 11.10.2015 mit letztem Wohnsitz in X. Sie hinterließ keine Kinder. Der Beteiligte zu 2 war ihr letzter Lebensgefährte. Der Beteiligte zu 1 ist ihr Bruder, die Beteiligte zu 4 dessen Ehefrau. Die Beteiligte zu 3 ist eine Großnichte des vorverstorbenen Ehemannes und das Patenkind eines ebenfalls vorverstorbenen, früheren Lebensgefährten der Erblasserin.

2 Unter dem 3.9.2007 errichtete die Erblasserin ein eigenhändiges Testament folgenden Inhalts:

„Mein letzter Wille Für den Fall meines Todes verfüge ich:

1) Haus- und Grundbesitz in X, An d. H. S. 5a, incl. der gesamten Einrichtung sollen [dem Beteiligten zu 2] bis an sein Lebensende zur eigenen Nutzung zur Verfügung stehen. Er ist verpflichtet den gesamten Besitz zu pflegen, ausreichend zu versichern und erforderliche Reparaturen zu veranlassen.

2) Nach dem Ableben [des Beteiligten zu 2] geht das gesamte Objekt an [die Beteiligte zu 3] über.

3) Eventuell noch vorhandenes Bar- oder Anlagevermögen sollen für meine Beerdigung und die Grabpflege der Gruft und des Einzelgrabes meiner Mutter eingesetzt werden.

4) Meinen Schmuck soll meine Schwägerin [die Beteiligte zu 4] erhalten. Hier hat jedoch [der Beteiligte zu 2] das Recht des Einbehaltes.“

3 Am 4.6.2015 verstarb ein ehemaliger Kriegskamerad des Vaters der Erblasserin, der sie zu seiner Alleinerbin bestimmt und ein beträchtliches Vermögen hinterlassen hatte.

4 Der Beteiligte zu 1 ist der Auffassung, nach dem Tode seiner Schwester sei gesetzliche Erbfolge eingetreten, während die Beteilig-

te zu 3 meint, testamentarische Erbin geworden zu sein. Beide haben die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der den jeweiligen Antragsteller als Alleinerben der Erblasserin ausweist.

**5** Das Nachlassgericht hat die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 3 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Das OLG hat diese Entscheidung dahin abgeändert, dass es auch den Antrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen hat. Hiergegen richten sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 3 und die Anschlussrechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1, mit denen beide Beteiligten ihre Erbscheinsanträge weiterverfolgen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**6** II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens, soweit der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen worden ist, unter Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 74 Abs. 6 Satz 2 Alt. 1 FamFG).

**7** 1. Das Beschwerdegericht hat in seiner Entscheidung (ZEV 2017, 143) ausgeführt, die Beteiligte zu 3 sei nicht Alleinerbin nach der Erblasserin geworden.

**8** Zwar sei deren Testament ursprünglich in diesem Sinne auszulegen gewesen. Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB, nach der die testamentarische Zuwendung einzelner Gegenstände oder Gruppen von Gegenständen im Zweifel als Vermächtnisanordnung anzusehen sei, greife nicht ein, wenn der Erblasser praktisch sein gesamtes Vermögen unter den bedachten Personen aufteile. Es stehe nicht im Streit, dass die Erblasserin über ihr gesamtes Vermögen zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung verfügt habe. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Erblasserin neben den im Testament angeordneten Zuwendungen die gesetzliche Erbfolge habe eintreten lassen wollen. Nach dem Wertverhältnis der zugewandten Gegenstände sei das Testament zunächst dahin auszulegen gewesen, dass die Beteiligte zu 3 Alleinerbin geworden sei, weil sie nach dem Willen der Erblasserin das Hausgrundstück sowie dessen Einrichtung und damit den im Zeitpunkt der Testamenterrichtung weitaus größten Teil ihres Vermögens erhalten sollte. Dass das Grundstück nach dem Testamentwortlaut erst nach dem Tod des Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 3 übergehen sollte, stehe dem nicht entgegen, da es dem Beteiligten zu 2 lediglich „zur eigenen Nutzung zur Verfügung stehen“ solle, das Eigentum an diesem aber die Beteiligte zu 3 unmittelbar habe erhalten sollen.

**9** Allerdings gebe der Vermögenszuwachs der Erblasserin durch die Erbschaft nach dem Kriegskameraden ihres Vaters Anlass zu einer ergänzenden Testamentsauslegung, die dazu führe, lediglich von einer Teilerbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3 auszugehen. Habe der Erblasser – wie hier – im Testament durch Zuwendung bestimmter Vermögensgegenstände eine Erbeinsetzung vorgenommen, stelle sich die Frage, ob sich daran durch einen weiteren Vermögenserwerb etwas ändere. Im Falle nachträglicher Änderungen in dem bei Testamenterrichtung vorhandenen Vermögensbestand komme die ergänzende Auslegung zur Anwendung, wenn es für die Auslegung auf das Wertverhältnis der zugewandten Gegenstände ankomme.

**10** Eine solche Änderung sei hier eingetreten. Es sei davon auszugehen, dass die der Erblasserin zugewandte Erbschaft eine nennenswerte Summe umfasse, aufgrund derer das Hausgrundstück nun nicht mehr den weitaus größten Vermögensgegenstand im Nachlass der Erblasserin darstelle. Habe der Erblasser nach seiner Vorstellung im Zeitpunkt der Testamenterrichtung im Wesentlichen über sein gesamtes Vermögen verfügt, sei zu prüfen, ob ein späterer Vermögenserwerb dazu führe, im Wege ergänzender Auslegung anstelle der durch Einzelzuwendung gewollten Erbeinsetzung lediglich eine Teilerbeinsetzung anzunehmen. Im vorliegenden Fall sei dem Testament zu entnehmen, dass die Erblasserin beabsichtigt habe, der Beteiligten zu 3 lediglich das Hausgrundstück zuzuwenden. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sie der Beteiligten zu 3 eine Erbenstellung habe zukommen lassen und den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge habe ausschließen wollen. Nachdem die Erblasserin hinsichtlich des aus der Erbschaft erworbenen Vermögens keine Verfügung getroffen habe, greife die gesetzliche Auslegungsregel des § 2088 Abs. 1 BGB ein, nach der hinsichtlich dieses Nachlassteils gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

**11** 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung durfte das Beschwerdegericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 nicht zurückweisen.

**12** Ob das Testament vom 3.9.2007 aufgrund des späteren Vermögenserwerbs ergänzend dahin gehend auszulegen ist, dass die Beteiligte zu 3 als gewillkürte Miterbin anzusehen ist, kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüft werden. Die Aufgabe der (auch ergänzenden) Testamentsauslegung ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann aber mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (vgl. Senatsurteil vom 24.2.1993, IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357, 363 m. w. N.; st. Rspr.). Danach ist eine ergänzende Testamentsauslegung auch dann rechtsfehlerhaft, wenn ihr unzureichende Feststellungen tatsächlicher Art zugrunde liegen oder der Tatrichter anerkannte Auslegungsregeln nicht beachtet hat. Beides ist hier der Fall. Auf der Grundlage der vom Beschwerdegericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen lässt sich nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine ergänzende Auslegung im Streitfall vorliegen.

**13** a) Hierzu ist zunächst erforderlich, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin eine ungewollte Regelungslücke aufweist.

**14** aa) Eine solche liegt vor, wenn ein bestimmter, tatsächlich eingetretener Fall vom Erblasser nicht bedacht und deshalb nicht geregelt wurde, aber geregelt worden wäre, wenn der Erblasser ihn bedacht hätte (vgl. BGH, Urteil vom 28.6.1963, V ZR 15/62, WM 1963, 999 unter II. 4.). Ein nach Testamenterrichtung eingetretenes Ereignis kommt hierfür in Betracht, falls dessen Kenntnis für die Entschließung des späteren Erblassers bedeutsam gewesen wäre (RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2084 Rdnr. 20; vgl. auch Senatsurteil vom 21.6.1954, IV ZR 221/53 unter B. II. 3. [S. 22 f.]; Staudinger/Otte, Neub. 2013, Vor §§ 2064-2086 Rdnr. 77). Das kann auch ein unerwarteter Vermögenserwerb des Erblassers sein (vgl. BayObLG, FamRZ 1989, 1348 f.; KG, NJW 1971, 1992; OLG München, FamRZ

2011, 1817, 1820; MünchKomm-BGB/*Schlichting*, 5. Aufl., § 2087 Rdnr. 12; Staudinger/*Otte*, Vor §§ 2064-2086 Rdnr. 90).

**15** Ob danach von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Verfügung von Todes wegen auszugehen ist, kann nicht schematisch anhand des Wortlauts der letztwilligen Verfügung festgestellt werden. Vielmehr ist eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände bei Testamentserrichtung vorzunehmen (MünchKomm-BGB/*Leipold*, 7. Aufl., § 2084 Rdnr. 84; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2084 Rdnr. 38).

**16 bb)** Legt man die – von der Rechtsbeschwerde als für sie günstig hingenommene – Annahme des Beschwerdegerichts zugrunde, die testamentarische Zuwendung des Hausgrundstücks sei als unbedingte Einsetzung der Beteiligten zu 3 als Alleinerbin anzusehen, fehlt es bisher an tragfähigen Feststellungen zu einer ungewollten Regelungslücke.

**17** Allein der Umstand, dass die Erblasserin durch Zuwendung einzelner Gegenstände über ihr gesamtes Vermögen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung verfügte, dabei aber keine gesonderte Anordnung hinsichtlich der späteren Erbschaft nach dem Kriegskameraden ihres Vaters traf, macht ihr Testament nicht ohne Weiteres lückenhaft, weil insoweit nicht isoliert auf den Verfügungstext abgestellt werden kann. Vielmehr ist dann, wenn der Erblasser durch Zuwendung einer Sachgesamtheit den Nachlass erschöpfen und gleichzeitig einen Bedachten zum Alleinerben einsetzen wollte, im Einzelfall zu prüfen, ob die durch Auslegung ermittelte Erbeinsetzung nach dem Regelungsplan des Erblassers auch einen nachfolgenden, unvorhergesehenen Vermögenserwerb erfassen sollte (vgl. *Soergel/Loritz*, BGB, § 2087 Rdnr. 19).

**18** Diese Prüfung ist – entgegen der Meinung des Beschwerdegerichts – von der Frage zu trennen, ob sich durch den späteren Vermögenszufluss an der Erbeinsetzung, die in der Zuwendung von Vermögensstücken zu erblicken ist, selbst etwas ändert. Dies hat der Senat in seinem vom Beschwerdegericht zitierten Urteil vom 22.3.1972 (IV ZR 134/70) abgelehnt und ausgeführt, für die – nicht ergänzende – Auslegung sei nur der bei Testamentserrichtung vorhanden gewesene Wille des Erblassers maßgebend (FamRZ 1972, 561 unter 3.; bestätigt durch Senatsurteil vom 16.10.1996, IV ZR 349/95, NJW 1997, 392 unter 2. b); a. A. *Otte*, ZEV 2017, 146). Ein solcher ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtplan des Erblassers, der diesem Willen zugrunde liegt und für die Ermittlung einer Regelungslücke bestimmend ist.

**19** Insofern geht das Beschwerdegericht fehl, wenn es annimmt, dass die ergänzende Testamentsauslegung im Falle nachträglicher Änderungen in dem bei Testamentserrichtung vorhandenen Vermögensbestand eröffnet sei, falls es für die Testamentsauslegung auf das Wertverhältnis der zugewandten Gegenstände ankomme. Vielmehr ist auch in solchen Konstellationen im jeweiligen Einzelfall zunächst zu klären, ob sich die kraft Auslegung ermittelten letztwilligen Verfügungen des Erblassers angesichts der damit verfolgten Ziele als lückenhaft erweisen (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 84; *Kanzleiter*, MittBayNot 2011, 508, 509).

**20 cc)** Ob sich im Streitfall eine ungewollte Regelungslücke ergibt, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Der Senat kann dies nicht selbst entscheiden, weil sich aus den tatsäch-

lichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen lässt, welchen Regelungsplan die Erblasserin mit ihrem Testament verfolgte.

**21** Zwar führt das Beschwerdegericht aus, die Erblasserin habe der Beteiligten zu 3 ausschließlich ihr Hausgrundstück zuwenden wollen, was für das Vorliegen einer Regelungslücke spräche (vgl. *Soergel/Loritz*, BGB, § 2084 Rdnr. 43). Diese Feststellung steht aber – wie die Rechtsbeschwerde zutreffend rügt – in Widerspruch zur Annahme, dass „ursprünglich“ von der Einsetzung der Beteiligten zu 3 zur Alleinerbin auszugehen gewesen sei.

**22** Entsprechendes gilt für die Aussage des Beschwerdegerichts, es fehle an Anhaltspunkten dafür, dass die Erblasserin der Beteiligten zu 3 eine Erbenstellung habe zukommen lassen wollen; das ist nicht mit den Ausführungen im angefochtenen Beschluss in Einklang zu bringen, dass die Beteiligte zu 3 nach dem Willen der Erblasserin das Eigentum an dem Hausgrundstück als Erbin unmittelbar habe erhalten sollen.

**23 b)** Auch wenn man mit dem Beschwerdegericht eine entsprechende Regelungslücke unterstellt, steht nicht fest, ob im Streitfall eine ergänzende Testamentsauslegung eröffnet wäre, weil dies – wie die Rechtsbeschwerde zu Recht hervorhebt – weiter voraussetzt, dass ein hypothetischer Wille der Erblasserin ermittelt werden kann, anhand dessen die vorhandene Lücke geschlossen werden könnte.

**24 aa)** Dabei handelt es sich nicht um den mutmaßlichen wirklichen Willen der Erblasserin, sondern den Willen, den sie vermutlich gehabt hätte, wenn sie die planwidrige Unvollkommenheit der letztwilligen Verfügung im Zeitpunkt ihrer Errichtung erkannt hätte (vgl. RGZ 142, 171, 175; KG, NJW 1971, 1992; *Prütting/Wegen/Weinreich/Avenarius*, BGB, 11. Aufl., § 2084 Rdnr. 15; RGRK/*Johannsen*, § 2084 BGB Rdnr. 21; *Muscheler*, Erbrecht I, Rdnr. 1863; *Bartz*, NJW 1972, 1174, 1175). Insoweit darf – wie das Beschwerdegericht zu Recht erkannt hat – ein den Verhältnissen entsprechender Erblasserwille nur unterstellt werden, wenn er auf eine bestimmte, durch Auslegung der letztwilligen Verfügung erkennbare Willensrichtung des Erblassers zurückgeführt werden kann (Senatsurteil vom 15.12.1956, IV ZR 238/56, BGHZ 22, 357, 360; RGZ 142, 171, 175). Lässt sich ein solcher Wille nicht feststellen, so muss es trotz vorhandener Regelungslücke bei dem bisherigen Auslegungsergebnis verbleiben (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1997, 121, 123; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 93; *Hammann*, ErbR 2014, 420, 424; wohl a. A. *Otte*, ZEV 2017, 146, 147).

**25 bb)** Auch einen entsprechenden hypothetischen Willen hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Vielmehr hat es ausschließlich auf den von ihm angenommenen tatsächlichen Willen der Erblasserin abgestellt, nach dem die Beteiligte zu 3 nur das Hausgrundstück habe erhalten sollen. Im Übrigen hat es sich darauf beschränkt, das Fehlen von Anhaltspunkten festzustellen, die für eine Erbenstellung der Beteiligten zu 3 und gegen einen letztwilligen Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge sprächen. Von diesem Ansatzpunkt aus konsequent hat es schließlich auf die gesetzliche Auslegungsregel des § 2088 Abs. 1 BGB abgestellt, die indes die Ermittlung des maßgeblichen hypothetischen Erblasserwillens nicht ersetzen kann.

**26 cc)** Die fehlende Feststellung kann der Senat nicht nachholen. Sollte dem Beschwerdegericht eine solche auch nach Zurückverweisung nicht möglich sein, bliebe es bei der Erbeinsetzung, wie sie sich nach Auslegung des Testaments vom 3.9.2007 ergibt.

**27 3.** Die Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 3 erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund im Ergebnis als richtig. Zwar bestehen rechtliche Zweifel an der Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Erblasserin die Beteiligte zu 3 ursprünglich zu ihrer unbeschränkten Alleinerbin eingesetzt habe (hierzu a) und b)). Der Senat kann aber anhand der getroffenen Feststellungen eine entsprechende gewillkürte Erbfolge auch nicht ausschließen (hierzu c)).

**28 a)** Dabei ist es – anders als die Rechtsbeschwerdeerwiderng meint – im Ausgangspunkt aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Zuwendung des Hausgrundstücks im Sinne einer Erbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3 gewertet hat.

**29** Rechtsfehlerfrei hat es seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass im Falle testamentarischer Zuwendung einzelner Gegenstände die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB dann nicht Platz greift, wenn durch Auslegung die Zweifel überwunden sind, die zur gegenteiligen Auslegung als Vermächtnis durchgreifen müssten (Senatsurteil vom 22.3.1972, IV ZR 134/70, FamRZ 1972, 561 unter 3. m. w. N.). Eine Erbeinsetzung kann trotz Zuwendung nur einzelner Gegenstände anzunehmen sein, 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 (Senatsurteil vom 19.1.2000, IV ZR 157/98, ZEV 2000, 195 unter I. 2. b) aa) m. w. N.). Ebenso begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, die Zuwendung des wertmäßigen Hauptnachlassgegenstands, etwa eines Hausgrundstücks, als Erbeinsetzung des Bedachten anzusehen, wenn der Nachlass dadurch 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 (BayObLG, FamRZ 2006, 147, 148; BayObLGR 2005, 34; OLG Naumburg, OLG 2007, 355 f.; RGRK/Johannsen, § 2087 Rdnr. 8).

**30** Dass diese Voraussetzungen für die Zuwendung des Hausgrundstücks durch die Erblasserin an die Beteiligte zu 3 vorliegen, stellt auch die Rechtsbeschwerdeerwiderng nicht in Abrede. Sie meint jedoch, dass damit lediglich besonderer Anlass zu der – vom Beschwerdegericht unterlassenen – Prüfung bestanden habe, ob entgegen § 2087 Abs. 2 BGB eine Erbeinsetzung vorliege (so auch Staudinger/Otte, § 2087 Rdnr. 19). Das trifft indes nicht zu. Vielmehr bildet das Vorliegen einer Erbeinsetzung in solchen Fällen die Regel, weil ansonsten im Falle des Fehlens weiterer Indizien die gesetzliche Zweifelsregelung eingriffe und zu dem vom Erblasser mutmaßlich nicht gewollten Ergebnis führte, dass es an einer Berufung von Erben durch letztwillige Verfügung überhaupt mangelt (vgl. Senatsurteil vom 19.1.1972, IV ZR 1208/68, DNotZ 1972,

500; BayObLGR, a. a. O.; OLG Naumburg, a. a. O.; Münch-Komm-BGB/Rudy, 7. Aufl., § 2087 Rdnr. 9).

**31 b)** Das Beschwerdegericht hat aber rechtsfehlerhaft nicht geprüft, ob im Streitfall ausnahmsweise eine von den vorstehenden Grundsätzen abweichende Testamentsauslegung geboten ist.

**32** Wie die Rechtsbeschwerdeerwiderng zutreffend hervorhebt, kommt es bei der Entscheidung, ob eine Person als Erbe eingesetzt ist, wesentlich darauf an, wer nach dem Willen des Erblassers den Nachlass regeln und die Nachlassschulden, zu denen auch die Bestattungskosten zählen, zu tilgen hat und ob der Bedachte unmittelbare Rechte am Nachlass oder nur Ansprüche gegen andere Bedachte erwerben soll (BayObLG, FamRZ 1986, 604, 605; FamRZ 1986, 835, 837; MünchKomm-BGB/Rudy, § 2087 Rdnr. 8; Soergel/Loritz, BGB, § 2087 Rdnr. 4).

**33** Dabei kommt der im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung geäußerten Annahme des Beschwerdegerichts, die Erblasserin habe der Beteiligten zu 3 allein das Hausgrundstück zuwenden wollen, entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderng keine Bedeutung zu; angesichts der oben dargelegten Widersprüchlichkeit (vgl. hierzu oben unter II. 2. a) cc)) bietet diese Annahme keine tragfähige Auslegungsgrundlage.

**34** Das Beschwerdegericht hat aber im Rahmen seiner Auslegung dem Umstand nur unzureichend Beachtung geschenkt, dass der fragliche Grundbesitz zunächst dem Beteiligten zu 2 bis an sein Lebensende zur Verfügung stehen und dann erst auf die Beteiligte zu 3 übergehen sollte. Die insofern vorgenommene Auslegung als Vermächtnis eines Wohnrechts zugunsten des Beteiligten zu 2 ist zwar denkbar. Dabei hat das Beschwerdegericht aber rechtsfehlerhaft (vgl. hierzu Senatsurteil vom 24.2.1993, IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357, 363) die ebenfalls in Betracht kommende Auslegungsmöglichkeit nicht in Erwägung gezogen, dass der Beteiligte zu 2 als Vorerbe und die Beteiligte zu 3 als Nacherbin im Sinne des § 2100 BGB bedacht sein könnten.

**35 c)** Der Senat kann über die Auslegung des Testaments insoweit nicht selbst entscheiden, weil auch hierfür die tatsächlichen Feststellungen nicht ausreichen.

**36** So ist nicht geklärt, wer nach dem Willen der Erblasserin den Nachlass regeln und die Nachlassverbindlichkeiten tragen sollte. Insbesondere wäre insofern von Belang, wer aus ihrer Sicht die Grabpflegeaufgabe nach Ziffer 3 des Testaments erfüllen sollte; dies wird entgegen der Meinung des Beschwerdegerichts nicht teilweise dadurch beantwortet, dass die Beteiligte zu 3 im Verfügungstext insoweit nicht als Beschwerde benannt wurde.

**37** Dass entsprechende Feststellungen nicht getroffen werden können, steht nicht fest, nachdem der Beteiligte zu 2, der laut seiner schriftlichen Stellungnahme vom 7.12.2015 die letzten 15 Lebensjahre der Erblasserin mit dieser zusammengelebt hatte, zu entsprechenden Äußerungen seiner Lebensgefährtin, die unter Umständen Rückschlüsse auf ihren Willen bei Testamenterrichtung erlauben könnten, bislang nicht befragt worden ist.

**38** III. Die Anschlussrechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die gegen die Zurückweisung seines Erbscheinsantrags gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 zu Recht zurückgewiesen. Die Annahme, dass er nicht Alleinerbe geworden sei, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

**39** 1. Die Auslegung, dass zumindest einer der im Testament genannten Bedachten gewillkürter Erbe werden sollte, ist frei von Rechtsfehlern. Die Begründung der Anschlussrechtsbeschwerde deckt keine entsprechenden Mängel auf, sondern versucht lediglich, die Auslegung des Beschwerdegerichts durch die eigene des Beteiligten zu 1 zu ersetzen. Vom Beschwerdegericht nicht beachtete Anhaltspunkte, die dafür sprächen, dass die Erblasserin trotz vollständiger Verteilung ihres im Zeitpunkt der Testamentserrichtung vorhandenen Nachlasses überhaupt keinen Erben berufen wollte, zeigt die Anschlussrechtsbeschwerde nicht auf; sie sind auch anderweitig nicht erkennbar.

**40** 2. Nichts anderes folgt aus den Grundsätzen der ergänzenden Testamentsauslegung. Zwar ist nicht auszuschließen, dass das Beschwerdegericht nach Zurückverweisung der Sache zu einer abweichenden Erbfolge gelangt. Dies kann aber nicht dazu führen, dass die ursprüngliche Einsetzung des oder der durch die Erblasserin gewillkürten Erben gänzlich entfiele. Denn die Berufung zum Erben setzt nicht notwendig voraus, dass ihm ein mehr oder weniger großer oder sogar der größte Teil des Nachlasses verbleibt (Senatsurteil vom 7.7.2004, IV ZR 135/03, ZEV 2004, 374 unter II. 2.).

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Braun**, Erlangen

Eine Situation, die jeder in der erbrechtlichen Beratung Tätige kennt: Der Erblasser möchte sein Vermögen verteilen und festgeschrieben haben, wer welchen Gegenstand bekommt. Begriffe wie „Erbe“ oder „Vermächtnisnehmer“ interessieren ihn dabei nicht – vielleicht hat er von diesen Begriffen auch noch nie gehört. Wird der Erblasser beraten, dann wird der Berater den Willen in Bahnen lenken und eine tragfähige Lösung entwickeln. Formuliert der Erblasser selbst, müssen später regelmäßig die Gerichte tätig werden. So auch hier. Der BGH hat in der vorliegenden Entscheidung mangels vollständiger Tatsachenermittlung nicht endgültig entschieden; die Entscheidung beschäftigt sich aber mit zwei Themen im Rahmen der Auslegung von Testamenten, die nur die Zuwendung einzelner Nachlassgegenstände enthalten, und liefert dabei interessante Aussagen. Bevor auf die beiden Themen eingegangen wird (unten 2. und 3.) sollen kurz die Grundlagen der Auslegung von Testamenten in Erinnerung gerufen werden (unten 1.).

#### 1. Allgemeines zur Auslegung von Testamenten

Mit der Auslegung soll der rechtlich geltende Inhalt einer Verfügung von Todes wegen festgestellt werden.<sup>1</sup> Dabei geht es „nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung

losgelösten Willens des Erblassers, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten habe sagen wollen“.<sup>2</sup> Entscheidend ist, welcher Wille des Erblassers im Rechtssinn als erklärt anzusehen ist.<sup>3</sup> Ausgangspunkt ist der wirkliche, im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments tatsächlich vorhandene Wille, der durch einfache, also erläuternde Auslegung ermittelt wird. Mit der ergänzenden Auslegung dagegen werden Lücken in der Willensbildung geschlossen. Dies setzt zum einen voraus, dass überhaupt eine ergänzungsfähige Lücke vorliegt, also nach dem Gesamtbild der Verfügung, insbesondere den damit verbundenen Zwecken, die aufgetretene Unvollständigkeit vom Erblasser nicht gewollt ist.<sup>4</sup> Weiter ist der hypothetische Wille des Erblassers zu ermitteln. Es ist also zu fragen, was er verfügt hätte, wenn er im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung die später eingetretene Entwicklung vorausschauend berücksichtigt hätte.<sup>5</sup> Lässt sich ein solcher Wille nicht ermitteln oder ist er im Testament nicht wenigstens angedeutet, bleibt es bei der erläuternden Auslegung. Erst im Anschluss an die (erläuternde bzw. ergänzende) Auslegung kann auf die im BGB enthaltenen Auslegungs- und Ergänzungsregeln zurückgegriffen werden.<sup>6</sup>

#### 2. Einfluss des späteren Vermögenserwerbs

Zutreffend führt der BGH in Rdnr. 17 der Entscheidung aus, dass allein der Umstand des Aussparens der späteren Erbschaft das Testament noch nicht lückenhaft macht. Ergibt die erläuternde Auslegung, dass von der Verfügung auch der künftige Erwerb erfasst (oder absichtlich nicht erfasst) ist, dann ist kein Raum für eine ergänzende Auslegung.

Im Anschluss jedoch (Rdnr. 18 der Entscheidung) stellt der BGH meines Erachtens die falsche Prüfungsreihenfolge auf. Natürlich, möchte man sagen, kann der spätere Vermögenserwerb an einer durch Auslegung gewonnenen Erbeinsetzung nichts ändern. Allerdings bietet dieser Vermögenserwerb Anlass zu der Frage, ob die Zuwendung der einzelnen Vermögensstücke überhaupt zu einer Erbeinsetzung geführt hat. Ausgangspunkt ist dabei, und das ist, soweit ersichtlich, nicht strittig, der (tatsächliche oder hypothetische) Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.<sup>7</sup> *Leipold* weist jedoch zutreffend darauf hin, dass dieser Wille „wirtschaftlich“ zu betrachten ist.<sup>8</sup> Die Frage richtet sich darauf, „wer“ von den im Testament genannten Personen „was“ bekommen soll. Ob dieser „wer“ dann (Mit-)Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, ist letztlich die juristische Würdigung des vom Erblasser Gewollten. Zu klären ist mithin nicht, ob der spätere Vermögenserwerb an der Erbeinsetzung etwas ändert, sondern ob unter Berücksichtigung des späteren Vermögenserwerbs eine (Mit-)Erbein-

<sup>2</sup> So ausdrücklich BGH, Urteil vom 28.1.1987, IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter 5.

<sup>3</sup> MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 8.

<sup>4</sup> BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.5.2018, § 2084 Rdnr. 36.

<sup>5</sup> MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 92.

<sup>6</sup> BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2084 Rdnr. 3.

<sup>7</sup> Dies sieht auch *Otte*, ZEV 2017, 146 so, der vom BGH als a. A. zitiert wird.

<sup>8</sup> *Leipold*, ZEV 2017, 632, 633 unter 5.

<sup>1</sup> So ganz prägnant MünchKomm-BGB/*Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rdnr. 1.

setzung gewollt war.<sup>9</sup> Ob dieses Ergebnis im Testament auch wirksam niedergelegt ist und damit Berücksichtigung finden kann, ist – wie die Frage des konkreten Auslegungsergebnisses auch – eine tatsächliche Frage, die im Rahmen einer Urteilsbesprechung nicht beantwortet werden kann.

Durch die Ausführungen des BGH dürfte klargestellt sein, dass der spätere Vermögenserwerb grundsätzlich Raum für eine ergänzende Auslegung geben kann und damit aus dem zitierten Urteil des BGH vom 22.3.1972<sup>10</sup> nichts anderes folgt;<sup>11</sup> dies ist zu begrüßen.

### 3. Zur Anwendung des § 2087 BGB

Zu § 2087 Abs. 2 BGB bestätigt der BGH die allgemeine Auffassung, dass bei Zuwendung einzelner Vermögenswerte abweichend von der Auslegungsregel eine Erbeinsetzung vorliegt, wenn der Erblasser sein Vermögen vollständig den einzelnen Gegenständen nach verteilt hat, 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 wollte (Rdnr. 29 der Entscheidung). Er stellt jedoch für die künftige Anwendung richtigerweise klar, dass in diesen Fällen die Erbeinsetzung die Regel bildet und die vollständige Verteilung der Vermögenswerte nicht lediglich ein besonderer Anlass zur Prüfung der Frage ist, ob eine Erbeinsetzung vorliegt.<sup>12</sup> Eine Abweichung von diesen Grundsätzen kann geboten sein, wenn eine andere Person als der (wirtschaftliche) Hauptempfänger nach der Vorstellung des Erblassers den Nachlass regeln und die Nachlassschulden (dazu gehören auch die Beerdigungskosten) zu tilgen hat.

9 Vgl. umfassend zu den verschiedenen möglichen Auslegungsergebnissen Staudinger/Otte, Neub. 2013, § 2087 Rdnr. 27 und BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2087 Rdnr. 14.  
 10 BGH, Urteil vom 22.3.1972, IV ZR 134/70, FamRZ 1972, 561 unter 3. a. E.  
 11 So sieht dies auch Leipold, ZEV 2017, 632, 633.  
 12 In diesem Sinne auch MünchKomm-BGB/Leipold, § 2087 Rdnr. 9; anders Staudinger/Otte, § 2087 Rdnr. 26 und die zugrunde liegende Entscheidung des OLG.

## 15. Versicherung an Eides statt durch einen Vorsorgebevollmächtigten im Erbscheinsverfahren

OLG Celle, Beschluss vom 20.6.2018, 6 W 78/18

BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2, § 2354 Abs. 1, § 2356 Abs. 2 Satz 1

EGBGB Art. 229 § 36

### LEITSATZ:

**Ist der Vertretene in einem Erbscheinsverfahren nicht mehr zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in der Lage, kann sein gesetzlicher Vertreter, zum Beispiel**

**ein Betreuer, die Erklärung abgeben, jedoch als eigene Erklärung und nicht für den Vertretenen. Dabei steht ein Vorsorgebevollmächtigter einem gesetzlichen Vertreter gleich.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die 95-jährige an Demenz erkrankte Beteiligte zu 1 hat, vertreten durch den mit notarieller General- und Vorsorgevollmacht versehenen Bevollmächtigten W P am 6.3.2018 vor dem AG – Nachlassgericht – Ottweiler (als Rechtshilfegericht) einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge gestellt, der sie als Alleinerbin des Erblassers, ihres Ehemannes, ausweist.

2 Der Bevollmächtigte hat vor dem Nachlassgericht an Eides statt versichert, dass ihm nichts bekannt ist, was der Richtigkeit seiner zur Begründung des Erbscheinsantrags gemachten Angaben entgegensteht. Das für die Entscheidung über den Erbscheinsantrag zuständige AG Hannover hat den Antrag auf Erteilung des Erbscheins mit dem angefochtenen Beschluss mit der Begründung abgelehnt, der Bevollmächtigte sei zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung als gewillkürter Vertreter nicht berechtigt. Er sei nicht ausdrücklich dazu bevollmächtigt worden, sondern im Wege der Vorsorgevollmacht nur zur Vertretung in nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheiten berechtigt, sofern eine Stellvertretung rechtlich zulässig ist, was hinsichtlich der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nicht der Fall sei. Es bedürfe zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eines gesetzlichen Vertreters, also eines Betreuers.

3 Dagegen wendet die Beteiligte sich mit ihrer Beschwerde. Das Betreuungsgeschicht habe es abgelehnt, für die Beteiligte eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung einzurichten, weil die Beteiligte eine Vorsorgevollmacht erteilt hat und der Bevollmächtigte die Angelegenheiten für die Betroffene regeln könne. Zudem könne ein Fremdbetreuer zu dem vorliegenden Fall keine konkreten Angaben machen oder entsprechende Informationen auch nur bei dem Bevollmächtigten einholen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die Beschwerde ist begründet.

5 1. Auf Verfahren zur Erteilung von Erbscheinen nach einem Erblasser, der vor dem 17.8.2015 verstorben ist, sind das BGB und das FamFG in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung weiterhin anzuwenden (Art. 229 § 36 EGBGB).

6 2. Der Bevollmächtigte der Beteiligten ist berechtigt, die Richtigkeit der zur Begründung des Erbscheinsantrags erforderlichen Angaben an Eides statt zu versichern (§ 2354 Abs. 1 Nr. 3-5, § 2356 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.).

7 a) Grundsätzlich hat der Antragsteller die Richtigkeit seiner im Erbscheinsantrag gemachten Angaben selbst an Eides statt zu versichern. Es handelt sich bei der Abgabe einer Versicherung an Eides statt um eine höchstpersönliche Erklärung, bei der eine Vertretung durch einen gewillkürten Vertreter unzulässig ist (Staudinger/Herzog, Neub. 2010, § 2356 Rdnr. 56, 58). Ist der Vertretene jedoch nicht mehr zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in der Lage, kann sein gesetzlicher Vertreter, zum Beispiel ein Betreuer, die Erklärung abgeben, jedoch als eigene Erklärung und nicht für den Vertretenen (Litzenburger, ZEV 2004, 450, 451). Dabei steht ein Vorsorgebevollmächtigter einem gesetzlichen Vertreter gleich, weil nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB durch die Vorsorgevollmacht gerade die Anordnung einer Betreuung ersetzt werden soll (Staudinger/Herzog, § 2356 Rdnr. 58 m. w. N.; Palandt/Götz, 77. Aufl. 2018, § 1902 Rdnr. 3).

8 b) Der Bevollmächtigte ist aufgrund der ihm von der Beteiligten am 29.7.2010 notariell erteilten General- und Vorsorgevollmacht zur Abgabe der Versicherung an Eides statt berechtigt. Ihm ist nach § 2 der „in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung rechtlich zulässig ist,“ erteilten Generalvollmacht gestattet, c) Erklärungen aller Art abzugeben und entgegenzunehmen sowie Anträge zu stellen, abzuändern, zurückzunehmen“ und „k) den Vollmachtgeber gegenüber Gerichten zu vertreten, (...)“. Ferner ist er nach § 1 der vorgenannten ihm für alle „nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung rechtlich zulässig ist“ notariell erteilten Vorsorgevollmacht, die „alle Erklärungen, Entscheidungen, Maßnahmen etc. erfassen (soll), zu denen gemäß § 1896 Abs. 1 BGB ein gerichtlich bestellter Betreuer berechtigt ist“ handlungsbefugt und insoweit einem Betreuer gleichzusetzen.

9 c) Zweifel an der Wirksamkeit der dem Bevollmächtigten am 29.7.2010 erteilten notariellen General- und Vorsorgevollmacht sind vom AG im angefochtenen Beschluss nicht geäußert worden und auch sonst nicht ersichtlich.

10 Für die Generalvollmacht ist in Teil 3, § 1 der vorgenannten notariellen Urkunde ausdrücklich geregelt, dass diese mit Unterzeichnung der Urkunde wirksam wird. Die Vorsorgevollmacht sollte hingegen zwar mit Ausnahme von Postangelegenheiten und Erteilung von Schweigepflichtsentscheidungen erst dann Wirksamkeit erlangen, wenn der Vollmachtgeber selbst nicht mehr handeln kann. Die letztgenannte Voraussetzung hat der Bevollmächtigte durch Vorlage des fachärztlich neurologisch-psychiatrischen Gutachtens der Fachärztin für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. C K vom 8.12.2017, wonach bei der Beteiligten eine „demenzielle Entwicklung, ggw. mittelschwer, mit ausgeprägten Merkfähigkeitsstörungen sowie erheblich beeinträchtigter Kritik- und Urteilsfähigkeit“ vorliegt, nach Ansicht des Senats hinreichend nachgewiesen. Letztlich obliegt die Entscheidung über die Frage, ob der Antragsteller selbst oder sein Vorsorgebevollmächtigter die eidesstattliche Versicherung betreffend die Richtigkeit der im Erbscheinsantrag gemachten Angaben, insbesondere die negativen Tatsachen, gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben hat, jedoch dem Nachlassgericht nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. zur entsprechenden Frage für die Abgabe einer Vermögensauskunft [früher Offenbarungsversicherung] durch den Betreuer: BGH, Beschluss vom 14.8.2008, I ZB 20/08, WM 2008, 2264 Rdnr. 11, 12, zit. nach juris).

(...)

## 16. Anforderungen an Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses

OLG Koblenz, Beschluss vom 30.4.2018, 1 W 65/18

BGB §§ 2050, 2057, 2316

ZPO §§ 704, 724 Abs. 1, §§ 725, 750 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. **Ist der Erbe dazu verurteilt worden, durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses Auskunft über den Nachlassbestand zu geben, sind nicht der Kenntnisstand und die Erkenntnismöglichkeiten des Notars, sondern die des Erben der Maßstab dafür, ob die Auskunft vollständig gegeben wurde.**
2. **Hat der Pflichtteilsberechtigte schlüssig dargelegt, dass der Erbe noch nicht vollständig Auskunft über den Nachlassbestand gegeben hat, kann er die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO betreiben und ist nicht darauf zu verweisen, vom Erben die eidesstattliche Versicherung über die Vollständigkeit der Auskunft zu verlangen.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger (Gläubiger) verfolgt gegenüber dem Beklagten (Schuldner) Pflichtteilsansprüche nach dem Tod seiner Mutter (Erblasserin). Der Beklagte ist der zweite Ehemann der Erblasserin und deren Erbe.

2 Der Kläger nimmt den Beklagten vor dem LG Koblenz, 4 O 101/16, im Wege der Stufenklage auf Auskunft, eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft und auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch. Mit rechtskräftigem Urteil vom 6.10.2016 verurteilte das LG Koblenz den Beklagten unter anderem, Auskunft über den Bestand des Nachlass der Erblasserin durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu erteilen. Eine Ausfertigung des Urteils wurde den Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 12.10.2016 zugestellt. Dem Kläger wurde am 14.11.2016 eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt.

3 Der Kläger betreibt aus diesem Titel die Zwangsvollstreckung. Mit am 14.12.2016 bei dem LG Koblenz eingegangenen Schriftsätzen vom 13.12.2016 und 14.12.2016 hat der Kläger die „Androhung“ eines Zwangsgeldes, ersatzweise Zwangshaft, beantragt. Das von dem Beklagten vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis vom 9.1.2018 sei unvollständig. Die dortigen Angaben korrespondierten nicht mit dem Umstand, dass die Erblasserin, welche einen äußerst sparsamen Lebenswandel geführt habe, ihrerseits ihren am 21.7.2010 verstorbenen Bruder Karl-Heinz B beerbt und der Nachlass sich, zurückgerechnet von der gezahlten Erbschaftsteuer von knapp 46.000 €, auf zumindest rund 230.000 € belaufen habe. Der Notar sei in diesem Zusammenhang seiner Pflicht, bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses eigene Nachforschungen anzustellen, nicht hinreichend nachgekommen, insbesondere habe er nicht die Kontoauszüge der letzten zehn Jahre eingesehen und berücksichtigt.

4 Der Beklagte bestreitet eine Erbschaft der Erblasserin i. H. v. 250.000 €, bezeichnet dies als „Hirngespinnst“ des Klägers und seiner Geschwister, sowie er darauf verweist, über keine Kontoauszüge betreffend die Jahre 2010 bis 2013 zu verfügen, sowie ihm kein Erbschaftsteuerbescheid betreffend den Erbfall des Herrn B vorliege.

5 Der Antrag aus dem Schriftsatz vom 14.12.2016 wurde zurückgenommen. Den Antrag aus dem Schriftsatz vom 13.12.2016 hat das LG Koblenz mit Beschluss vom 26.1.2018, welcher dem Verfahrensbevollmächtigten des Klägers am 6.2.2018 zugestellt wurde, zurückgewiesen, weil die Verpflichtung zur Auskunft durch die Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 9.1.2017 erfüllt sei. Der

Notar habe ausweislich der Dokumentation im Nachlassverzeichnis auch eigene Ermittlungen bei Kreditinstituten und Grundbuchämtern durchgeführt.

**6** Hiergegen wendet sich der Kläger mit der sofortigen Beschwerde vom 9.2.2018, mit welcher er die Festsetzung des Zwangsgeldes, ersatzweise Zwangshaft, weiterverfolgt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**9** 2. Die sofortige Beschwerde hat weit überwiegend Erfolg.

**10** a) Der Antrag des Beschwerdeführers nach § 888 ZPO ist begründet.

**11** Bei der titulierte Verpflichtung zur Auskunft über den Nachlassbestand durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses handelt es sich um eine nicht vertretbare Handlung im Sinne dieser Vorschrift. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen sind erfüllt (§§ 704, 724 Abs. 1, §§ 725, 750 Abs. 1 ZPO).

**12** b) Der Einwand des Schuldners, den vollstreckbaren Anspruch erfüllt zu haben, welcher auch im Verfahren nach § 888 ZPO zu berücksichtigen ist (vgl. Zöller/Seibel, ZPO, 32. Aufl., § 888 Rdnr. 11 m. w. N.), erweist sich als unbegründet. Das vorgelegte Nachlassverzeichnis des Notars Dr. K vom 9.1.2017 entspricht nicht der titulierte Verpflichtung des Schuldners.

**13** aa) Der Maßstab für die Beurteilung, ob die Auskunft vollständig gegeben wurde, wird nicht durch die Pflichten bestimmt, die den Notar bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses treffen, sondern richten sich nach dem Kenntnisstand und den Erkenntnismöglichkeiten des Auskunftspflichtigen. Die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses betrifft lediglich die für die Erfüllung der Auskunftspflicht vorgegebenen Form. Die zu deren Einhaltung erforderliche Mitwirkung des Notars ändert nichts daran, dass auch das notarielle Nachlassverzeichnis eine Erfüllung der Auskunftspflicht des Erben ist, der die Verantwortung für dessen Richtigkeit und Vollständigkeit trägt (OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.8.2009, 12 W 1364/09, juris Rdnr. 15; Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2314 Rdnr. 7).

**14** Bei anderer Betrachtung würde der Sinn und Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses in sein Gegenteil verkehrt. Die Aufnahme des Verzeichnisses durch eine Amtsperson soll dem Pflichtteilsberechtigten einen höheren Grad an Richtigkeit der Auskunft gewährleisten als die Privatauskunft des Erben (OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, juris Rdnr. 20). Dem widerspricht es, wenn der Erbe durch das, den notariellen Ermittlungen verborgen gebliebene, Zurückhalten von Informationen oder dadurch, dass er den Auftrag an den Notar beschränkt, den Umfang seiner Auskunft gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten einschränken könnte.

**15** Ausgehend hiervon hat der Kläger mit dem Vortrag, dass die Erblasserin ihrerseits im Jahr 2010 nach ihrem Bruder ein Erbe in Höhe von zumindest rund 230.000 € angetreten und dieses aufgrund eines sparsamen Lebenswandels nicht aufgebraucht haben könne, schlüssig Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass der Beklagte seine Auskunftspflicht noch nicht

erfüllt hat. Denn die im notariellen Verzeichnis vom 9.1.2017 aufgeführten unentgeltlichen Verfügungen sind nicht geeignet, ein Abschmelzen dieses durch das Erbe erlangten Vermögens zu erklären, zumal diese Verfügungen in den Jahren 1996 bis 2009 vorgenommen wurden und damit den Zeitraum vor dem Erbfall betreffen. Das Nachlassverzeichnis weist auch für den Zeitraum ab 2010 keinen Grunderwerb aus und führt neben dem Kontoguthaben in Höhe von insgesamt 165.898,35 € keine werthaltigen sonstigen Vermögensgegenstände auf.

**16** Der Beklagte hat den detaillierten Vortrag des Klägers auch nicht erheblich bestritten. Das Bestreiten und der Vortrag sind vielmehr ausweichend. So wird die Erbschaft der Erblasserin selbst nicht in Abrede gestellt, sondern nur ein konkreter Nachlasswert bestritten. Ansonsten wird der klägerische Vortrag lediglich pauschal als „Hirngespinnst“ abqualifiziert und darauf verwiesen, dass der betreffende Erbschaftsteuerbescheid und Kontoauszüge für die Jahre 2010 bis 2013 nicht vorlägen – letzteres in Verkenning des Umstandes, dass sich der Beklagte als Erbe nicht auf fehlende Auszüge über Konten der Erblasserin berufen kann. Ihm ist aufgrund seiner Stellung als Erbe die eigenständige Einholung dieser Kontoauszüge möglich und im Rahmen der Auskunftserteilung auch zumutbar, denn er hat sich das zur Auskunftserteilung erforderliche Wissen zu verschaffen und an der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses aktiv mitzuwirken (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.8.2009, 12 W 1364/09; Staudinger/Herzog, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 28).

**17** bb) Soweit der Kläger in Frage stellt, ob das derzeit vorliegende notarielle Nachlassverzeichnis überhaupt eine formal ordnungsgemäße Auskunftserteilung darstellt, da der beauftragte Notar die geforderten eigenständigen Ermittlungen, wie zum Beispiel Einsichtnahme in die Kontoauszüge und Bankunterlagen für einen Zeitraum von zehn Jahren (vgl. hierzu OLG Koblenz, a. a. O., Rdnr. 25, 26), nicht getätigt habe, erscheint dies angesichts des Umstandes, dass das Nachlassverzeichnis sich in weiten Teilen, unter anderem hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen, ausschließlich in der Wiedergabe der Angaben des Beklagten erschöpft, nicht von vornherein unbegründet. Ein weitgehend auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben beschränktes notarielles Nachlassverzeichnis bringt dem Gläubiger nicht denjenigen Vorteil gegenüber der Privatauskunft, den das Gesetz bezweckt (OLG Koblenz, a. a. O., Rdnr. 20). Letztlich bedarf die Frage, ob hier eine formal ordnungsgemäße Auskunft vorliegt, keiner Entscheidung, da bereits aus den unter Ziffer 2. b) aa) ausgeführten Gründen die Auskunftspflicht nicht erfüllt ist.

**18** c) Der Anordnung des Zwangsgeldes steht auch nicht entgegen, dass der Kläger von dem Beklagten gemäß Teilurteil vom 6.10.2016 die eidesstattliche Versicherung über die Vollständigkeit der Auskunft verlangen könnte, da es im derzeitigen Verfahrensstand noch um die Erfüllung des Auskunftsanspruchs geht.

(...)

**ANMERKUNG:****Von Rechtsanwalt und Notar Ulf Schönenberg-Wessel, Kiel**

Das OLG Koblenz hatte erneut die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum notariellen Nachlassverzeichnis zu verfeinern und damit einen wertvollen Beitrag zur Rechtsklarheit zu leisten.

Das notarielle Nachlassverzeichnis hat die Aufgabe, den Nachlassbestand notariell geprüft und damit rechtssicher und zuverlässig festzustellen. Zur Verwirklichung der Erbrechtsgarantie muss das notarielle Nachlassverzeichnis eine Gewähr dafür bieten, dass der Nachlass vollständig und richtig dargestellt ist.<sup>1</sup>

Der Erbe ist verpflichtet, bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses persönlich vor dem Notar zu erscheinen. Die hervorgehobene Stellung des amtlichen Nachlassverzeichnisses, mit den damit korrespondierenden Amtspflichten des aufnehmenden Notars, schließen eine Vertretung des Erben im Regelfall aus. Die gesetzlich geforderte besondere Qualität eines notariellen Nachlassverzeichnisses kann nur durch den unmittelbaren Dialog zwischen Notar und Erbe erreicht werden.<sup>2</sup>

**1. Umfang des Auskunftsanspruchs**

Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung gemäß § 2314 BGB umfasst alle zum Zeitpunkt des Erbfalls zum realen oder fiktiven Nachlass gehörenden Gegenstände von Vermögenswert.<sup>3</sup> Begrüßenswert deutlich stellt das OLG Koblenz fest, dass die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses beim Erben liegt. Er ist verpflichtet, ihm zustehende Auskunftsansprüche auch gegenüber Dritten geltend zu machen und Nachforschungen in zumutbarem Umfang anzustellen.<sup>4</sup>

Der Anspruch auf Mitwirkung des Erben an der Errichtung des notariellen Nachlassverzeichnisses ist allein vom Berechtigten durchzusetzen. Der Notar kann den Erben nur zur Mitwirkung anhalten und ihn über die Folgen der mangelnden Mitwirkung belehren.<sup>5</sup> Verweigert der Erbe die Mitwirkungen, etwa weil er notwendige Vollmachten nicht erteilt oder erforderliche Unterlagen nicht zur Verfügung stellt, so darf der Notar das Verzeichnis nicht erstellen.<sup>6</sup>

1 BVerfG, Beschluss vom 21.7.2014, 2 W 63/14, MittBayNot 2017, 400.

2 OLG Koblenz, Beschluss vom 29.12.2006, 1 W 662/06, NotBZ 2008, 37, 38; einschränkend OLG Zweibrücken, Beschluss vom 7.11.2015, 3 W 89/15, ErbR 2016, 168.

3 OLG Karlsruhe, Urteil vom 9.12.2014, 8 U 187/13, MittBayNot 2015, 496.

4 Rdnr. 13 f. der besprochenen Entscheidung; ebenso OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2016, 19 W 78/15, RNotZ 2016, 470.

5 OLG Koblenz, Beschluss vom 29.12.2006, 1 W 662/06, RNotZ 2007, 414; *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 514, 516.

6 *Schönenberg-Wessel*, NotBZ 2018, 204.

**2. Amtspflichten des Notars**

Im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung<sup>7</sup> betont das OLG Koblenz die weitreichende Ermittlungspflicht des Notars.

Der Notar ist im Rahmen der Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens dazu verpflichtet, selbst und eigenständig den tatsächlichen und fiktiven Nachlassbestand zu ermitteln und sich nicht nur auf die Angaben des Auskunftspflichtigen zu verlassen.<sup>8</sup> Die Beschränkung der notariellen Tätigkeit auf die Protokollierung und Beurkundung der Angaben des Erben über den Nachlassbestand stellt einen unzulässigen Eingriff in das vom Grundgesetz garantierte Erbrecht dar.<sup>9</sup>

Der Notar entscheidet unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen, welche konkreten Ermittlungen er vornimmt.<sup>10</sup> Der Erbe ist verpflichtet, dem Notar die vollständigen Kontoauszüge, Sparbücher und vergleichbare Bankunterlagen für einen Zeitraum von zehn Jahren zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus hat der Erbe lückenlose Äußerungen von Verwandten über den Erhalt oder das Fehlen von Schenkungen einzuholen.<sup>11</sup> Auf der Grundlage der Informationen des Erben und seiner eigenen Ermittlungen hat der Notar sämtliche Verfügungen des Erblassers aus dem Zeitraum von mindestens zehn Jahren vor dem Erbfall zusammenzustellen, die eine Schenkung oder sonstige unentgeltliche Zuwendung zumindest als möglich erscheinen lassen.<sup>12</sup> Sofern der Erblasser die vollständigen Kontoauszüge, Sparbücher oder vergleichbare Bankunterlagen der letzten zehn Jahre nicht verwahrt hat, sind diese auf Kosten des Erben durch das kontoführende Kreditinstitut erneut zu erstellen. Der Erbe kann die Nacherstellung von Bankbelegen nicht unter dem Hinweis auf die ihm entstehenden Kosten verweigern, zumindest soweit diese einen Betrag von 1.500 € nicht übersteigen.<sup>13</sup> Der Notar hat die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen des Erben und seine Angaben auf Vollständigkeit und Plausibilität hin zu überprüfen.<sup>14</sup> Soweit konkrete Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen bestehen, muss der

7 OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972.

8 OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972; OLG Jena, Beschluss vom 5.2.2016, 1 W 9/16, NotBZ 2016, 186, 187; OLG Köln, Beschluss vom 21.5.2012, I-2 W 32/12, RNotZ, 2013, 127; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.1.2011, 5 W 312/10, ZEV 2011, 373; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10, ZEV 2010, 416; LG Aurich, Urteil vom 7.7.2004, 5 O 367/04, NJW-RR 2005, 1464.

9 BVerfG, Beschluss vom 21.7.2014, 2 W 63/14, MittBayNot 2017, 400.

10 OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, DNotZ 2014, 780.

11 OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2016, 19 W 78/15, ZEV 2016, 330.

12 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, ZEV 2014, 308.

13 OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2016, 19 W 78/15, ZEV 2016, 330.

14 Rdnr. 13 f. der besprochenen Entscheidung.

Notar die in Betracht kommenden Ermittlungsansätze vollständig ausschöpfen.<sup>15</sup> Die Ermessensentscheidungen des Notars unterliegen umfassend der Überprüfung durch das Gericht. Im Falle des Ermessensnichtgebrauchs und auch des Ermessensfehlgebrauchs liegt eine Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs und keine Schlechterfüllung vor. Der Anspruch des Berechtigten auf Auskunft kann gegen den Erben mit den Mittel der Zwangsvollstreckung (§ 888 ZPO) weiterhin durchgesetzt werden.

### 3. Vollstreckung

Der Auskunftsanspruch nach §§ 2314, 260 BGB ist erfüllt, wenn der Erbe alle Angaben zum aktiven, passiven und fiktiven Nachlass in formal ordnungsgemäßer Weise mitgeteilt hat.<sup>16</sup> Die Erfüllung des Auskunftsanspruchs tritt unabhängig davon ein, ob die Auskunft richtig oder falsch erteilt wurde.<sup>17</sup> Ein formal ordnungsgemäß erteiltes notarielles Nachlassverzeichnis setzt voraus, dass der Erbe alle Vermögenswerte und Gegenstände des Nachlasses aufgeführt hat, die für den Informationszweck des Verzeichnisses von Bedeutung sind. Hierzu gehören alle pflichtteilsrelevanten Schenkungen des Erblassers sowie die ausgleichspflichtigen Zuwendungen nach den § 2316 Abs. 1, §§ 2052, 2055 Abs. 1 BGB einschließlich der Zuwendungen an den Pflichtteilsberechtigten selbst.<sup>18</sup> Weigert sich der Erbe seine Erkenntnismöglichkeiten vollständig auszuschöpfen und die notwendigen Ermittlungen durchzuführen, so ist das Verzeichnis nach der Rechtsprechung nicht falsch; die Auskunft ist in diesem Fall allerdings formal nicht ordnungsgemäß erteilt. Es tritt keine Erfüllung ein.<sup>19</sup> Gleiches gilt, wenn der Erbe dem Notar die notwendigen Informationen nicht zugänglich macht oder bei den erforderlichen Ermittlungen des Notars nicht mitwirkt. Die Abgrenzung zwischen einem nicht ordnungsgemäßen (unvollständigen) Verzeichnis und einem formal ordnungsgemäßen, aber inhaltlich falschen Verzeichnis ist entscheidend für die Frage, ob der Erbe den Auskunftsanspruch erfüllt und der Notar dem ihm erteilten Auftrag vollständig erledigt hat. Bei einem unvollständigen Nachlassverzeichnis muss der Erbe seine Auskunft ergänzen und der Notar erneut weitere Ermittlungen vornehmen. Der Erbe kann hierzu durch Zwangsmittel gemäß § 888 ZPO angehalten werden.<sup>20</sup> Gegen die Weigerung des Notars, ergänzend tätig zu werden, ist die Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO möglich.<sup>21</sup>

15 OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, ZEV 2016, 580; OLG Jena, Beschluss vom 5.2.2016, 1 W 9/16, NotBZ 2016, 186.

16 OLG Naumburg, Urteil vom 12.10.2010, 1 U 73/10, BeckRS 2011, 25163.

17 OLG Hamburg, Urteil vom 28.9.2016, 2 U 29/15, ErbR 2018, 92.

18 *Schönenberg-Wessel*, NotBZ 2018, 204, 208; S. Braun, MittBayNot 2008, 351, 353.

19 OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331.

20 OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.8.2009, 12 W 1364/09, NJOZ 2010, 1613; OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2016, 19 W 78/15, ZEV 2016, 330.

21 *Horn*, ZEV 2018, 376.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 17. Auslegung des Gesellschafterbeschlusses einer Publikumspersonengesellschaft

BGH, Urteil vom 6.3.2018, II ZR 1/17 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 6.12.2016, 21 U 110/14)

BGB §§ 133, 157, 158 Abs. 2, § 705

#### LEITSATZ:

**Der Beschluss einer Publikumspersonengesellschaft ist nach seinem objektiven Erklärungsbefund auszulegen.**

#### SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist ein geschlossener Immobilienfonds, der im Jahr 1992 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form einer Publikums-gesellschaft gegründet wurde. Sie hatte zur Bebauung der Fonds-grundstücke umfangreiche Kredite aufgenommen. Wichtigste Kreditgeberin war die E AG mit einem Darlehen von mehr als 30 Mio. €. Nachdem die Mieteinnahmen zur Bedienung der laufenden Verbindlichkeiten nicht ausreichten, bot die E AG den Gesellschaftern im Jahr 2001 an, sie bei einer Liquiditätszufuhr an die Klägerin aus der persönlichen Haftung für das Darlehen zu entlassen. Dieses Angebot nahmen zahlreiche Gesellschafter an und gewährten der Klägerin im Verhältnis ihrer Beteiligungen Darlehen (im Folgenden: A-Gesellschafter). Andere Gesellschafter gewährten ihr entweder keine Darlehen oder leisteten nur Zahlungen auf ein Treuhandkonto (im Folgenden: B-Gesellschafter). Ab 2006 geriet die Klägerin gegenüber der E AG erneut in anhaltenden Zahlungsrückstand, wodurch auch Überschuldung eintrat.

2 Im Februar 2011 erklärte die E AG, deren Darlehen noch mit rund 24 Mio. € valutierte, ihre Bereitschaft zu einem Teilverzicht in Höhe von 5,5 Mio. €, falls das Darlehen im Übrigen zurückgeführt würde. Die D AG war zu einer Anschlussfinanzierung in Höhe von 14,5 Mio. € bereit. Die Deckungslücke sollte nach einem von der Klägerin in Auftrag gegebenem Sanierungs- und Fortführungskonzept durch Darlehen der B-Gesellschafter in Höhe von 1,7 Mio. € und durch neues Eigenkapital sämtlicher Gesellschafter in Höhe von 3,05 Mio. € geschlossen werden.

3 Im März 2011 bot die Beklagte den A-Gesellschaftern an, ihre Gesellschaftsanteile und Gesellschafterdarlehen zum Preis von 1 € zu übernehmen. Das Angebot wurde von mehreren Gesellschaftern angenommen.

4 Am 21.3.2011 stellte die Gesellschafterversammlung der Klägerin jeweils mit der erforderlichen Mehrheit – etwaige von der Beklagten erworbene Anteile waren nicht vertreten – die Sanierungsbedürftigkeit und -fähigkeit der Gesellschaft fest und beschloss die Sanierung der Gesellschaft auf der Grundlage des Sanierungskonzepts. Danach wurde das Nominalkapital der Gesellschaft mit Wirkung zum 1.4.2011 auf 0 € herabgesetzt und eine Erhöhung des herabgesetzten Kapitals auf bis zu 3,05 Mio. € beschlossen. Die Gesellschafter wurden aufgefordert, freiwillig einen Anteil an dem Erhöhungsbetrag entsprechend ihrem jeweiligen Kapitalanteil an der Gesellschaft durch Zeichnung bis zum 20.4.2011 zu übernehmen und auf einem Treuhandkonto einzuzahlen (Beschluss Nr. 9.4). Außerdem erklärten sämtliche Gesellschafter einen qualifizierten Rangrücktritt mit ihren Rückzahlungsforderungen aus den von ihnen bereits gewährten (A-Gesellschafter) oder im Zuge der Sanierung noch gewährten (B-Gesellschafter) Darlehen (Beschluss Nr. 9.5). Des Weiteren wurde die Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH & Co. KG beschlossen (Beschluss Nr. 9.9). Mit Beschluss Nr. 9.6 wurde folgender § 19 Abs. 4 in den Gesellschaftsvertrag eingefügt:

„(4) Gesellschafter, die

a) nicht für die Einzelbeschlüsse zu 9.4 oder zu 9.5 oder zu 9.6 oder zu 9.9 der Gesellschafterversammlung vom 21.3.2011 als wesentliche Elemente des Sanierungs- und Fortführungskonzeptes gestimmt haben,

b) nicht entsprechend den in der Gesellschafterversammlung vom 21.3.2011 gefassten Beschlüssen, (...), bis zum Einzahlungsstichtag – spätestens jedoch bis zum Sanierungsstichtag – nach Maßgabe der Bestimmungen zu 9.4.2 des Sanierungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung vom 21.3.2011 einen Anteil in Höhe ihres jeweiligen Gesellschafterbeitrages auf den Erhöhungsbetrag übernommen und durch Zahlung bewirkt haben,

c) der Gesellschaft zwar 2001 oder später Sonder- oder Sanierungsdarlehen gewährt haben oder als Gesellschafter der Gruppe „B“ jetzt noch gewährt werden, aber nicht mit ihren Rückzahlungsforderungen im Rang zurück treten hinter (...), scheidet mit schuldrechtlicher Wirkung zum Sanierungsstichtag, 24:00 Uhr (mit dinglicher Wirkung mit vorbezeichnetem Zeitpunkt, hilfsweise dem nächsten danach liegenden Zeitpunkt), aus der Gesellschaft aus, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Gesellschaft bedarf.“

**5** Einzahlungsstichtag war gemäß Beschluss Nr. 9.4.2.3 der 20.4.2011, Sanierungsstichtag gemäß Beschluss Nr. 9.8.1 der Tag der Auszahlung der Gesellschafterbeiträge von dem Treuhandkonto zum Zweck der Sanierung. Der mit „Konto, Auszahlungsvoraussetzungen“ überschriebene Beschluss Nr. 9.8.1 regelte außerdem, dass der Treuhänder über die Beträge auf dem Treuhandkonto an die Gesellschaft oder auf ihre Weisung nur verfügen durfte, wenn ein Gesamtbetrag in Höhe des sanierungsbedingten Kapitalbedarfs auf dem Konto zur Verfügung stand und die Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführung, versicherte, dass sie mit der konkreten Umsetzung des Sanierungskonzepts begonnen habe, hierdurch ein erster konkreter Kapitalbedarf entstanden sei, sie eine konsequente Weiterverfolgung der Umsetzung des Konzepts beabsichtige, ihr keine Umstände bekannt seien, die ein Scheitern des damit verfolgten Erfolgs wahrscheinlich machten und sie die Gesellschafterbeiträge bei Auskehr als Erfüllung des durch Zeichnung erhöhten Kapitalanteils des jeweiligen Gesellschafters behandeln werde.

**6** Abschließend wurde unter der Überschrift „Auflösende Bedingung“ folgender Beschluss Nr. 9.11 gefasst:

„Die Gültigkeit der Beschlüsse zu 9.4 bis 9.10, einschließlich der Zeichnung und der Verträge über die Übernahme und Bewirkung der Gesellschafterbeiträge und/oder des Ausscheidens von Gesellschaftern gemäß Beschlusspunkt 9.6 sind dadurch auflösend bedingt, dass die Auszahlungsvoraussetzungen aus dem Treuhandkonto gemäß Beschlusspunkt 9.8.1 nicht bis spätestens am 31.8.2011 erreicht werden.“

**7** In der Folgezeit zahlten Gesellschafter, die den Kapitalmaßnahmen zugestimmt hatten, Sanierungsbeiträge ein. Der nach dem Beschluss Nr. 9.8.1 erforderliche Gesamtbetrag wurde allerdings erst nach dem 31.8.2011 erreicht. Die Beklagte bzw. die A-Gesellschafter, deren Anteile sie erwarb, leisteten keine Zahlungen und erklärten für ihre Darlehensforderungen auch keinen Rangrücktritt. Ende November 2011 wurde der vorgesehene Betrag an die E AG ausgedreht, die Umschuldung der Klägerin vollzogen und die Klägerin als GmbH & Co. KG im Handelsregister eingetragen.

**8** Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die Beklagte nicht ihre Gesellschafterin sei. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils zur Klageabweisung.

**10 I.** Das Berufungsgericht (KG, Urteil vom 6.12.2016, 21 U 110/14, juris) hat seine Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung – im Wesentlichen wie folgt begründet:

**11** Die Beklagte sei zwar Gesellschafterin der Klägerin geworden, aber aufgrund von § 19 Abs. 4 der Satzung spätestens mit Wirkung vom 30.11.2011 wieder aus der Klägerin ausgeschieden. § 19 Abs. 4 der Satzung enthalte eine Regelung nach dem Muster „Sanieren oder Ausscheiden“, die wirksam unter Beachtung der Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit Beschluss Nr. 9.6 der Gesellschafterversammlung vom 21.3.2011 in die Satzung eingefügt worden sei. Sie wirke auch gegenüber der Beklagten, da diese sich aus Treuepflichtgesichtspunkten so behandeln lassen müsse, als ob sie der Sanierungsregelung und der damit verbundenen Ausscheidensfolge zugestimmt habe. Die Regelung sei nicht dadurch nachträglich wieder entfallen, dass die Sanierungsvoraussetzungen nicht gemäß Beschluss Nr. 9.11 bis zum 31.8.2011 geschaffen worden seien. Der Beschluss Nr. 9.11 sei trotz seines Wortlauts nicht dahin gehend zu verstehen, dass allein die Nichteinhaltung der Frist zur Hinfälligkeit des Sanierungsbeschlusses führe. Er sei vielmehr als Optionsrecht dahin gehend auszulegen, dass Gesellschafter, die an der Kapitalerhöhung teilgenommen haben, ihre Zahlung ab dem 1.9.2011 zurückverlangen könnten, aber nicht müssten, und der Sanierungsbeschluss seine Gültigkeit behalte, wenn es hierzu nicht oder nur in einem geringen Umfang komme. Eine Auslegung als auflösende Bedingung möge zwar dem Wortlaut entsprechen, sei aber sinnwidrig, sodass das erkennbar von den Gesellschaftern Gewollte maßgeblich sei. Es könne sein, dass Gesellschafter, die bis zum 31.8.2011 gezahlt haben, bereit seien, weiter abzuwarten und ggf. weitere Überzeugungsarbeit bei den Mitgesellschaftern für die Sanierung zu leisten. In einem solchen Fall wollten die Früheinzahler im Zweifel, dass die Sanierungsoption auch über den 31.8.2011 hinaus fortbestehe. Komme das erforderliche Kapital noch zusammen, sei es für die Gesellschafter ausschließlich vorteilhaft, wenn auch eine solche verzögerte Sanierung noch wirksam sei. Beschluss Nr. 9.11 diene daher offensichtlich dazu, dem Interesse der Früheinzahler Rechnung zu tragen, ihren Sanierungsbeitrag zurückfordern zu können, wenn die Durchführung der Sanierung nicht bis zum 31.8.2011 gesichert war. Dafür aber sei es ausreichend und entspreche gerade auch dem Interesse der Früheinzahler, dies nur als Option zu verstehen und daneben die Möglichkeit einer späteren Umsetzung der Sanierung mit der Wirksamkeit sämtlicher Sanierungsbeschlüsse bestehen zu lassen. Komme die Sanierung im Endergebnis dann doch noch zustande, sei sie wirksam.

**12 II.** Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

**13** Es kann offenbleiben, ob die Einfügung der Ausscheidensregelung in § 19 Abs. 4 der Satzung gemäß Nr. 9.6 der Gesellschafterbeschlüsse gegenüber der Beklagten wirksam beschlossen worden ist. Insbesondere bedarf es keiner Entscheidung, ob die Beklagte bzw. die A-Gesellschafter, deren Anteile sie erworben hat, aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet waren, der Sanierungsregelung und der damit verbundenen Ausscheidensfolge zuzustimmen und sie sich da-

her so behandeln lassen müssen, als hätten sie zugestimmt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rdnr. 22 ff.; Urteil vom 25.1.2011, II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rdnr. 20; Urteil vom 9.6.2015, II ZR 420/13, ZIP 2015, 1626 Rdnr. 20 ff.), obwohl sie bereits aufgrund ihrer Gesellschafterdarlehen in 2001 eine Schuldbefreiung gegenüber der E AG erlangt hatten.

**14** Der Beschluss Nr. 9.6 ist – sofern man ihn nicht bereits als bedingungsfeindlich ansieht und damit wegen der auflösenden Bedingung in Beschluss Nr. 9.11 für unwirksam erachtet – jedenfalls aufgrund des Eintritts der auflösenden Bedingung gemäß Beschluss Nr. 9.11 zum 1.9.2011 unwirksam geworden.

**15** 1. Der Beschluss Nr. 9.11 enthält eine auflösende Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB. Die Auslegung des Beschlusses durch das Berufungsgericht als bloßes Optionsrecht für sanierungswillige Gesellschafter zur Rückforderung ihrer Sanierungsbeiträge nach dem 31.8.2011 ist rechtsfehlerhaft.

**16** a) Der Senat kann diese Auslegung selbst vornehmen, weil der Beschluss Nr. 9.11 nach den für Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften geltenden Grundsätzen, d. h. nach seinem objektiven Erklärungsbefund auszulegen ist (vgl. BGH, Urteil vom 18.9.2012, II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291 Rdnr. 18; Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rdnr. 13 f.; Urteil vom 16.2.2016, II ZR 348/14, ZIP 2016, 518 Rdnr. 12 f. m. w. N.). Bei Beschlüssen von Publikumsgesellschaften bedarf es ebenso wie bei Gesellschaftsverträgen wegen der körperschaftlichen Struktur dieser Gesellschaften mit einer Vielzahl von persönlich nicht miteinander verbundenen Gesellschaftern und einem wechselnden Mitgliederbestand grundsätzlich einer einheitlichen objektiven Auslegung, um den Inhalt des Beschlusses auch für später beitretende Gesellschafter verlässlich zu bestimmen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.9.1998, V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 292 und Beschluss vom 23.8.2001, V ZB 10/01, BGHZ 148, 335, 345, jeweils zu WEG-Beschlüssen). Außerdem kommt hier dem Beschluss Nr. 9.11 zumindest mittelbar gesellschaftsvertragsändernde Wirkung zu, da er u. a. die Gültigkeit der mit Beschluss Nr. 9.6 beschlossenen Gesellschaftsvertragsänderung regelt.

**17** Maßgeblich für die Auslegung sind danach Wortlaut, Zusammenhang und Zweck des Beschlusses aus der Sicht eines verständigen Publikumpersonengeschafters (vgl. BGH, Urteil vom 16.2.2016, II ZR 348/14, ZIP 2016, 518 Rdnr. 12). Umstände, die in dem Beschluss keinen Niederschlag gefunden haben und bei einem Publikumsgesellschafter nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1993, II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350) oder für ihn anhand des Beschlussantrags oder -protokolls nicht ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. BGH, Beschluss vom 23.8.2001, V ZB 10/01, BGHZ 148, 335, 345), können zur Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden.

**18** b) Danach handelt es sich bei dem Beschluss Nr. 9.11 um eine auflösende Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB in Kombination mit einer Befristung, da die auflösende Bedingung erst nach einem bestimmten Zeitpunkt Rechtswirkungen zeitigen sollte (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2005, II ZR 55/04, ZIP 2005, 2255, 2256).

**19** aa) Seinem Wortlaut nach enthält der Beschluss – wie auch das Berufungsgericht angenommen hat – eine auflösende Bedingung u. a. für den Beschluss Nr. 9.6.

**20** Der Beschluss Nr. 9.11 ist in der Tagesordnung für die Gesellschafterversammlung mit „Auflösende Bedingung“ überschrieben und erklärt die Gültigkeit der Einzelbeschlüsse als dadurch „auflösend bedingt“, dass die Auszahlungsvoraussetzungen aus dem Treuhandkonto nicht bis spätestens am 31.8.2011 erreicht werden.

**21** Zudem wird der Beschluss Nr. 9.6 über das Ausscheiden von Gesellschaftern ausdrücklich als von Beschluss Nr. 9.11 erfasster Einzelbeschluss genannt. Das wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die Regelung lediglich der zeitlichen Begrenzung der Bindung der von den sanierungswilligen Gesellschaftern eingezahlten Geldmittel dienen sollte. Die ausdrückliche Einbeziehung der Ausschließungsregelung in Beschluss Nr. 9.11 spricht vielmehr dafür, dass mit dem Fristablauf die Unwirksamkeit des gesamten Sanierungskonzepts bzw. der zu seiner Umsetzung beschlossenen Maßnahmen eintreten sollte.

**22** bb) Für eine auflösende Bedingung und gegen das vom Berufungsgericht angenommene Optionsrecht spricht im Weiteren, dass die Gültigkeit der Einzelbeschlüsse an das Vorliegen sämtlicher Auszahlungsvoraussetzungen gemäß Beschluss Nr. 9.8.1 zum 31.8.2011 geknüpft wurde. Voraussetzung war daher nicht nur, dass zu diesem Zeitpunkt der für die Sanierung erforderliche Gesamtbetrag auf dem Treuhandkonto zur Verfügung stand, sondern auch eine Versicherung der Geschäftsführung der Gesellschaft, die den konkreten Beginn, die konsequente Weiterverfolgung und die weiterhin bestehenden Erfolgsaussichten des Sanierungskonzepts zum Gegenstand hatte. Auch das zeigt, dass die Regelung nicht nur eine zeitliche Begrenzung der eingezahlten Geldmittel bewirken, sondern darüber hinaus auch sicherstellen sollte, dass zu dem genannten Zeitpunkt die tatsächliche Umsetzung des Sanierungskonzepts konkret feststand und erfolgen würde.

**23** Dass das gesamte Sanierungskonzept mit dem (Nicht-)Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen zum 31.8.2011 „stehen und fallen“ sollte, folgt schließlich auch daraus, dass sämtliche Einzelbeschlüsse Nr. 9.4 bis 9.11 bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen unwirksam werden sollten.

**24** Dagegen lassen sich weder dem Beschluss Nr. 9.11 noch den übrigen Sanierungsbeschlüssen vom 21.3.2011 oder dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass mit der Gültigkeitsregelung in Beschluss Nr. 9.11 nur ein Optionsrecht geschaffen und keine Wirksamkeitsbedingung beschlossen werden sollte. Auch in der Entscheidung des Berufungsgerichts werden solche Anhaltspunkte nicht aufgezeigt.

**25** cc) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts lässt sich die Auslegung als bloßes Optionsrecht auch nicht damit begründen, der Beschluss Nr. 9.11 diene dem Interesse sanierungswilliger Früheinzahler, nur die Bindung ihrer eingezahlten Geldmittel bis zu dem genannten Stichtag zu befristen, ohne aber die Möglichkeit auszuschließen, das Sanierungskonzept auch später noch umzusetzen.

**26** Zunächst kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass es im Interesse sämtlicher Früheinzahler lag, die Möglichkeit einer späteren Umsetzung der Sanierung beizubehalten. Das Berufungsgericht hat diese Annahme nicht näher begründet. Auch ein zunächst sanierungsbereiter Gesellschafter kann jedoch ein Interesse daran gehabt haben, nicht nur die Bindung seines Sanierungsbeitrags bis zum 31.8.2011 zu befristen, sondern auch einen festen Endtermin für die Sanierungsbemühungen mit anschließender Liquidation der Gesellschaft zu bestimmen. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass ein Gesellschafter sich möglicherweise nur wegen dieser zeitlichen Begrenzung der Sanierungsbemühungen noch zu einem Sanierungsversuch bereitgefunden hat.

**27** Darüber hinaus widerspricht die Annahme eines bloßen Optionsrechts für Früheinzahler aber insbesondere den berechtigten Interessen der übrigen Gesellschafter an einer klaren und unmissverständlichen Regelung über das Bestehen ihrer Gesellschafterstellung. Nach der Auslegung des Berufungsgerichts wäre in keiner Weise erkennbar, wie lange nach dem 31.8.2011 noch eine Umsetzung der Sanierungsbeschlüsse unter Beibehaltung ihrer Gültigkeit möglich sein sollte. Damit wäre auch völlig ungewiss, wie lange die beschlossenen umfassenden Sanierungsmaßnahmen noch Geltung haben sollten und insbesondere die neu eingefügte gesellschaftsvertragliche Regelung des § 19 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages noch eine Ausschließung sanierungsunwilliger Gesellschafter zum letztlich erzielten Sanierungstichtag bewirken sollte.

**28** Dagegen lässt sich nicht anführen, dass bei Annahme einer auflösenden Bedingung dem (etwaigen) Interesse sanierungswilliger Gesellschafter an der Möglichkeit einer späteren Umsetzung des Sanierungskonzepts nicht hinreichend Rechnung getragen werden könnte. Hierzu hätte eine Verlängerung der mit Beschluss Nr. 9.11 bestimmten Frist über den 31.8.2011 hinaus beschlossen werden können, sofern die dafür erforderliche Mehrheit von Gesellschaftern eine entsprechende Verlängerung der Sanierungsbemühungen befürwortete.

**29** 2. Die Voraussetzungen für den Eintritt der auflösenden Bedingung gemäß Beschluss Nr. 9.11 sind erfüllt.

**30** Nach Nr. 9.11 der Gesellschafterbeschlüsse war die Gültigkeit des Beschlusses Nr. 9.6 dadurch auflösend bedingt, dass die Auszahlungsvoraussetzungen aus dem Treuhandkonto gemäß Beschluss Nr. 9.8.1 nicht bis spätestens am 31.8.2011 erreicht wurden. Eine der Auszahlungsvoraussetzungen in Beschluss Nr. 9.8.1 bestand darin, dass auf dem Konto ein Gesamtbetrag in Höhe des sanierungsbedingten Kapitalbedarfs zur Verfügung stand. Das war hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst nach dem 31.8.2011 der Fall.

**31** 3. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Berufung der Beklagten auf Beschluss Nr. 9.11 auch nicht rechtsmissbräuchlich.

**32** Die sanierungswilligen Gesellschafter haben mit Nr. 9.11 ausdrücklich eine auflösende Bedingung für die Sanierungsmaßnahmen einschließlich der Ausschließungsregelung für sanierungsunwillige Gesellschafter beschlossen. An dieser selbst auferlegten Beschränkung der Wirksamkeit der Sanie-

rungsbeschlüsse müssen sie sich nunmehr auch und gerade im Verhältnis zur Beklagten, die davon in ihrer Gesellschafterstellung betroffen ist, festhalten lassen. Es wäre ihnen unbenommen gewesen, eine Verlängerung der in Nr. 9.11 bestimmten Frist zu beschließen, um damit auch eine Fortdauer der Ausschließungsregelung für sanierungsunwillige Gesellschafter zu bewirken. Hiervon haben sie aber keinen Gebrauch gemacht. In Anbetracht dessen können sie der Beklagten, die nach Eintritt der Bedingung keinen Verlust ihrer Gesellschafterstellung mehr gewärtigen musste, nunmehr nicht entgegenhalten, dass sie die Sanierungsmaßnahmen trotz Unwirksamkeit der Sanierungsbeschlüsse später doch noch umgesetzt haben.

**33** III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen in der Sache zu treffen sind, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

**34** Da die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Gesellschafterin der Klägerin geworden und der Beschluss Nr. 9.6 über die Ausschließung sanierungsunwilliger Gesellschafter gemäß Beschluss Nr. 9.11 jedenfalls mit Eintritt der auflösenden Bedingung zum 1.9.2011 unwirksam geworden ist, ist die Klage abzuweisen.

## 18. Wichtigkeit der in einer Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse bei zwar formell ordnungsgemäßer, aber bewusst rechtsmissbräuchlicher Ladung eines Gesellschafters

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.4.2018, I-6 W 2/18

*BGB § 166 Abs. 1*

*ZPO § 91 Abs. 1, § 567 Abs. 1 Nr. 2, §§ 569, 920, 936*

*GmbHG § 16 Abs. 1, Abs. 3 Satz 3, 4 und 5, § 51*

*AktG § 241 Nr. 1*

### LEITSATZ:

**Ein zur Wichtigkeit der in einer GmbH-Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse führender Einladungsmangel liegt trotz formell ordnungsgemäßer Ladung jedenfalls dann vor, wenn 1. aufgrund konkreter Umstände davon auszugehen ist, dass die formell ordnungsgemäße Ladung den betroffenen Gesellschafter nicht erreichen wird, 2. eine Möglichkeit besteht, den Gesellschafter per E-Mail zu erreichen und über die anstehende Gesellschafterversammlung in Kenntnis zu setzen und 3. diese Kommunikationsmöglichkeit in anderem Zusammenhang bereits mehrfach genutzt wurde.**

### SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger nimmt die Beklagte mit seiner Klage auf Feststellung der Wichtigkeit zweier in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 31.8.2016 gefasster Beschlüsse in Anspruch. Gleichzeitig begehrt er im einstweiligen Rechtsschutzverfahren den Erlass einer

einstweiligen Verfügung, mit der das AG Kleve – Handelsregister – angewiesen werden soll, der Liste der Gesellschafter der Beklagten seinen Widerspruch gegen die Gesellschafterstellung der Beklagten zuzuordnen.

**2** Der Kläger war ursprünglich einer der beiden geschäftsführenden Gesellschafter der Beklagten. Im Jahr 2008 nahmen der Kläger und Frau B als weitere Gesellschafterin die in Abu Dhabi (Vereinigte Arabische Emirate/VAE) ansässige Gesellschaft C auf, deren Geschäftsführer der ebenfalls im Jahr 2008 zum Mitgeschäftsführer der Beklagten bestellte Herr D ist. Nachdem die private Beziehung zwischen dem Kläger und Frau B endete, gab der Kläger Ende 2014/Anfang 2015 das Geschäftsführeramt infolge der damit einhergehenden persönlichen Differenzen auf, zog aus den von ihm nach seinem Auszug aus der gemeinsamen Wohnung vorübergehend zu Wohnzwecken genutzten, über dem Betrieb der Beklagten gelegenen Räumlichkeiten aus und begab sich mit einem ihm von der Beklagten verkauften Segelboot „auf große Fahrt“. Einen festen Wohnsitz unterhielt der Kläger seitdem nicht mehr. Am 31.8.2016 fand eine Gesellschafterversammlung der Beklagten statt, zu welcher der Kläger mit Einladungsschreiben vom 28.7.2016 unter der Anschrift „(...), Abu Dhabi“ eingeladen wurde. Der Kläger erschien zu der Gesellschafterversammlung nicht. Mit den auf die Geschäftsanteile von Frau B und der C entfallenden 65 % des Stammkapitals der Beklagten entsprechenden Stimmen wurde zum einen die Einziehung der auf den Kläger entfallenden Geschäftsanteile, der Untergang dieser Geschäftsanteile und die Schaffung neuer Geschäftsanteile, die von der Beklagten als eigene Anteile übernommen und gehalten werden, und zum anderen eine Änderung des Gesellschaftsvertrages der Beklagten beschlossen. Unter dem 28.9.2016 wurde von dem beurkundenden Notar unter Hinweis auf die Beschlussfassungen vom 31.8.2016 eine geänderte Gesellschafterliste beim Registergericht eingereicht, welche Frau B, die C und die Beklagte als Gesellschafter der Beklagten ausweist. Die Eintragung in das Handelsregister ist erfolgt.

**3** Der Kläger macht (...) geltend, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 31.8.2016 seien nichtig, jedenfalls aber anfechtbar, da er zu dieser Gesellschafterversammlung nicht eingeladen worden sei. Nach der Satzung der Beklagten hätte die Einladung mit Einschreiben an die der Gesellschaft zuletzt mitgeteilte Anschrift erfolgen müssen. Die Einladung sei ihm nicht wirksam zugegangen. Das Beförderungsunternehmen bescheinige eine Übernahme des Poststücks durch einen „Mr. F“, obwohl an ein Postfach habe zugestellt werden sollen. Das Poststück sei also nicht in das Postfach eingelegt, sondern einem Dritten überlassen worden; allein daraus ergebe sich schon ein Einberufungsmangel. Er, der Kläger, habe der Beklagten zu keinem Zeitpunkt konkret eine ladungsfähige Anschrift im Sinne der Satzungsregelung mitgeteilt. Frau B habe aber gewusst, dass er niemals in Abu Dhabi gelebt und die Briefkastenanschrift nur im Interesse der Gesellschaft und mit Rücksicht auf den Mitgesellschafter unterhalten habe, die Beziehung in die VAE mit Aufgabe der Geschäftsführerstellung beendet gewesen sei und er sich im Januar 2015 unter Aufgabe seines Wohnsitzes auf eine Segelreise begeben habe. Auch wenn die Postfachanschrift regelmäßig in Gesellschafterbeschlüssen als Wohnanschrift benannt worden sei, habe sie nach alledem nicht als „zuletzt mitgeteilte Adresse“ angesehen werden können, woraus sich ebenfalls ein Einberufungsmangel ergebe. Auch unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht könne die Ladung nicht als ordnungsgemäß angesehen werden. Die Beklagte sei personalistisch strukturiert. Unter Berücksichtigung der Umstände wäre es zumutbar gewesen, sich vor der Einladung zur Gesellschafterversammlung nach einer ladungsfähigen Anschrift zu erkundigen, zumal dies lediglich einen Anruf auf der für ihn unterhaltenen betrieblichen Telefonnummer oder eine Nachricht unter der bekannten E-Mailadresse erfordert hätte. Ebenso gut hätte ihm die Einladung per E-Mail übermittelt werden können. Auch sei zu berücksichtigen, dass der Mitgeschäftsführer der Beklagten, Herr D, dasselbe Postfach verwende, an welches die Einladung versandt worden sei. Herr D habe also die von ihm mitunterzeichnete Einladung an sich selbst geschickt. Das Vorgehen der Beklagten, ihrer Geschäftsführer

und Gesellschafter stelle sich als hochgradig rechtsmissbräuchlich dar. Die Gesellschafterliste sei falsch, die Beklagte sei aufgrund der Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses nicht Gesellschafterin der neu geschaffenen Anteile geworden.

**4** Das LG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 21.12.2016 zurückgewiesen und hat gemeint, der Kläger habe nicht glaubhaft gemacht, dass die Einziehung seiner Geschäftsanteile nicht wirksam erfolgt sei. Er habe die Anschrift, unter der er geladen worden sei, mehrfach gegenüber der Beklagten benutzt. Nach der Satzung der Beklagten habe die Einladung daher an diese Adresse gerichtet werden müssen. Darauf, ob der Mitgesellschafterin seine persönliche Anschrift bzw. die Möglichkeit, wie der Kläger zuverlässig erreicht werden könne, bekannt gewesen sei oder nicht, komme es nicht an.

**5** Gegen diesen Beschluss wendet sich der Kläger mit seiner sofortigen Beschwerde, mit der er seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (...) weiterverfolgt und meint, das LG sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass er unter der Postfachanschrift in Abu Dhabi formell korrekt habe geladen werden können. Beiden Geschäftsführern sei bekannt gewesen, dass das Postfach nur pro forma unterhalten worden sei und er seine letzte Anschrift „Richtung Segelboot“ verlassen habe. Sie hätten also gewusst, dass der Zugang der Ladung bei Einhaltung des formell vorgesehenen Ladungsweges nicht würde eintreten können. Der Verstoß gegen Treu und Glauben ergebe sich aber auch daraus, dass ihnen nicht nur dies, sondern auch bekannt gewesen sei, dass er, der Kläger, auf anderem Wege, nämlich über das von der Beklagten bis Mai 2017 für ihn empfangsbereit gehaltene E-Mail-Postfach oder das betriebliche Mobiltelefon, leicht hätte erreicht werden können. Wäre es demnach möglich gewesen, ihn zu erreichen, sei die Einladung mit der Absicht verschickt worden, die Versammlung vor ihm geheim zu halten und habe das – formell richtige – Vorgehen letztlich dem Ziel gedient, seinen Rauswurf zu beschließen, ohne dass er Notiz davon nehmen würde. (...) Dass er seine Kontakte nach Abu Dhabi im Januar 2015 abgebrochen habe, sei der Beklagten und ihren Geschäftsführern im Übrigen auch deshalb bekannt gewesen, weil der jetzige Prozessbevollmächtigte der Beklagten, der die Gesellschafterin in der Versammlung vom 31.8.2016 vertreten habe, ihn bei der Abwicklung seiner Angelegenheiten in Abu Dhabi vertreten habe. Ihm sei damit in der Gesellschafterversammlung positiv bekannt gewesen, dass ihm, dem Kläger, die Einladung nicht habe zugegangen sein können. Auch dieses Wissen sei zuzurechnen.

**6** Das LG hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und hat die Sache dem Senat als Beschwerdegericht vorgelegt. Das LG hat unter anderem gemeint, die Adresse in Abu Dhabi sei durchaus die zuletzt der Gesellschaft gegenüber mitgeteilte Anschrift gewesen, wie sich aus der Nachtragsvereinbarung hinsichtlich des erworbenen Bootes ergebe. Daher habe die Einladung an diese Anschrift gesandt werden können und müssen. Ein treuwidriges Vorgehen bewusst zu lasten des Klägers sei hierbei nicht ersichtlich. Dem Kläger habe es freigestanden, jederzeit eine andere Anschrift mitzuteilen. (...)

**7** Der Kläger hat dem im Beschwerdeverfahren entgegengehalten, dass er per E-Mail vom 16.4.2015 den beurkundenden Notar nach seiner Ankunft in Teneriffa über seine dortige aktuelle offizielle Anschrift informiert habe. Rechtsanwalt K sei auf „cc“ gesetzt gewesen und habe die E-Mail auch erhalten. Dessen Wissen müsse sich die Beklagte gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Im Übrigen sei in der Vergangenheit zu Gesellschafterversammlungen ungeachtet der Satzungsregelung ausschließlich per E-Mail eingeladen worden. Dies gelte insbesondere für die Gesellschafterversammlung, die vor der streitgegenständlichen stattgefunden habe. Insoweit bezieht sich der Kläger auf die vorgelegte E-Mail, mit welcher er zu der Gesellschafterversammlung der Beklagten am 23.1.2015 eingeladen worden sei.

(...)

**9** Die Beklagte hat geltend gemacht, dass es nie gelebte Praxis gewesen sei, dass per E-Mail zu Gesellschafterversammlungen einge-

laden werde. Die Gesellschafter seien vor dem Zerwürfnis vielmehr „ohne irgendwelche Einladungen“ zusammengekommen. Die vorgelegte Einladung sei vor dem Antritt der Segelreise an den Kläger versandt worden. Am 23.1.2015 habe mit Blick auf die Satzungsregelung keine Gesellschafterversammlung stattgefunden. Ihr, der Beklagten, sei vom Kläger nie eine andere Anschrift mitgeteilt worden. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass der Kläger Kenntnis von an seine offizielle Meldeadresse übersandten Schriftstücken erlangen würde. Rechtsmissbräuchlichkeit sei nicht anzunehmen. Sie liege nur vor, wenn eine ordnungsgemäße Abhaltung der Gesellschafterversammlung zielgerichtet verhindert werden solle. Das einzige Ziel der Mitgesellschafter des Klägers sei es hingegen gewesen, sie, die Beklagte, vor der Insolvenz zu bewahren. Es seien zwingend notwendige Kapitalmaßnahmen beschlossen worden, um in Verhandlungen mit Investoren treten zu können.

**10** Dem hat der Kläger entgegengehalten, dass es mit der Treupflicht der Gesellschafter untereinander nicht vereinbar sei, wenn zwei Gesellschafter positiv wüssten, dass der dritte Gesellschafter über die letzte der Gesellschaft gegenüber verwendete Anschrift nicht zu erreichen sei, gleichwohl aber nicht einmal versuchen, den auszuschließenden Gesellschafter über die bisher genutzten Kommunikationswege zu erreichen und auf die Versammlung hinzuweisen. Im Übrigen sei die gesamte Korrespondenz bei der Beklagten einschließlich der Ladung schon wegen des damaligen Wohnorts des Mitgesellschafters D in Abu Dhabi per E-Mail verlaufen. Der einzige Grund, von der Ladung per E-Mail Abstand zu nehmen, könne darin gesehen werden, dass man habe verhindern wollen, dass er, der Kläger, an der Gesellschafterversammlung selbst teilnehme oder sich vertreten lasse.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12 II.** Die sofortige Beschwerde des Verfügungsklägers (...) hat in der Sache Erfolg. (...) Der Kläger hat einen Anspruch auf Einreichung einer abweichenden Gesellschafterliste, § 16 Abs. 1 GmbHG, und seine materiellrechtliche Gesellschafterstellung glaubhaft gemacht. Die Gefährdung seines Rechts ergibt sich aus der gesetzlichen Vermutung, § 16 Abs. 3 Satz 5 GmbHG, sowie aus dem Vortrag der Beklagten zu den wirtschaftlichen Hintergründen der Beschlussfassungen.

**13 1.** Der Beschluss über die Einziehung der Geschäftsanteile des Klägers an der Beklagten in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 31.8.2016 ist nicht nur anfechtbar, sondern aufgrund der Schwere des Einladungsmangels analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig. Die unter dem 28.9.2016 beim Handelsregister eingereichte geänderte Gesellschafterliste gibt daher die Rechtslage insoweit nicht zutreffend wieder, als sie die zuvor eingetragenen Geschäftsanteile des Klägers nicht mehr und stattdessen Geschäftsanteile der Beklagten ausweist. Der Kläger ist weiterhin Inhaber der genannten Geschäftsanteile der Beklagten und hat somit einen Anspruch darauf, wieder in die Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen zu werden sowie auf Einreichung einer derart geänderten Gesellschafterliste.

**14 a)** Da weder das GmbHG noch die Satzung der Beklagten eigenständige Regelungen über die Geltendmachung von Beschlussmängeln enthalten, sind die aktienrechtlichen Vorschriften entsprechend heranzuziehen, sofern, was hier der Fall ist, ein bestimmtes Beschlussergebnis festgestellt ist (BGH, Beschluss vom 24.3.2016, II ZB 32/15, ZIP 2016, 817). Einladungsmängel führen in einigen Fällen nur zur Anfechtbar-

keit gefasster Beschlüsse. Sie führen aber dann zur Beschlussnichtigkeit, wenn entgegen § 51 GmbHG nicht alle Gesellschafter, wobei § 16 Abs. 1 GmbHG maßgeblich ist, eingeladen worden sind. Der Nichtladung eines Gesellschafters gleich stehen Mängel der Einladung, wenn dem Gesellschafter seine Teilnahme in einer Weise erschwert wird, die der Verhinderung seiner Teilnahme gleichkommt (BGH, Urteil vom 13.2.2006, II ZR 200/04, ZIP 2006, 707 Rdnr. 9.). Sind in diesem Sinne nicht alle Gesellschafter zur Gesellschafterversammlung eingeladen worden, so ist ein in dieser Versammlung gefasster Beschluss entsprechend § 241 Nr. 1 AktG nichtig.

**15** Gleiches gilt im Falle rechtsmissbräuchlicher Einladung trotz Erfüllung aller gesetzlichen Anforderungen. Auch diese begründet, wenn ein schwerwiegendes bzw. „krasses“ Verhalten vorliegt, die Nichtigkeit des Beschlusses (vgl. nur Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl., § 51 Rdnr. 36).

**16 b)** Gemessen an diesen Grundsätzen führt der Einladungsmangel zur Nichtigkeit der am 31.8.2016 gefassten Gesellschafterbeschlüsse. Die Einladung des Klägers war zwar formell ordnungsgemäß, sie war jedoch rechtsmissbräuchlich, da sie einer Nichtladung des Klägers gleichkommt.

**17 aa)** Zur Gesellschafterversammlung der Beklagten war nach § 9 (1) ihrer Satzung „unter Angabe der Tagesordnung mit eingeschriebenem Brief (an die der Gesellschaft zuletzt mitgeteilte Anschrift) mindestens drei Wochen vorher zu laden“. Die vorgenommene Ladung des Klägers unter der Postfachanschrift in Abu Dhabi ist formell nicht zu beanstanden. Wie das LG zutreffend ausgeführt und die Beklagte durch Unterlagen belegt hat, handelt es sich bei der Zustellanschrift um die der Beklagten zuletzt mitgeteilte Anschrift des Klägers. Zwar heißt es in den am 23.1.2015 geschlossenen Vereinbarungen, der Kläger sei „derzeit wohnhaft in L (...)“, d. h. unter der Geschäftsanschrift der Beklagten. Jedoch verhält sich die überreichte Räumungsvereinbarung gerade über die Herausgabe der vom Kläger vorübergehend bewohnten Räumlichkeiten in dem Geschäftsgebäude der Beklagten und wird in der Nachtragsvereinbarung zur Vereinbarung über den Erwerb und die Übertragung von Vermögenswerten vom 23.1.2015, die am 18.2./22.2.2015 zustande gekommen ist, als Anschrift des Klägers „(...) in Abu Dhabi U. A. E., derzeitiger Aufenthaltsort L (...)“ angegeben. Unstreitig hat der Kläger Anfang März 2015 die Segelreise mit dem von der Beklagten gekauften Segelboot angetreten. Dass er der Beklagten bis Anfang August 2016 eine neue Anschrift mitgeteilt hat, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Soweit der Kläger sich insofern auf seine E-Mail vom 16.4.2015 und die darin mitgeteilte Anschrift auf Teneriffa bezieht, kann dies eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen. Denn diese E-Mail ist nicht an die Beklagte, sondern an den Notar gerichtet, kann also nicht als an die Beklagte gerichtete Mitteilung im Sinne der Satzung angesehen werden. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Kläger Rechtsanwalt K auf „cc“ gesetzt hat, wobei es nicht entscheidend darauf ankäme, ob diesen die E-Mail erreicht hat. Denn es handelt sich ebenfalls nicht um eine Mitteilung gegenüber der Beklagten. Konkrete Umstände, aufgrund derer der Kläger annehmen durfte, der Notar und/oder Rechtsanwalt K seien insofern Empfangsvertreter oder Empfangsbote der Beklagten, sind weder vorgebracht noch ersichtlich. Dass ihm als

juristischen Laien die Differenzierung zwischen der Gesellschaft und den für sie aufgrund konkreter Beauftragungen tätigen Personen nicht geläufig war, wie der Kläger geltend macht, reicht ohnehin nicht aus. Dies gilt umso mehr, wenn bedacht wird, dass die E-Mail vom 16.4.2015 keinen Bezug zur Beklagten aufweist, sondern ein Grundstücksgeschäft betrifft.

**18** Die Unerreichbarkeit unter der zuletzt mitgeteilten Anschrift hat sich der Kläger mithin selbst zuzuschreiben, da er es versäumt hat, der Beklagten eine neue Postanschrift mitzuteilen (vgl. nur Senat, Urteil vom 9.11.1989, 6 U 21/89, NJW-RR 1990, 806 Rdnr. 30, 31). Dies gilt im Übrigen schon deshalb ungeachtet der Tatsachen, dass er nie in Abu Dhabi lebte, die dortige Adresse nur im Interesse der Beklagten unterhielt, um dort Geschäfte zu machen und das Postfach Herrn D gehört, weil all dies nicht nur der Beklagten, sondern auch dem Kläger selbst bekannt war. Es ist grundsätzlich seine Sache, sich um seine Gesellschafter-Angelegenheiten zu kümmern. Dazu hätte es auch und gerade unter Berücksichtigung der aufgeführten Umstände gehört, der Beklagten eine neue Anschrift mitzuteilen. Denn dass der Beklagten die gesetzesmäßige und satzungskonforme Einladung zu Gesellschafterversammlungen ohne Angabe einer Postanschrift, unter der er auch erreichbar ist, wenn nicht unmöglich gemacht, so doch wesentlich erschwert wird, war dem Kläger bei Antritt seiner Segelreise bekannt. Dass er als Gesellschafter eine Einladung zur Gesellschafterversammlung nicht erhält, ist im Grundsatz ihm selbst zuzuschreiben und führt nicht dazu, dass eine solche Einladung nicht formell ordnungsgemäß ist. Andernfalls wäre die Gesellschaft aufgrund des Unterlassens der Mitteilung einer neuen Anschrift außerstande, zu einer Gesellschafterversammlung satzungskonform einzuladen und hätte es der Gesellschafter in der Hand, sich bei jedweder Beschlussfassung auf einen Ladungsmangel zu berufen.

**19** bb) Allerdings ist zu der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 31.8.2016 unter Berücksichtigung der besonderen Umstände trotz der formellen Ordnungsgemäßheit rechtsmissbräuchlich eingeladen worden, was, da der Ladungsmangel der bewussten Nichtladung des Klägers gleichkommt, die Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse zur Folge hat.

**20** Zu berücksichtigen ist hierbei die hohe Bedeutung des Partizipationsinteresses des Klägers. Die Ladung des Gesellschafters zur Gesellschafterversammlung dient der Sicherung eines für jeden Gesellschafter unverzichtbaren Gesellschaftersrechts, seines Teilnahmerechts an der Gesellschafterversammlung und der damit verbundenen Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 13.2.2006, II ZR 200/04, ZIP 2006, 707 Rdnr. 12, 13). Dass dem in besonders hohem Maße Rechnung zu tragen ist, wenn es, wie hier, um die Einziehung der Geschäftsanteile des betroffenen Gesellschafters geht, bedarf keiner näheren Begründung.

**21** Die Rechtsmissbräuchlichkeit des Verhaltens der einberufungsbefugten Geschäftsführer der Beklagten respektive der Mitgesellschafter des Klägers ergibt sich jedenfalls in der Gesamtschau aus den folgenden Umständen: Die Geschäftsführer der Beklagten wussten, dass die satzungskonform ver-

sandte Einladung den Kläger aller Voraussicht nach nicht erreichen wird. Die Beklagte behauptet zwar, sie habe darauf vertrauen dürfen, dass der Kläger Kenntnis von an die Postfachanschrift übersandten Schriftstücken erlangen würde. Aufgrund welcher Anhaltspunkte sie darauf hätte vertrauen können, trägt sie jedoch nicht vor. Soweit sie behauptet, bei dem Treffen am 23.1.2015 habe der Kläger auf Nachfrage von Rechtsanwalt K die Adresse in Abu Dhabi „als zukünftige Zustelladresse“ benannt, fehlt es an einer Glaubhaftmachung. Hinzu kommt, dass ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten zum Zeitpunkt der Versendung der Einladung bekannt war, dass der Kläger seine Angelegenheiten in Abu Dhabi abgewickelt hatte, da sie selbst vom Kläger mit dieser Abwicklung beauftragt worden waren.

**22** Die Geschäftsführer der Beklagten verfügten zudem über die Möglichkeit, ihn per E-Mail über die anstehende Gesellschafterversammlung zumindest in Kenntnis zu setzen. Korrespondenz über den E-Mail-Account des Klägers hat nach Lage der Akten hinsichtlich anderer Angelegenheiten stattgefunden, wie sich beispielsweise dem Ordner „Gesendete Elemente“ im linken Fenster des Ausdrucks der E-Mail vom 16.4.2015, der zwei Mailkorrespondenzen mit Frau B enthält, entnehmen lässt. An die gleiche E-Mailadresse wurde am 19.1.2015 die Information über die am 23.1.2015 anstehende, dann aber abgesetzte Gesellschafterversammlung versandt. Frau B hat noch am 10.9.2015 Herrn N über eine SMS-Nachricht des Klägers informiert und diesen unter der Mailadresse auf „cc“ gesetzt. An beide genannten E-Mailadressen wurde dem Kläger am 25.5.2016 eine E-Mail von Herrn P übersandt, bei der Frau B auf „cc“ gesetzt war, und auf welche der Kläger am 26.5.2016 antwortete.

**23** Schließlich wurde zu Gesellschafterversammlungen der Beklagten nach deren eigener Darstellung vor dem Zerwürfnis nicht satzungskonform, sondern stets formlos „eingeladen“ und wurde der Kläger bereits nach dem Zerwürfnis, aber wohl noch vor Antritt seiner Segelreise mit der schon erwähnten E-Mail vom 19.1.2015 über die für den 23.1.2015 geplante Gesellschafterversammlung informiert. Die Ladung der Gesellschafter gemäß § 9 (1) der Satzung entsprach mithin zu keinem Zeitpunkt der Praxis bei der Beklagten. Hinzu kommt, dass jedenfalls Herr D (...) nach unwidersprochen gebliebener Darstellung des Klägers zu Gesellschafterversammlungen grundsätzlich per E-Mail eingeladen wurde. Nach alledem besteht kein Zweifel daran, dass die Möglichkeit bestanden hätte, den Kläger über die für den 31.8.2016 geplante Gesellschafterversammlung zu informieren. Dass diese Möglichkeit nicht genutzt wurde und stattdessen ausschließlich und soweit ersichtlich erstmals eine satzungskonforme Einladung versandt wurde, rechtfertigt die Annahme rechtsmissbräuchlichen, auf die Verhinderung der Teilnahme des Klägers abzielenden Verhaltens. Für diese Einschätzung spricht nicht zuletzt das Vorbringen der Beklagten zu Einzelheiten des Zerwürfnisses zwischen dem Kläger und Frau B im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22.3.2018, nach dem der Kläger durch sein Verhalten Frau B gegenüber „jede Kontaktaufnahme außerhalb des vertraglich Geschuldeten unmöglich gemacht“ habe. Dies rechtfertigt nicht, den Kläger von der Gesellschafterversammlung am 31.8.2016 bewusst fernzuhalten, zumal die Gesellschafter nach der Satzung der Beklagten die Mög-

lichkeit gehabt hätten, sich in der Versammlung vertreten zu lassen.

**24** 2. Die Gefährdung des Rechts des Klägers ergibt sich – neben der gesetzlichen Vermutung gemäß § 16 Abs. 3 Satz 5 GmbHG – daraus, dass die Beklagte geltend macht, bereits Gespräche mit einem Investor zu führen, der Geschäftsanteile kaufen wolle. Da nicht behauptet wird, hierbei stehe der Kauf der Geschäftsanteile von Frau B oder Herrn D im Raum, kann sich das Kaufinteresse nur auf die nach der (nichtigen) Einziehung der Geschäftsanteile des Klägers gebildeten neuen Geschäftsanteile beziehen.

(...)

## 19. Unwirksamkeit einer Garantievereinbarung wegen Verstoßes gegen § 181 BGB

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.4.2018, 13 U 31/16

BGB § 181

AktG § 308

### LEITSÄTZE:

- 1. Ein Verstoß gegen § 181 BGB in Form der unzulässigen Mehrfachvertretung liegt vor, wenn eine Vereinbarung sowohl einen Darlehensvertrag als auch eine Garantievereinbarung enthält und die Darlehensnehmerin und die Sicherungsgeberin (Tochterfirma der Darlehensnehmerin) von den selben Prokuristen vertreten werden, die nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind.**
- 2. Die Regelung des § 181 BGB ist in diesem Fall nicht deshalb unanwendbar, weil die Vertreter auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts in fremdem Namen aufgetreten sind, denn dies ist nicht anzunehmen, wenn es in der Vereinbarung (auch) um die Ausgestaltung und gegenseitige Abgrenzung der Rechtspositionen der Vertretenen geht oder rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen den Vertretenen begründet werden.**
- 3. Das Bestehen eines Weisungsrechts nach § 308 Abs. 1 AktG schließt eine Anwendbarkeit des § 181 BGB nicht aus.**

### SACHVERHALT:

**1** I. (...) Mit Beschluss vom 1.6.2009 ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH eröffnet worden.

**2** Die Klägerin hat in diesem Insolvenzverfahren Ansprüche aus einer mit der A GmbH geschlossenen Garantievereinbarung in Höhe von insgesamt 21.018.148,54 € angemeldet. Die Garantievereinbarung ist als Vertragsklausel Ziffer 14 Teil eines zwischen der Klägerin als Darlehensgeberin, der A1 GmbH als Darlehensnehmerin und (unter anderem) der A GmbH – Tochtergesellschaft der A1 GmbH – als Sicherungsgeberin geschlossenen Vertrags vom 19.1.2007. Der Vertrag wurde sowohl für die A GmbH als auch für die A1 GmbH jeweils von den beiden Prokuristen B und C unterzeichnet, die zu diesem Zeitpunkt nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit

waren. Zwischen der A GmbH und der A1 GmbH bestand zu diesem Zeitpunkt – wie auch schon im Oktober 2004 – ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

**3** Den Vertrag vom 19.1.2007 bezeichnen die Vertragsparteien auf dem Deckblatt als „Global Amendment Agreement related to Loan Agreements dated 6 October 2004 an 4 February 2005“. Buchstabe C der Präambel des Vertrags hat folgenden Wortlaut:

„It is intended to amend Loan Agreement I and Loan Agreement II, so that only one consolidated loan agreement with the Borrower as borrower, assuming the obligations of A2 under the Loan Agreement II, with A2 as additional guarantor, survives.“

**4** Ziffer 3.1 regelt:

„Upon signing of this Agreement by all parties hereto, Loan Agreement I and Loan Agreement II shall be amended altogether and the terms set out therein shall be replaced in full by the terms of the consolidated loan agreement set out in Schedule 2 to this Agreement (the Loan Agreement) and shall be read and construed for all purposes as set out in Schedule 2 hereto.“

**5** Der – ebenfalls zwischen der Klägerin als Darlehensgeberin, der A1 GmbH als Darlehensnehmerin und unter anderem der A GmbH als Sicherungsgeberin zuvor geschlossene – Darlehensvertrag vom 6.10.2004 enthielt in Ziffer 14 eine derjenigen des Vertrags vom 19.1.2007 entsprechende Garantievereinbarung. Der Vertrag vom 6.10.2004 wurde für die A1 GmbH von ihrem alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer D und für die A GmbH von deren Prokuristen B und C unterzeichnet.

**6** Dem Vertrag vom 6.10.2004 war ein weiterer Darlehensvertrag vorausgegangen, den die Klägerin am 7.3.2003 sowie – in geänderter Fassung – am 13.1.2004 jeweils mit den seinerzeit als A GmbH und A1 GmbH firmierenden Gesellschaften als Gesamtschuldner geschlossen hatte. Auf Wunsch der Darlehensnehmerin wurde dieser Darlehensvertrag durch den Vertrag vom 6.10.2004 abgelöst.

**7** Ziffer 14.9 des Darlehensvertrags vom 19.1.2007 („Limitation Language“) lautet in der – zwischen den Parteien unstreitigen – deutschen Übersetzung wie folgt:

„Beschränkung für deutsche Garantiegeber. Der Darlehensgeber stimmt zu, dass die Durchsetzung der Garantie und Schadloshaltung nach dieser Klausel 14, sofern sie nicht Darlehen betrifft, die dieser Garantiegeberin oder einer Tochtergesellschaft dieser Garantiegeberin vom Darlehensgeber oder von einem anderen Verpflichteten aus Mitteln dieses Darlehens zur Verfügung gestellt wurden, bei einer Garantiegeberin (außer der Darlehensnehmerin), bei der es sich um eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) handelt (eine „deutsche Garantiegeberin“), soweit beschränkt ist, als von der Darlehensnehmerin nachgewiesen wird, dass das Nettovermögen der betreffenden deutschen Verpflichteten andernfalls unter Verstoß gegen §§ 30 und 31 des deutschen GmbH-Gesetzes unter ihr eingetragenes Stammkapital fallen würde.“

**8** Die Klägerin zahlte der A1 GmbH in drei Tranchen Darlehen in Höhe von insgesamt 25.500.000 € und 15.000.000 USD aus, die nur teilweise zurückgezahlt wurden.

**9** Die Klägerin meldete mit Schreiben vom 19.6.2009 im zwischenzeitlich eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH unter Bezugnahme auf den Darlehensvertrag vom 19.1.2007 eine Forderung in Höhe von insgesamt 26.459.428,39 € zur Insolvenztabelle an.

**10** Mit Schreiben vom 21.7.2009 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er die Forderung bestreite, weil diese nachrangig sei.

**11** Aufgrund verschiedener nach der Anmeldung zur Insolvenztabelle erfolgter Geldeingänge macht die Klägerin im gegenwärtigen Verfahren nunmehr eine Forderung i. H. v. 21.018.148,54 € geltend.

**12** Mit Schriftsatz vom 16.10.2015 hat der Beklagte die Genehmigung des Darlehensvertrags vom 19.1.2007 durch die Insolvenzschuldnerin verweigert.

**13** Die Klägerin ist der Ansicht, die unter dem Darlehensvertrag vom 6.10.2004 wirksam begründete Garantievereinbarung werde durch den Änderungsvertrag vom 19.1.2007 inhaltlich nicht berührt. Die mit der Klageforderung verfolgten Garantieansprüche bezögen sich ausschließlich auf den Darlehensvertrag vom 6.10.2004. Ein Inschlag im Sinne des § 181 BGB liege nicht vor, wenn der Vertreter namens des Vertretenen Sicherheit für eine eigene Schuld stelle.

**14** Außerdem gehörten die A GmbH und die A1 GmbH demselben Konzern an und seien über einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag miteinander verbunden gewesen, sodass sie sich nicht wie fremde Dritte gegenüberstünden.

(...)

**19** Das LG hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus, die Garantievereinbarung zwischen der Klägerin, der A GmbH und der A1 GmbH sei mit Vertrag vom 6.10.2004 wirksam zustande gekommen, weil hier die Parteien von unterschiedlichen Personen vertreten worden seien und die A GmbH außerdem von der Vereinbarung profitiert habe. Die Darlehensergänzung vom 19.1.2007 habe die Garantievereinbarung nicht berührt. Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass die unterzeichnenden Prokuristen zeitnah von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden seien. Dem Beklagten stehe aus Ziffer 14.9 des Darlehensvertrags auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu, da es auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Garantievereinbarung ankomme und sowohl am 6.10.2004 als auch am 19.1.2007 ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen der A GmbH und der A1 GmbH bestanden habe. Etwaige Beschränkungen durch die Limitation Language seien im Übrigen spätestens mit Insolvenzeröffnung weggefallen.

**20** Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt.

**21** Zur Begründung verweist der Beklagte auf seine erstinstanzlich vertretene Rechtsauffassung. Ergänzend trägt er vor:

**22** Entgegen der Auffassung des LG handle es sich bei der Vereinbarung vom 19.1.2007 nicht lediglich um eine Änderung des Darlehensvertrags vom 6.10.2004, sondern um eine Novation.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**32 b)** Das LG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben, weshalb das angefochtene Urteil auf die Berufung des Beklagten abzuändern ist.

**33** Die zulässige Feststellungsklage der Klägerin gemäß § 180 Abs. 1 Satz 1 InsO ist unbegründet. Der Klägerin steht die zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung i. H. v. 21.018.148,54 € aus der Garantievereinbarung des Vertrags vom 19.1.2007 nicht zu, weil die Garantievereinbarung wegen Verstoßes gegen § 181 BGB unwirksam ist.

**34 aa)** Die Garantievereinbarung gemäß Ziffer 14 des Vertrags vom 19.1.2007 ist unter Verstoß gegen § 181 BGB zustande gekommen.

**35** Der Vertrag vom 19.1.2007, der sowohl den Darlehensvertrag zwischen der Klägerin und der A1 GmbH als auch die Garantievereinbarung zwischen Klägerin und A GmbH enthält, ist für die A1 GmbH als Darlehensnehmerin und für die A GmbH als Sicherungsgeberin jeweils von den beiden Prokuristen B und C unterzeichnet worden, die beide zu diesem Zeitpunkt unstrittig nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit waren. Damit ist ein Fall der Mehrfachvertretung im Sinne des § 181 BGB – der Vertreter nimmt ein Rechtsgeschäft mit sich als Vertreter eines Dritten vor – gegeben. Der

Vertreter handelt mithin für unterschiedliche Personen; der Interessenkonflikt zwischen ihnen trifft jedoch in seiner Person zusammen (MünchKomm-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 181 Rdnr. 26).

**36** Im Streitfall scheidet – entgegen der Ansicht der Klägerin – eine Anwendbarkeit des § 181 BGB auch nicht daran, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen eine Sicherheit für eine eigene Schuld bestellt hat. Zwar ist der Klägerin zuzugeben, dass der BGH (Urteil vom 26.10.2004, XI ZR 255/03, juris Rdnr. 33) entschieden hat, dass der (reine) Konflikt zwischen dem Interesse des Vertreters und dem des Vertretenen die Anwendung des § 181 BGB nicht rechtfertigt. Diese Fallkonstellation kann indes nicht auf den Streitfall übertragen werden, da es in dem vom BGH entschiedenen Fall bereits an einer Personenidentität gefehlt hat, denn Vertreter, Vertretener und Gläubiger sind dort unterschiedliche Personen gewesen. In einem solchen Fall ist in der Tat entscheidend, dass § 181 BGB zwar auf eine typisierte Interessenkollision – nämlich in Form der Personenidentität – abzielt, jedoch nicht jede Art von Interessenkollision abdeckt, sondern in erster Linie (mit wenigen Erweiterungen) nur solche, die sich abstrakt-generell beschreiben lassen. Das damit allein verbleibende Eigeninteresse des Vertreters kann zwar einen Interessenkonflikt begründen, der aber nicht in gleicher Weise typisierbar ist, sodass § 181 BGB regelmäßig nicht eingreift (vgl. auch MünchKomm-BGB/Schubert, § 181 Rdnr. 40, 42). Für den Streitfall ergibt sich hieraus jedoch nichts, weil eine Personenidentität – nämlich der Vertreter – ja gerade vorgelegen hat.

**37** Die Regelung des § 181 BGB ist im Streitfall auch nicht deswegen unanwendbar, weil die Vertreter auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts in fremdem Namen aufgetreten sind und somit keine gegenläufigen, sondern parallele Willenserklärungen abgegeben haben (vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1968, V ZR 188/64, juris Rdnr. 15 ff.; OLG Jena, Beschluss vom 27.6.1995, 6 W 219/95, juris Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Schubert, § 181 Rdnr. 26; Palandt/Ellenberger, 77. Aufl. 2018, § 181 Rdnr. 7). Ein Auftreten auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts ist nämlich nicht anzunehmen, wenn es in der Vereinbarung (auch) um die Ausgestaltung und gegenseitige Abgrenzung der Rechtspositionen der Vertretenen geht (OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.2.1980, 1 U 99/79, juris Rdnr. 32) oder rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen den Vertretenen begründet werden (Gebele, BB 2012, 728, 729; MünchKomm-BGB/Schubert, § 181 Rdnr. 22).

**38** Gemessen an den vorstehenden Maßstäben standen die – von denselben Prokuristen vertretenen – A GmbH und A1 GmbH nicht auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts. Schon allgemein gesehen bestehen erhebliche Zweifel, ob eine Beteiligung an einem mehrseitigen Kreditvertrag in der Rolle der Darlehensnehmerin einerseits und der Sicherungsgeberin andererseits als ein „Stehen auf derselben Seite“ angesehen werden kann. Immerhin sind beide in ganz unterschiedlichem Maße einer Haftung ausgesetzt. Die Inanspruchnahme der Sicherungsgeberin durch die Darlehensgeberin lässt überdies Rückgriffsansprüche der Sicherungsgeberin gegenüber der Darlehensnehmerin entstehen. Dass es sich im Streitfall nach dem Willen der Vertragsparteien tatsächlich um einen mehrseitigen Vertrag und nicht um zwei getrennte Vertragsver-

hältnisse, – nämlich Darlehensvertrag einerseits und Garantievereinbarung andererseits – handelt, ergibt sich – neben der Zusammenfassung des Vertrags in einer Vertragsurkunde – insbesondere aus dem Umstand, dass der Vertrag erst Wirksamkeit erlangen sollte, wenn alle Beteiligten (Darlehensgeber, Darlehensnehmer und Sicherungsgeber) ihn unterschrieben haben (vgl. Ziffer 3.1 lit. a).

**39** Ganz konkret werden vorliegend aber auch gerade in der Garantievereinbarung in Ziffer 14 Vereinbarungen sowohl zwischen der Klägerin und der A GmbH getroffen als auch die Rechtspositionen der A GmbH und der A1 GmbH ausgestaltet und gegeneinander abgegrenzt. So verpflichtet sich die A GmbH in Ziffer 14.7 lit. a so lange keinen Rückgriff gegen unter anderem die A1 GmbH zu nehmen, wie die Darlehensforderung der Klägerin nicht vollständig zurückgezahlt ist. Außerdem sieht Ziffer 14.9 vor, dass die aus der Limitation Language herrührende Einrede, die unzweifelhaft gegen eine Inanspruchnahme der A GmbH geltend gemacht werden kann und deren Rechtsfolgen somit in erster Linie diese treffen, (untypischerweise) von der A1 GmbH zu erheben ist. Soweit die Klägerin meint, Ziffer 14 sei keine dreiseitige Vereinbarung, weil die Klägerin in ihr keine vertraglichen Verpflichtungen übernehme, muss ihr entgegengehalten werden, dass eine Garantievereinbarung stets ein Vertrag zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer ist. Auch dass die beiden Gesellschaften Teil desselben Konzerns sind, rechtfertigt nicht ohne Weiteres die Annahme gleicher Interessen, wie nicht zuletzt der vorliegende Fall zeigt. Beide Gesellschaften sind eigenständige Rechtspersönlichkeiten und haben unterschiedliche Gläubiger, was gerade im Fall der Insolvenz zum Tragen kommt.

**40** Auch das Argument der Klägerin, der nach § 181 BGB vorausgesetzte Interessenkonflikt bestehe nicht bei Vorliegen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, denn für die Anwendung des § 181 BGB sei in Konstellationen kein Raum, in denen das Weisungsrecht aus § 308 AktG gelte, überzeugt nicht. Nach § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG, der entsprechend auf die GmbH anwendbar ist (MünchKomm-AktG/Altmeyers, 4. Aufl. 2015, § 308 Rdnr. 5 m. w. N.), ist zwar bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags die herrschende Gesellschaft berechtigt, dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Aufgrund des Beherrschungsvertrages besteht aber gerade keine Befugnis des herrschenden Unternehmens, im Namen der Gesellschaft Geschäfte zu tätigen. Auch die abhängige GmbH handelt vielmehr allein durch ihre eigenen Organe (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1990, II ZR 122/89, juris Rdnr. 10). Existenzgefährdende Weisungen sind darüber hinaus nach herrschender Meinung regelmäßig unzulässig (vgl. zum Meinungsstand MünchKomm-AktG/Altmeyers, § 308 Rdnr. 120 ff. m. w. N.). Soweit sich die Klägerin auf eine Kommentarstelle bezieht, wonach kein Verbot der Doppelmandatsträgerschaft besteht und die Beteiligung des Doppelmandatsträgers sowohl auf der Seite des Weisungserteilenden als auch auf der Seite des Weisungsempfängers kein unzulässiges Insichgeschäft darstelle, weil im Regelfall von einer Gestattung dieser Mitwirkung auszugehen sei (Schmidt/Lutter/Langenbacher, AktG, 3. Aufl. 2015, § 308 Rdnr. 7), hilft dies nicht weiter. Die zitierte Stelle beschäftigt sich mit der Frage, ob Weisungserteilender und Weisungsempfänger personen-

identisch sein dürfen. Das hat aber nichts mit der im Streitfall entscheidenden Frage zu tun, ob ein personenidentischer Vertreter für die herrschende Gesellschaft und die beherrschte Gesellschaft einen Vertrag mit einem Dritten schließen darf.

**41** Durch den gegen § 181 BGB verstoßenden Abschluss der Garantievereinbarung haben die Vertreter ihre Vertretungsmacht überschritten. Die Garantievereinbarung gemäß Ziffer 14 des Vertrags vom 19.1.2007 war damit gemäß § 177 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam. Durch die Verweigerung der Genehmigung durch den Beklagten ist sie endgültig unwirksam geworden.

**42** bb) Die Feststellungsklage kann auch nicht, wie die Klägerin meint, stattdessen ohne Weiteres auf die „alte“ Garantievereinbarung aus Ziffer 14 des Vertrags vom 6.10.2004 gestützt werden, da es sich hierbei um einen anderen Streitgegenstand handelt.

**43** Der Vertrag vom 19.1.2007 ist dahin gehend auszulegen, dass er eine Vertragsänderung in Form der Novation (Schuldersetzung) darstellt. Die Novation führt zu einer Änderung der Identität des Schuldverhältnisses mit der Folge, dass zum Beispiel Einwendungen erlöschen und bestehende Sicherheiten entfallen. Es wird nicht nur die den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildende Verpflichtung selbst oder eine Leistungsmodalität abgeändert, sondern unter Aufhebung des bisherigen Rechtsgrundes zugleich ein neuer Rechtsgrund geschaffen, sodass lediglich die Identität des wirtschaftlichen Zwecks gewahrt bleibt (Staudinger/Feldmann/Löwisch, Neub. 2012, § 311 Rdnr. 86). Wegen dieser gravierenden Folgen darf eine Novation nur angenommen werden, wenn der Willen der Parteien eindeutig darauf gerichtet ist, ihre schuldrechtlichen Beziehungen auf eine neue Grundlage zu stellen. Im Zweifel ist eine bloße Änderung des Schuldverhältnisses anzunehmen (MünchKomm-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rdnr. 16; Staudinger/Feldmann/Löwisch, § 311 Rdnr. 89).

**44** Die Vertragsauslegung ergibt hier jedoch zweifelsfrei, dass der Willen der Parteien auf eine Novation gerichtet war. Hierfür spricht bereits der – englischsprachige – Wortlaut des Vertrags vom 19.1.2007. (...)

**45** Der Vertrag vom 19.1.2007 wird zwar auf dem Deckblatt als „Consolidated Version dated 6 October 2004 as amended on 19 January 2007“ bezeichnet. Hinsichtlich des Verhältnisses des Vertrags vom 19.1.2007 zu den beiden vorangehenden Darlehensverträgen bestimmt ersterer aber sodann, dass es beabsichtigt ist, die beiden vorangehenden Darlehensverträge mit dem Ziel abzuändern, dass lediglich ein konsolidierter Darlehensvertrag bestehen bleibt (Präambel Buchstabe C des Vertrags vom 19.1.2007: „so that only one consolidated loan agreement [...] survives“). Die Bestimmungen der vorangehenden Darlehensverträge sollen dabei nach Ziffer 3 des Vertrags vollumfänglich durch die Bestimmungen des Darlehensvertrages vom 19.1.2007 ersetzt werden („shall be replaced in full by the terms of the consolidated loan agreement“).

**46** Diese – eindeutig auf eine Schuldersetzung hindeutende – Wortwahl wird durch die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags bestätigt: Die Parteien haben in dem Vertrag vom 19.1.2007 ihre Kreditbeziehungen komplett neu geregelt, ein-

schließlich einer erhebliche Ausweitung der Darlehenssumme und einer Neubestellung aller Sicherheiten. Darüber hinaus haben sich die Vertragsparteien geändert, denn die A2 GmbH, ehemalige Darlehensnehmerin des Darlehensvertrags vom 4.2.2005, der in den Darlehensvertrag vom 19.1.2007 überführt wurde, ist als Darlehensnehmerin ausgeschieden und Sicherungsgeberin geworden. Unter dem Darlehensvertrag vom 19.1.2007 ist die A2 GmbH [Anmerkung der Schriftleitung: richtig wohl A1 GmbH] nunmehr die alleinige Darlehensnehmerin. Bei einer Gesamtwürdigung aller vorgenannten Umstände ist davon auszugehen, dass die vorausgehenden Darlehensverträge damit nicht lediglich abgeändert worden sind, sondern vielmehr ein neues Schuldverhältnis begründet worden ist.

(...)

## 20. Auslegung einer Stiftungssatzung

OLG Köln, Urteil vom 2.3.2018, 1 U 50/17

BGB §§ 29, 81 Abs. 1 Satz 3, § 86 Satz 1  
AktG § 84 Abs. 1 Satz 3

### LEITSÄTZE:

1. Bei der Auslegung der Satzung einer Stiftung kommt dem im Stiftungsgeschäft zum Ausdruck gebrachten Stifterwillen maßgebende Bedeutung zu (Anschluss an BGHZ 99, 344). Maßstab ist der Stifterwille nur, soweit er Gegenstand des Anerkennungsverfahrens gewesen ist (Anschluss an BGH, NJW 1957, 708). Dies schützt die Stiftung davor, dass der Stifter seine Meinung nach Belieben ändert.
2. Es kann eine satzungswidrige Umgehung der in einer Stiftungssatzung vorgesehenen Höchstdauer der für den Vorstand vorgesehenen Amtsperiode vorliegen, wenn die Vorstandsmitglieder durch zeitlich nahezu zusammenfallende Beststellungsakte für zwei unmittelbar aufeinanderfolgende Amtsperioden bestellt werden (keine satzungswidrige „Vorrats- oder revolvierende Bestellung“ von Vorstandsmitgliedern).

## 21. Erlöschen einer Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Falle der Insolvenz über das Vermögen eines die Vollmacht erteilenden Gesellschafters

OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17

BGB §§ 714, 727 Abs. 2 Satz 3, § 728 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 730 Abs. 2 Satz 1 und 2

InsO §§ 35, 80 Abs. 1, § 117 Abs. 1

BGB § 709 Abs. 1, §§ 714, 727 Abs. 2 Satz 3, § 728 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 730 Abs. 2 Satz 1 und 2

InsO § 35 Abs. 1, § 80 Abs. 1, § 117 Abs. 1

### LEITSATZ:

Die vom Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in seiner Funktion als Vertretungsorgan erteilte Notarvollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erlischt mit Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Gesellschafters.

### SACHVERHALT:

1 I. Im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch sind als Eigentümerin eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung X-GbR, die Beteiligte zu 1, und als deren Gesellschafterinnen die A und die B eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 7.4.2015 verkaufte die X-GbR unter Mitwirkung ihrer Gesellschafterinnen das Wohnungs- und Teileigentum an den Beteiligten zu 2. Zur zugleich beurkundeten Auflassung erklärten die Beteiligten (Ziffer III. 1. der Urkunde):

2 „Die Vertragsteile sind sich über den vereinbarten Eigentumsübergang einig.

3 Diese Einigung enthält keine Bewilligung und keinen Eintragungsantrag; die Beteiligten verzichten auf ein eigenes Bewilligungs- und Antragsrecht. Diese Erklärungen werden ausdrücklich nicht in diese Urkunde aufgenommen, auch wenn die vorstehende Auflassung unbedingt erklärt ist. Die Beteiligten bevollmächtigen vielmehr den Notar, in einer Eigenurkunde die Bewilligung für die Beteiligten und den Antrag im Namen des Käufers zum Vollzug der Rechtsänderung gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben.“

4 Nach Eintragung der bewilligten Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs am 21.4.2015 wurde am Anteil der Gesellschafterin A auf gerichtliche Ersuchen am 21.5.2015 vermerkt, dass Verfügungen des Eigentümers der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedürfen, und am 19.8.2015, dass das Insolvenzverfahren eröffnet ist.

5 Am 18.9.2015 beantragte der Urkundsnotar namens des Erwerbers die Eintragung – unter anderem – der Auflassung unter Löschung der Vermerke zur (vorläufigen) Insolvenz. Hierzu legte er die Eigenurkunde vom 17.9.2015 vor, in welcher er den Vollzug der Auflassung unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht bewilligte. In rechtlicher Hinsicht führte er aus, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschafterin einer GbR lasse die Verfügungsbefugnis der GbR unberührt. Die Mitwirkung des Insolvenzverwalters sei daher nicht erforderlich. Bei Erklärung der Auflassung (und Erteilung der Notarvollmacht) sei die X-GbR wirksam vertreten gewesen. Die dem Notar erteilte Vollmacht sei weiterhin gültig. Selbst bei einem Gesellschafterwechsel durch Anteilerwerb trete der neue Gesellschafter in alle Rechte und Pflichten des ausscheidenden Gesellschafters ein; erteilte Vollmachten bestünden unabhängig vom Wechsel fort. Nichts anderes könne gelten, wenn ein Gesellschafter

lediglich die Verfügungsbefugnis über seinen Gesellschaftsanteil verlieren.

**6** Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 31.3.2016 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die von der Schuldnerin erteilte Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO erloschen und deshalb die Zustimmung des Insolvenzverwalters erforderlich sei.

**7** Mit Schreiben vom 8.6.2016, vom Notar in beglaubigter Abschrift zur Grundakte gegeben am 12.7.2016, hat der Insolvenzverwalter erklärt, nach seiner Meinung sei der Anteil der Insolvenzschuldnerin nie in die Masse gefallen; vielmehr sei die Schuldnerin mit Insolvenzeröffnung aus der X-GbR ausgeschieden. Rein vorsorglich gebe er hiermit die Beteiligung an dem Fonds X-GbR aus der Insolvenzmasse frei. Nicht freigegeben würden und vom Insolvenzbeschluss erfasst blieben jedoch mögliche rückständige Vergütungs- und sonstige Ansprüche. Zu unterschiftsbeglaubigter Urkunde vom 10.8.2016, mit dem Antrag auf entsprechende Löschung eingegangen beim Grundbuchamt am 22.8.2016, hat der Insolvenzverwalter sodann die Löschung der Einträge über das allgemeine Veräußerungsverbot und die Insolvenzeröffnung bewilligt.

**8** Am 29.12.2016 wurde Grundbuchberichtigungsantrag gestellt und unter Vorlage einer unterschiftsbeglaubigten Erklärung der Gesellschafterinnen sowie einer Anteilsübernehmerin vorgetragen, dass der – vom Insolvenzverwalter freigegebene – Anteil der Insolvenzschuldnerin übertragen worden sei. Die Eintragung der Veränderung des Gesellschafterbestands im Grundbuch werde bewilligt.

**9** Mit weiterer fristsetzender Zwischenverfügung vom 17.1.2017 hat das Grundbuchamt auf das bereits monierte Eintragungshindernis verwiesen. § 117 Abs. 1 InsO sei anwendbar. Die erloschene Vollmacht lebe durch eine nachträgliche Freigabeerklärung nicht auf. Die Bewilligung sei daher nicht von einer gültigen Vollmacht gedeckt. Der Mangel könne nur durch Zustimmung des Insolvenzverwalters zum Kaufvertrag geheilt werden.

**10** Gegen die zweite und zugleich vorsorglich gegen die erste Zwischenverfügung richtet sich die vom Notar namens der Vertragsteile eingelegte Beschwerde. Er meint, die Vollmacht sei nicht erloschen. § 117 InsO betreffe nur die vom Insolvenzschuldner erteilten Vollmachten und sei daher nicht anwendbar. Er, der Notar, sei nicht von der Insolvenzschuldnerin, sondern von der X-GbR bevollmächtigt worden. Die von einem Gesellschaftsorgan erteilte Vollmacht bestehe selbst nach dem Ausscheiden des Organs aus der Gesellschaft fort. Die Insolvenz eines Gesellschafters habe – wie sein Ausscheiden – keine rechtliche Wirkung auf die vom Gesellschafter erteilte Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft. Auch mit Blick auf die Erklärungen des Insolvenzverwalters sei die Vollmacht nicht infolge der Insolvenz erloschen.

**11** Das Grundbuchamt hat an seiner Rechtsmeinung festgehalten und nicht abgeholfen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**12** II. Die Beschwerde bleibt im Wesentlichen ohne Erfolg.

(...)

**15** Die nach § 11 Abs. 1 RpfG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde führt zu einer Änderung der Zwischenverfügung, denn das zur Hindernisbehebung aufgezeigte Mittel ist zu präzisieren und um die Benennung einer alternativ bestehenden Möglichkeit zu ergänzen.

**16** 2. Das angenommene Eintragungshindernis allerdings besteht. Bei Erklärung der Bewilligung durch den Notar war die Beteiligte zu 1 nicht wirksam vertreten.

**17** a) Zwar kann die materiellrechtliche Auffassungserklärung (§ 925 Abs. 1 BGB, § 20 GBO) bereits die verfahrensrechtliche

(vgl. BGH, FGPrax 2013, 53) Bewilligung nach § 19 GBO enthalten (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 20 Rdnr. 2 m. w. N.). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn ein gegenteiliger Wille aus den Umständen erkennbar ist oder – wie hier – sogar ausdrücklich erklärt wurde. Zum Vollzug der Auffassung durch Eintragung des Eigentumsübergangs bedarf es daher hier einer – wirksamen – Bewilligung nach § 19 GBO.

**18** b) Die rechtsändernde Eintragung bewilligen (§ 885 Abs. 1 BGB, § 19 GBO) kann nur, wessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Das ist hier die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als grundbesitzhaltende Personengesellschaft. Bei ihrem nach außen zutage tretenden rechtsgeschäftlichen Handeln muss sich die insoweit rechtsfähige GbR (BGHZ 146, 341) vertreten lassen.

**19** c) In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Bewilligung auch in der Form der – gesetzlich nicht geregelten – Eigenurkunde erklärt werden kann, die der Notar nach vorangegangener Beurkundungs- oder Beglaubigungstätigkeit aufgrund ausdrücklicher Vollmacht der Urkundsbeteiligten in deren Namen als unterschriebenes und gesiegeltes Schriftstück errichtet (BGHZ 78, 36; Senat vom 4.1.2017, 34 Wx 382-383/16, FGPrax 2017, 65; auch BayObLG, Rpfleger 1982, 416; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 1 Rdnr. 6).

**20** d) Auf der Grundlage der dem Notar am 7.4.2015 erteilten Vollmachten hat dieser die X-GbR allerdings bei Erklärung der Bewilligung nicht wirksam vertreten.

**21** aa) Die GbR wird nach Maßgabe des § 714 BGB i. V. m. § 709 BGB vertreten, im Zweifel durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich, § 709 Abs. 1, § 714 BGB. Wollen diese sich bei ihrem Handeln für die Gesellschaft vertreten lassen, können sie einen Dritten entsprechend bevollmächtigen. Die Gesellschaft selbst kann keine Vollmacht erteilen; für sie handeln vielmehr ihre Gesellschafter (BGH, FGPrax 2011, 106; kritisch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4265).

**22** So ist es vorliegend geschehen. Die Vollmachtgeber waren zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung die Gesellschafterinnen der Eigentümerin und gemeinsam zu deren organschaftlicher Vertretung berechtigt. Durch rechtsgeschäftliche Vollmacht haben sie dem Notar die Vertretungsmacht eingeräumt, sie bei ihrem Handeln für die Gesellschaft in einzelnen Belangen, nämlich bei der Erklärung der Eintragungsbewilligung, zu vertreten.

**23** bb) Die Vollmacht zur Erklärung der Bewilligung ist jedoch mit der Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen einer Vollmachtgeberin (Gesellschafterin) insoweit erloschen. Unter Inanspruchnahme der zuvor erteilten Vollmacht kann der Notar daher nicht mehr – wie erforderlich – beide Gesellschafterinnen bei der Abgabe der Bewilligung namens der X-GbR vertreten. Denn die Vertretungsmacht muss noch im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts bestehen (BayObLG, DNotZ 1983, 752).

**24** (1) Gemäß § 728 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 727 Abs. 2 Satz 3 BGB wird die Gesellschaft, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel beinhaltet, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die werbende Gesellschaft wird kraft Gesetzes zur

Liquidationsgesellschaft, deren geänderter Gesellschaftszweck in der Abwicklung besteht. Die Gesellschaft besteht mit diesem Zweck fort, § 727 Abs. 2 Satz 3, § 730 Abs. 2 Satz 1 BGB (BGH, ZIP 2016, 24, 25 Rdnr. 12; Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4280; auch BGH, NJW 1981, 822 noch zu § 131 Nr. 5 HGB i. d. F. v. 1.1.1964). Der insolvente Gesellschafter scheidet nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bleibt während des Auflösungsverfahrens (Abwicklungsstadiums) deren Gesellschafter.

**25** Dass hier abweichend vom gesetzlichen Regelfall etwas anderes gelten könnte, ist nach dem Inhalt des Grundbuchs nicht anzunehmen. Insbesondere geht aus dem am 29.12.2016 gestellten Berichtigungsantrag hervor, dass der Gesellschaftsanteil der Insolvenzschuldnerin auf eine Erwerberin übertragen wurde in der Annahme, der Anteil sei aus der Insolvenzmasse freigegeben worden. Die Gesellschafterinnen der X-GbR gehen danach selbst nicht davon aus, dass – was eine Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag voraussetzen würde (BGH, NJW 2008, 2992 f.; Gottwald/Haas/Mock, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 94 Rdnr. 131; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 2/2001 Anm. 2) – die insolvente Gesellschafterin nach § 728 Abs. 2 Satz 1, § 736 Abs. 1 BGB aus der zweigliedrigen Gesellschaft ausgeschieden und ihr Anteil der einzigen übrigen Gesellschafterin gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB angewachsen sei. Denn wäre die Gesellschaft durch das Ausscheiden der vorletzten Gesellschafterin erst einmal erloschen gewesen, so ließe sie sich weder durch Vertrag noch durch rückwirkende Gestaltungserklärung der letztverbliebenen Gesellschafterin in eine Liquidations-Gesellschaft zurückverwandeln (K. Schmidt, ZIP 2008, 2337, 2342).

**26** In die Insolvenzmasse, § 35 Abs. 1 InsO, fällt somit nicht lediglich ein Anspruch der insolventen Gesellschafterin auf Zahlung eines Abfindungsguthabens nach § 738 BGB, gleichfalls nicht lediglich ihr Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens (hierzu: Palandt/Sprau, 76. Aufl., § 730 Rdnr. 5), sondern der Anteil der Insolvenzschuldnerin an der Gesellschaft (Palandt/Sprau, § 728 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Schäfer, 7. Aufl., § 728 Rdnr. 37; juris-PK/Bergmann, BGB, 8. Aufl., § 728 Rdnr. 7; Erman/Westermann, BGB, 14. Aufl., § 728 Rdnr. 6).

**27** (2) Bei der sich nach gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregeln (§§ 730 ff. BGB) außerhalb des Insolvenzverfahrens (§ 84 Abs. 1 InsO) vollziehenden Auseinandersetzung der X-GbR werden die Gesellschafterrechte der Schuldnerin gemäß § 80 Abs. 1 InsO vom Insolvenzverwalter wahrgenommen (KG, ZIP 2011, 370 m. Anm. *Cranshaw*, a. a. O.; OLG Dresden, DNotZ 2012, 614, 615; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 728 Rdnr. 37; Palandt/Sprau, § 728 Rdnr. 2; Erman/Westermann, § 728 Rdnr. 4 und 7; Staudinger/Habermeyer, Neub. 2003, § 728 Rdnr. 21 f.; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., § 728 Rdnr. 5; juris-PK/Bergmann, § 728 Rdnr. 6; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 80 Rdnr. 115a; K. Schmidt, ZIP 2008, 2337; *Kesseler*, DNotZ 2012, 616, 619; noch zu § 131 Nr. 5 HGB in der Fassung vom 1.1.1964: BGH, NJW 1981, 822). Wegen der Insolvenzbefangenheit des Anteils ist im Rahmen der gesetzlich (dispositiv) angeordneten Gesamtgeschäftsführung (vgl. § 730 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB)

die Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich, mithin (unter anderem) bei der Beendigung der schwebenden Geschäfte der für den Zweck der Auseinandersetzung fortbestehenden Gesellschaft.

**28** In dieser Weise betrifft die Insolvenz eines Gesellschafters zwar nicht die Verfügungsbefugnis der X-GbR in Bezug auf die im Gesellschaftsvermögen vorhandenen und vom Insolvenzbeschluss nicht erfassten Grundstücke, wohl aber die Vertretung der Gesellschaft bei der Verfügung über ein solches Grundstück (KG, ZIP 2011, 370). Sie betrifft deshalb hier die Vertretung der Gesellschaft zwar nicht im Zeitpunkt der Auflassung, aber bei Erklärung der Bewilligung. In diesem Zeitpunkt war die Insolvenz bereits eröffnet.

**29** (3) Die von einem gesetzlichen oder organschaftlichen Vertreter ohne zeitliche Begrenzung erteilte Vollmacht erlischt zwar nach § 168 BGB nicht ohne Weiteres mit dem Ende der gesetzlichen oder organschaftlichen Vertretungsmacht (BayObLGZ 1959, 279; KG, ZIP 2011, 370, 372; MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 15; Staudinger/Schilken, Neub. 2014, § 168 Rdnr. 24; *Cranshaw*, a. a. O.).

**30** Jedoch erlischt nach § 117 Abs. 1 InsO eine vom Insolvenzschuldner erteilte Vollmacht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen insoweit, als sie sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen „bezieht“. Diese gesetzlich angeordnete Erlöschungswirkung gilt auch für die hier von der Insolvenzschuldnerin dem Notar erteilte Vollmacht.

**31** (α) Die erteilte Vollmacht bezieht sich unmittelbar zwar nicht auf den Gesellschaftsanteil der insolventen Schuldnerin, sondern auf einen – vom Insolvenzbeschluss nicht erfassten – Gegenstand des Gesellschaftsvermögens. In die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) fällt „nur“ die Mitgliedschaft der Gesellschafterin in der X-GbR, mithin ihr Gesellschaftsanteil. Grundsätzlich unterfallen aber alle Vollmachten des Schuldners, die sich auf dessen Vermögensangelegenheiten beziehen, der Vorschrift des § 117 Abs. 1 InsO (MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 117 Rdnr. 6). Zu diesen Angelegenheiten zählt auch die Ausübung vermögensrechtlicher Befugnisse im Zusammenhang mit der Gesellschaftsbeteiligung.

**32** (β) Dass § 117 Abs. 1 InsO greift (a. M. *Kesseler*, DNotZ 2012, 616, 620), folgt zudem als Kehrseite aus dem nach § 80 Abs. 1 InsO bestehenden Erfordernis der Mitwirkung des Insolvenzverwalters bei der Vertretung der X-GbR. Die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils wirkt sich – wie dargestellt – auf die Vertretung der Gesellschaft im Auflösungsverfahren aus, weil im Rahmen der Gesamtgeschäftsführung (§ 730 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB) die Mitwirkung des Insolvenzverwalters gemäß § 80 Abs. 1 InsO notwendig ist. Nach § 80 Abs. 1 InsO aber geht das Recht des Schuldners, „das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen“ zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Aus dem Zusammenspiel dieser gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, dass der von § 117 Abs. 1 InsO vorausgesetzte „Bezug“ der von der Schuldnerin (Gesellschafterin) erteilten Vollmacht zur Insolvenzmasse ausreicht mit der Konsequenz, dass die erteilte Vollmacht zur Vertretung bei ihrem Handeln für die Gesellschaft kraft Gesetzes mit der Verfahrenseröffnung

erloschen ist. Denn nach einhelliger Meinung ergibt sich das Erlöschen der Vollmacht bereits aus dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter gemäß § 80 Abs. 1 InsO, weshalb § 117 Abs. 1 InsO insoweit lediglich deklaratorischen Charakter habe (vgl. Staudinger/Schilken, § 168 Rdnr. 25). Eine unterschiedliche Reichweite der aus § 80 Abs. 1 InsO abgeleiteten Notwendigkeit der Mitwirkung des Insolvenzverwalters einerseits und des Erlöschens der vom Schuldner erteilten Vollmacht andererseits kommt danach nicht in Betracht. Steht dem Insolvenzverwalter aber nach § 80 Abs. 1 InsO das Recht zu, mit Blick auf die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils anstelle der Schuldnerin an der Auseinandersetzung mitzuwirken und tritt dabei an die Stelle der insolventen Gesellschafterin deren Insolvenzverwalter, der die Funktionen der Insolvenzschuldnerin als Geschäftsführungsorgan der X-GbR wahrnimmt (Soergel/Hadding, BGB, § 728 Rdnr. 5; MünchKomm-InsO/Ulmer, § 117 Rdnr. 7 f.), so erlöschen nach § 117 Abs. 1 InsO auch die von der Schuldnerin als Anteilshaberin und daher Teil des Vertretungsorgans erteilten Vollmachten.

**33 (y)** Dieses Verständnis steht im Einklang mit dem verfolgten Gesetzeszweck. § 117 Abs. 1 InsO dient dem Schutz der Handlungskompetenzen des Insolvenzverwalters, da der Fortbestand von Vollmachten über den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hinaus die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters beeinträchtigen kann (Begründung zu § 135 RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 151, 152). Danach soll allein der Insolvenzverwalter für den Schuldner handeln können (MünchKomm-BGB/Schubert, 7. Aufl., § 168 Rdnr. 13). Sofern der frühere Vertreter dennoch agiert, gilt § 177 Abs. 1 BGB und nur der Insolvenzverwalter kann das Vertretergeschäft genehmigen.

**34 (δ)** Der Umstand, dass Bevollmächtigter der Urkundsnotar ist, rechtfertigt keine andere Sicht (vgl. auch Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl., § 117 Rdnr. 3).

**35 d)** Der Besitz der Originalvollmacht (vgl. BGH, NJW 1959, 2119, 2120) ist hier unerheblich. Zwar kann ein Nachweis für den Fortbestand einer Vollmacht dann, wenn der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde in Urschrift oder in Ausfertigung ist, nur dann vom Grundbuchamt gefordert werden, wenn besondere, auf die Möglichkeit eines Erlöschens hinweisende Umstände zur Kenntnis des Grundbuchamts gelangt sind, siehe auch § 172 Abs. 1 BGB. Dies ist aber hier mit dem Bekanntwerden der Insolvenzeröffnung der Fall.

**36 e)** Selbst wenn der Insolvenzverwalter den Gesellschaftsanteil mittlerweile aus der Insolvenzmasse freigegeben hätte (dazu unter 3.; zur Freigabe des Anteils: Staudinger/Habermeyer, § 728 Rdnr. 3), gilt nichts anderes. Zwar unterläge der Anteil dann nicht mehr dem Insolvenzbeschlagnahme. Die erloschene Vollmacht lebt durch eine nachträgliche Freigabe jedoch nicht wieder auf (MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 117 Rdnr. 13; Staudinger/Schilken, § 168 Rdnr. 25; Hügel/Wilsch, GBO, 3. Aufl., InsR Rdnr. 69).

**37 3.** Die Bewilligung, zu deren Erklärung der Notar im maßgeblichen Zeitpunkt nicht (mehr) von beiden Gesellschafterinnen der X-GbR als deren Vertretungsorgane bevollmächtigt war, kann durch Genehmigung nach § 185 BGB Wirksamkeit

erlangen, denn die von einem Nichtberechtigten erklärte Bewilligung nach § 19 GBO wird mit Zustimmung des eingetragenen Berechtigten wirksam. § 185 BGB ist auf die Eintragungsbewilligung, obwohl sie – zumindest auch – eine verfahrensrechtliche Erklärung ist, anwendbar (BGH, NJW-RR 2011, 19, 20 m. w. N.). Einer Genehmigung des Kaufvertrages hingegen bedarf es für den Vollzug der Auflassung nicht.

**38 a)** Das Hindernis kann behoben werden durch Vorlage einer Erklärung des über das Vermögen der insolventen Gesellschafterin bestellten Insolvenzverwalters in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, mit der die vom Notar zu Urkunde vom 17.9.2015 erklärte Bewilligung genehmigt wird.

**39 aa)** Dass das Grundbuch hinsichtlich des am Anteil der insolventen Gesellschafterin eingetragenen Insolvenzvermerks unrichtig und der Insolvenzbeschlagnahme entfallen wäre, ist nicht nachgewiesen.

**40 (1)** Zwar hat der Insolvenzverwalter die Löschung der auf Ersuchen des Insolvenzgerichts eingetragenen Vermerke über den Zustimmungsvorbehalt und die Insolvenzeröffnung in der Form des § 29 GBO bewilligt. Seine Bewilligung genügt zum Vollzug der Löschung (Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 8 a. E.).

**41** Selbst die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch bedeutet jedoch nicht, dass die Verfügungszuständigkeit des Insolvenzverwalters nicht mehr gegeben ist, denn die Löschung des Vermerks enthält keine positive Aussage über die Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis. Erforderlich ist vielmehr der in der Form des § 29 GBO zu erbringende Nachweis darüber, dass der eingetragene Rechtsinhaber seine Verfügungsbefugnis wieder erlangt hat (str.; OLG Celle, ZIP 2015, 887 einerseits; OLG Frankfurt, ZIP 2016, 1881 andererseits; zum Streitstand: Hügel/Wilsch, GBO, InsR Rdnr. 64 m. w. N.).

**42** Nichts anderes kann gelten für die Löschung eines entsprechenden Eintrags beim Anteil eines GbR-Gesellschafters.

**43 (2)** Die – zumal nicht in der verfahrensrechtlich erforderlichen Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abgegebene – Erklärung des Insolvenzverwalters vom 8.6.2016 ist nach ihrem Inhalt nicht geeignet, eine wirksame Freigabe des Gesellschaftsanteils der Insolvenzschuldnerin nachzuweisen.

**44** Das Insolvenzverfahren ist noch nicht abgeschlossen (vgl. die Veröffentlichungen auf der Internetseite [www.insolvenzbe-kanntmachungen.de](http://www.insolvenzbe-kanntmachungen.de)).

**45** Aus der Erklärung vom 8.6.2016 geht wegen des gemachten Vorbehalts, wonach nicht näher definierte sonstige „Ansprüche“ und rückständige Vergütungsansprüche nicht vom Insolvenzbeschlagnahme frei werden sollen, eine Freigabe des Gesellschaftsanteils nicht zweifelsfrei hervor. Welche Vergütungs- und sonstigen Ansprüche mit Bezug zum Gesellschaftsanteil von der Freigabe nicht erfasst sein sollen, erschließt sich aus der Formulierung nicht. Damit erscheint die Erklärung zumindest widersprüchlich. Der Insolvenzbeschlagnahme bezieht sich auf den Gesellschaftsanteil selbst; der Insolvenzverwalter kann wegen der auch für ihn geltenden sog. Durchsetzungssperre zwar das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters, nicht aber einzelne Ansprüche zur Masse ziehen (BGH, NJW 2007, 1067; Palandt/Sprau, § 728 Rdnr. 2 mit § 730 Rdnr. 6).

Er kann somit auch nicht einerseits den Gesellschaftsanteil aus der Insolvenzmasse freigeben und andererseits einzelne Ansprüche im Insolvenzbeschlagn belassen.

**46 bb)** Dass die Beteiligten eine Genehmigungserklärung des Insolvenzverwalters bislang nicht beigebracht haben, hindert nicht, ihnen diese Möglichkeit weiter offen zu halten. Denn es erscheint nicht ausgeschlossen, dass das ergebnislose Verstreichen der eingeräumten Frist auf der Annahme beruht, entgegen der Anforderung des Grundbuchamts sei eine Genehmigung aus Rechtsgründen nicht erforderlich. Dafür, dass die Genehmigung nach Bestätigung der erstinstanzlichen Rechtsauffassung durch den Beschwerdesenat nicht innerhalb angemessener Zeit beigebracht werden kann, liegen keine Anhaltspunkte vor (vgl. Hügel/Zeiser, GBO, § 18 Rdnr. 15).

**47 b)** Alternativ kommt für den Fall, dass die Freigabe des Gesellschaftsanteils nachgewiesen wird, mit Blick auf die zeitlich nach dem Eintragungsantrag eingereichte Berichtigungsbewilligung der Gesellschafterinnen, basierend auf der Behauptung einer Freigabe des Gesellschaftsanteils durch den Insolvenzverwalter, eine andere Möglichkeit zur Behebung des Eintragungshindernisses in Betracht. Denn wenn die Insolvenzbefangene des Gesellschaftsanteils (künftig) nicht mehr besteht und dies dem Grundbuchamt nachgewiesen wird, ist die Genehmigung nicht mehr vom Insolvenzverwalter auszusprechen.

**48 aa)** Den Beteiligten ist daher Gelegenheit zu geben, den Fortfall des Insolvenzbeschlagn nachzuweisen. Dafür bedarf es im Grundbuchverfahren einer in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abgegebenen, inhaltlich eindeutigen, mithin vorbehaltlosen und einschränkungsreichen Erklärung des Insolvenzverwalters an die Insolvenzschuldnerin, den Gesellschaftsanteil der insolventen Gesellschafterin an der im Grundbuch eingetragenen X-GbR freizugeben, sowie eines Zugangsnachweises (zur Freigabe: BGHZ 127, 156, 163; BGH, NJW-RR 2007, 1205, 1206). In grundbuchtauglicher Form (§ 29 Abs. 1 GBO) kann der Zugang nachgewiesen werden, wenn die Insolvenzschuldnerin durch einen hierzu befugten Vertreter den Urkundsnotar zu notarieller Urkunde dazu bevollmächtigt, die Freigabeerklärung entgegen zu nehmen, und der Notar die Entgegennahme in einer Eigenurkunde bestätigt.

**49 bb)** Ist eine Freigabe des Anteils nachgewiesen, dann ist die Mitwirkung des Insolvenzverwalters bei der Auseinandersetzung und der in diesem Zuge erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der X-GbR nicht mehr erforderlich. Mit der Freigabe liegt die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des Anteils – ex nunc – wieder allein beim Gesellschafter als Rechtsinhaber (BGH, NJW-RR 2007, 1205, 1206).

**50 (1)** Damit ist jedoch der Mangel der Vertretungsmacht noch nicht behoben, denn – wie ausgeführt – wird die erloschene Vollmacht mit der Freigabe nicht wieder wirksam. Die gesetzlich notwendige Gesamtvertretung der X-GbR durch alle Gesellschafter, § 730 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB, ist deshalb auch im Fall der nachträglichen Anteilsfreigabe erst noch herbeizuführen. Daher ist weiterhin eine Genehmigung der Bewilligungserklärung zu deren Wirksamkeit erforderlich.

**51 (2)** Die Genehmigung ist zu erklären von dem – aktuell hierzu befugten – Vertretungsorgan der X-GbR, §§ 714, 709 Abs. 1 BGB. Dazu gehört – eine wirksame Freigabe des Gesellschaftsanteils vorausgesetzt – nicht mehr die insolvente Gesellschafterin, sondern diejenige Person, die deren Anteil rechtsgeschäftlich erworben hat.

**52 (α)** Zwar wird nach § 899a Satz 1 BGB – auch mit Bindung für das Grundbuchamt und den in der Beschwerdeinstanz an seine Stelle tretenden Senat – vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind (Senat vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10, NZG 2011, 548). Die zugunsten der eingetragenen Gesellschafter begründete Vermutung der Gesellschafterstellung ist allerdings widerlegbar. Dass als eine der beiden GbR-Gesellschafterinnen nach wie vor die insolvente Gesellschaft eingetragen ist, bedeutet mithin wegen der Widerlegbarkeit der Vermutung nicht, dass nach Anteilsfreigabe eine Genehmigung der insolventen Gesellschafterin ausreichend wäre, um den Mangel der Gesamtvertretung zu beheben.

**53** Die Vermutungswirkung des § 899a BGB gilt vielmehr auch in Bezug auf die Berechtigung der im Grundbuch eingetragenen GbR-Gesellschafter, die berichtigende Eintragung eines Gesellschafterwechsels zu bewilligen (OLG Frankfurt, NotBZ 2011, 402). Der vom Grundbuch verlautbarte Gesellschafterbestand begründet nämlich zugunsten der eingetragenen Gesellschafter die (widerlegbare) Vermutung, zur Verfügung über einen Gesellschaftsanteil und zur Bewilligung der berichtigten Eintragung im Grundbuch befugt zu sein (Senat vom 1.12.2010, a. a. O.).

**54 (β)** Obgleich der zeitlich dem Eintragungsantrag nachfolgende Antrag, den Gesellschafterbestand mit Blick auf eine rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung gemäß Bewilligung zu berichtigen, noch nicht vollzogen ist, kann der Inhalt der Urkunde bei der Prüfung der Frage, aus welchen Gesellschafterinnen sich das Vertretungsorgan der X-GbR nach § 730 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB – Freigabe vorausgesetzt – zusammensetzt und durch welche Gesellschafterinnen die X-GbR daher bei Abgabe der Genehmigung vertreten wird, somit nicht unberücksichtigt bleiben. Ist dem Grundbuchamt eine außergrundbuchliche Anteilsübertragung in einer Weise bekannt geworden, die die Vermutung des § 899a BGB widerlegt, so ist dies zu beachten.

**55** Die derzeit noch fehlende Voreintragung des Gesellschafterwechsels als formelle Voraussetzung der Eintragung im Fall einer Genehmigung, vgl. § 39 Abs. 1 GBO (dazu BGH, NJW-RR 2011, 19, 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 136 ff.), muss in diesem Zusammenhang nicht zum weiteren Gegenstand der Zwischenverfügung gemacht werden (vgl. BayObLG, NJW-RR 1990, 906, 908; OLG München, 32. Zivilsenat, FGPrax 2006, 148), weil der entsprechende Berichtigungsantrag bereits unter Vorlage von Bewilligungen des übertragenden und des übernehmenden Teils sowie der einzigen weiteren Gesellschafterin in grundbuchtauglicher Form gestellt ist (vgl. Senat vom 27.7.2015, 34 Wx 106/15, ZIP 2015, 2023).

**56 (y)** Da mit der Freigabe des Anteils eine vom Insolvenzschuldner oder dessen organschaftlichen Vertreter während des Insolvenzverfahrens vorgenommene Verfügung – hier über den Gesellschaftsanteil der Insolvenzschuldnerin – ex nunc wirksam wird (Uhlenbruck/Mock, InsO, § 80 Rdnr. 9; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 81 Rdnr. 18), bedarf es zur Wirksamkeit der Anteilsübertragung – Freigabe vorausgesetzt – auch keiner Wiederholung des Rechtsgeschäfts.

**57 (δ)** Unter der Voraussetzung, dass die Freigabe des Anteils nachgewiesen wird, setzt sich das zur Gesamtvertretung der X-GbR berufene Organ mithin nicht mehr aus der Insolvenzschuldnerin und der weiteren Gesellschafterin, sondern aus der Anteilsübernehmerin und der weiteren Gesellschafterin zusammen. Da bei Erklärung der Bewilligung nur eine Anteilshaberin als Teil des Gesamtvertretungsorgans vom Notar wirksam vertreten war, ist zur Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung die Genehmigung der restlichen, nicht wirksam vertretenen Anteilshaberin erforderlich. Das ist in der hier gegebenen zweigliedrigen Gesellschaft – nach Freigabe vom Insolvenzbeschlagnahme und Übertragung des Anteils der Insolvenzschuldnerin – die Erwerberin dieses Anteils. Ihre Genehmigung der vollmachtlosen Erklärung des Notars ist geeignet, den Mangel der Gesamtvertretung der X-GbR bei Abgabe der Bewilligung zu heilen. Die bisherige Anteilshaberin hingegen ist mit ihrem Ausscheiden aus der X-GbR nicht mehr zum Handeln für die X-GbR und damit zur Genehmigung der Bewilligung befugt.

**58** Zur Vorlage der Genehmigung, die im Grundbuchverfahren der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bedarf, ist gleichfalls Gelegenheit durch Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zu geben.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Konrad Lautner**, München

Der ausführlich begründete Beschluss des OLG München erweist sich im Ergebnis als falsch, weil bereits der Ausgangspunkt seiner Argumentation auf einer fehlerhaften Annahme beruht.

#### 1. Sachverhalt

Der hier relevante Teil des Sachverhalts ist schnell geschildert: Im Rahmen eines Kaufvertrags über Wohnungs- und Teileigentum hatte die Verkäuferin, eine GbR, die im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen war, bei Erklärung der Auflassung die Bewilligung zur Eintragung der Eigentumsumschreibung (§ 19 GBO) ausdrücklich nicht selbst abgegeben, sondern dem Notar zu deren Abgabe Vollmacht erteilt, wovon dieser erst nach Nachweis der Kaufpreiszahlung Gebrauch machen sollte<sup>1</sup>. Nach Erteilung der Bewilligungsvollmacht, aber bevor aufgrund der Vollmacht die Bewilligung vom Notar erklärt wurde, wurde ein Gesellschafter der Verkäufer-GbR insolvent. Das OLG geht nun davon aus,

dass die Bewilligungsvollmacht der GbR an den Notar wegen der danach eingetretenen Insolvenz ihres Gesellschafters nach § 117 Abs. 1 InsO erloschen sei, sodass die vom Notar abgegebene Eintragungsbewilligung nunmehr der nochmaligen Genehmigung der GbR bedürfte, anderenfalls sei ein Vollzug der Auflassung im Grundbuch nicht möglich.

#### 2. Vollmachtserteilung durch die GbR selbst

Grundlage der Argumentation des OLG München ist dessen Behauptung unter Verweis auf einen Beschluss des BGH vom 20.1.2011,<sup>2</sup> dass eine GbR selbst keine Vollmacht erteilen könne, für diese handelten vielmehr ihre Gesellschafter. Dieser Satz ist jedoch mindestens missverständlich formuliert.<sup>3</sup> Nimmt man die mittlerweile ja auch vom Gesetzgeber anerkannte (§ 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO) Rechtsfähigkeit der GbR ernst, kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Gesellschaft selbst eine Vollmacht erteilen kann, wobei sie bei der Erteilung *vertreten* wird durch in der Regel alle (§ 709 Abs. 1, § 714 BGB) ihre Gesellschafter aufgrund deren organschaftlicher Vertretungsmacht. Dass GbR-Gesellschaftern eine organschaftliche Vertretungsmacht für die Gesellschaft zusteht, aufgrund derer sie für die GbR handeln, stellte der BGH im damaligen Beschluss zu Recht ausdrücklich fest;<sup>4</sup> auch das OLG München geht interessanterweise von einer organschaftlichen Vertretung der GbR bei der Vollmachtserteilung aus. Wenn es nun aber gleichzeitig aus dem obigen Satz des BGH herleiten will, bei der Vollmachtserteilung für eine GbR finde ein Eigenhandeln der Gesellschafter statt, sodass also jeder Gesellschafter für sich selbst Vollmacht zur Vertretung der GbR erteilen würde, ist das zum einen schlicht widersprüchlich und zum anderen nur mit der überholten traditionellen individualistischen Gesamthandslehre, keinesfalls aber mit der Rechtsfähigkeit der GbR vereinbar.<sup>5</sup> Daran ändert auch § 47 Abs. 2 GBO nichts.<sup>6</sup> § 47 Abs. 2 GBO stellt lediglich eine verfahrensrechtliche Erleichterung zum Umgang mit der rechtsfähigen GbR im Grundbuchverfahren durch Anknüpfung an die Person der Gesellschafter dar („Mediatisierung“<sup>7</sup>), berührt aber nicht die materiellrechtliche Zuordnung des Grundstückseigentums bzw. der Inhaberschaft von Rechten an Grundstücken zur GbR selbst. Darauf bezogene Vollmachten, wie hier die Bewilligungsvollmacht an den Notar zur Eigentumsumschreibung, werden daher zwingend von der GbR selbst als Rechtsinhaberin erteilt. Hätte das OLG in seinem Ausgangspunkt Recht, müsste im Übrigen auch der Wechsel von Gesellschaftern der GbR zum Erlöschen einer von dieser erteilten Vollmacht führen,<sup>8</sup> was so, soweit für

<sup>2</sup> V ZB 266/10, MittBayNot 2011, 494 mit Anm. Lautner.

<sup>3</sup> Lautner, MittBayNot 2011, 495, 496; Kessler, EWIR 2017, 567, 568 geht von einem Versehen des BGH aus.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, MittBayNot 2011, 494, 495.

<sup>5</sup> Kessler, EWIR 2017, 567, 568; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 4265, der insoweit eine „GbR-Nostalgie“ des BGH vermutet.

<sup>6</sup> Kessler, EWIR 2017, 567, 568.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393; Reymann, ZNotP 2011, 84, 101 ff.

<sup>8</sup> Ebenso Kessler, EWIR 2017, 567, 568.

<sup>1</sup> Sog. „verfahrensrechtliche Lösung“, vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Krauß, 6. Aufl. 2015, Teil A Rdnr. 455; kritisch hierzu gegen die mittlerweile ganz h. M. Kessler, ZNotP 2005, 176.

mich ersichtlich, seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR niemand mehr vertreten hat.

Die Insolvenz eines Gesellschafters der GbR kann damit nicht das Erlöschen von durch die GbR erteilten Vollmachten nach § 117 Abs. 1 InsO zur Folge haben.<sup>9</sup> Die GbR ist nicht Insolvenzschuldnerin; die Vollmacht bezieht sich gerade nicht auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des Schuldners. Davon abgesehen fordert – anders als das OLG München meint – auch der Normzweck des § 117 InsO keine Ausdehnung der Vorschrift auf Fälle wie hier.<sup>10</sup> Es gehört nun einmal nicht das GbR-Grundstück, sondern, im Fall der § 728 Abs. 2, §§ 730 ff. BGB, nur der Anteil des Gesellschafters an der aufgelösten GbR zur Insolvenzmasse, deren alleinige Verwaltung durch den Insolvenzverwalter § 117 InsO sicherstellen will.<sup>11</sup>

### 3. Anwendbarkeit von § 117 InsO auf notarielle Vollzugstätigkeit

Aber selbst wenn man dem OLG München bis dahin folgen will: Die weitere Frage, ob § 117 InsO wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters der notariellen Vollzugstätigkeit überhaupt auf notarielle Vollzugsvollmachten anwendbar ist,<sup>12</sup> bejaht das OLG lapidar ohne Begründung. Richtigerweise passen die auf privatrechtliche Rechtsgeschäfte zugeschnittenen §§ 115 ff. InsO aber für das hoheitliche Handeln des Notars im Rahmen des Urkundsvollzugs gemäß § 24 BNotO, § 53 BeurkG nicht.<sup>13</sup>

### 4. Genehmigung gemäß § 185 BGB?

Bleibt am Rande noch anzumerken, dass das OLG München seltsamerweise § 185 BGB auf die Genehmigung der Eintragungsbewilligung des Notars entsprechend anwenden will, so als ob der Notar die Eintragungsbewilligung in seiner Eigenurkunde im eigenen Namen abgegeben hätte.<sup>14</sup> Das war wohl kaum der Fall, der Notar handelte aufgrund der ihm erteilten Vollmacht im Namen der Verkäuferin. Richtiger wäre es daher gewesen, auf § 177 BGB abzustellen.

9 A. A. (ohne Begründung) Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, AT Teil G Rdnr. 134a.

10 Im Ergebnis ebenso Kessler, EWIR 2017, 567, 568.

11 BeckOK-InsO/Berberich, Stand: 26.7.2018, § 117 Rdnr. 1.

12 So BayObLG, Beschluss vom 3.9.2003, 3 Z BR 113/03, MittBayNot 2004, 206; ebenso die insolvenzrechtliche Literatur, z. B.: Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl. 2015, § 117 Rdnr. 3.

13 Reul/Heckschen/Wienberg/Heckschen, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 7 Rdnr. 11 ff.

14 Kessler, EWIR 2017, 567, 568.

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 22. Keine Erhöhung des Ehegattenerbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB beim Tod eines nach türkischem Recht verheirateten türkischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.2.2018, 14 W 113/16 (Wx)

BGB § 1363 Abs. 1, § 1371 Abs. 1, § 1931 Abs. 1 Satz 1  
EGBGB Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 15 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Im Fall der gesetzlichen Erbfolge eines türkischen Staatsangehörigen, der seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte und nach türkischem Recht verheiratet war, kommt es nicht zu einer Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB.
2. Aus Art. 20 des Deutsch-Türkischen Nachlassabkommens ergibt sich keine Anwendbarkeit von § 1371 Abs. 1 BGB, wenn die Eheleute im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach türkischem Recht lebten.
3. Das über Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB anwendbare türkische internationale Privatrecht (Art. 15 Abs. 2 TIPRG) enthält keine Rückverweisung auf § 1371 Abs. 1 BGB.

#### SACHVERHALT:

1 I. Der Erblasser ist 2015 in Deutschland verstorben und hat kein Testament errichtet. Er war in der Türkei geborener türkischer Staatsangehöriger und hatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Er war mit der Beteiligten, ebenfalls türkische Staatsangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland, verheiratet. Die Ehe war am 15.7.2003 in der Türkei geschlossen worden. Die Eheleute hatten keine güterrechtlichen Regelungen getroffen. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Die Eheleute lebten getrennt, Scheidungsantrag war von keiner Seite gestellt.

2 Seit 2.3.2010 waren der Erblasser und die Beteiligte als Miteigentümer einer Immobilie in Deutschland im Grundbuch zu jeweils  $\frac{1}{2}$  eingetragen.

3 Die Beteiligte hat einen Erbschein beantragt, wonach für den in Deutschland belegenen Grundbesitz sie selbst Erbin zu  $\frac{1}{2}$  und die Kinder Erben zu je  $\frac{1}{4}$  und für den restlichen Nachlass sie selbst Erbin zu  $\frac{1}{4}$  und die Kinder Erben zu je  $\frac{3}{8}$  geworden sind.

4 Das Nachlassgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die Erbquote der Beteiligten für das in Deutschland belegene Grundvermögen betrage nicht  $\frac{1}{2}$ , sondern nur  $\frac{1}{4}$ . Die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB sei nicht anwendbar, sodass es nicht zu einer Erhöhung des der Beteiligten nach § 1931 Abs. 1 BGB zustehenden gesetzlichen Erbteils von  $\frac{1}{4}$  komme.

5 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt.

6 Der Senat hat durch Beschluss zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 15 Abs. 2 des IPR-Gesetzes der Türkei Nr. 5718 vom 27.11.2007 (im Folgenden: TIPRG) und dazu, ob sich aus der Regelung nach türkischem Rechtsverständnis eine Rückverweisung auf § 1371 Abs. 1 BGB ergibt, ein Rechtsgutachten eingeholt.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**7** II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu Recht zurückgewiesen.

**8** 1. Welches Erbrecht vorliegend anzuwenden ist, ist in Ziffer 14 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrags zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 28.5.1929 (RGBl. 1930 II, S. 748, im Folgenden: deutsch-türkisches Nachlassabkommen) geregelt. Dort heißt es:

„Die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des beweglichen Nachlasses bestimmen sich nach den Gesetzen des Landes, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehörte. Die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des unbeweglichen Nachlasses bestimmen sich nach den Gesetzen des Landes, in dem dieser Nachlass liegt, und zwar in der gleichen Weise, wie wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes Angehöriger dieses Landes gewesen wäre.“

**9** Hieraus folgt, dass vorliegend für den beweglichen Nachlass türkisches Erbrecht gilt, weil der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes türkischer Staatsangehöriger war und für den unbeweglichen Nachlass in Deutschland deutsches Erbrecht gilt.

**10** Nach den Regelungen des deutschen Erbrechts erbt der überlebende Ehegatte 1/4 neben Erben der ersten Ordnung, die hier mit den Kindern vorhanden sind (§ 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der restliche Nachlass von 3/4 geht je zur Hälfte an diese (§§ 1924, 1927 BGB). Einen solchen Antrag hat die Beteiligte nicht gestellt, auch nicht hilfsweise.

**11** 2. Eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils der Beteiligten um 1/4 kommt nicht in Betracht. § 1371 Abs. 1 BGB, wonach dann, wenn der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht wird, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um 1/4 der Erbschaft erhöht, findet vorliegend keine Anwendung.

**12** a) Eine Anwendbarkeit der Vorschrift folgt nicht daraus, dass nach dem deutsch-türkischen Nachlassabkommen für die Rechtsnachfolge in den Miteigentumsanteil des Erblassers an der in Deutschland belegenen Immobilie deutsches Erbrecht in der gleichen Weise gilt, wie wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes Deutscher gewesen wäre. § 1371 Abs. 1 BGB setzt nämlich voraus, dass die Eheleute im Güterstand der Zugewinngemeinschaft nach § 1363 Abs. 1 BGB lebten. Dies ist hier aber nicht der Fall. Die Eheleute lebten im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach Art. 218 ff. des Zivilgesetzbuchs der Türkei vom 1.1.2002 (TZGB). Dieses ist vorliegend anzuwenden. Nach Art. 15 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB ist für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe zwischen dem Erblasser und der Beteiligten das Recht der Türkei maßgeblich, weil beide Eheleute die türkische Staatsangehörigkeit hatten und eine Rechtswahl gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB nicht getroffen haben. Nachdem die Eheleute keine Wahl des Güterstandes getroffen haben, gilt für sie der gesetzliche Güterstand nach Art. 218 ff. TZGB. Auf die Frage, ob § 1371 Abs. 1 BGB als erbrechtliche oder güterrechtliche Regelung (so inzwischen BGH, Beschluss vom

13.5.2015, IV ZB 30/14, zitiert nach juris) zu qualifizieren ist, kommt es damit von vornherein nicht an (ebenso OLG Köln, Beschluss vom 11.2.2014, 2 Wx 245/13, zitiert nach juris).

**13** b) Eine Anwendbarkeit von § 1371 Abs. 1 BGB ergibt sich auch nicht aus einer Rückverweisung aus dem türkischen auf das deutsche Recht.

**14** Die Beteiligte meint, eine solche Rückverweisung ergebe sich aus Art. 15 Abs. 2 TIPRG. Dies trifft jedoch nicht zu.

**15** (1) Art. 15 TIPRG ist zwar auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

Die Vorschrift bestimmt:

„(1) Die Ehegatten können hinsichtlich ihres ehelichen Vermögens ausdrücklich das Recht ihres Aufenthalts im Zeitpunkt der Eheschließung oder eines ihrer Heimatrechte im Zeitpunkt der Eheschließung wählen; falls eine solche Wahl nicht getroffen wird, wird hinsichtlich des ehelichen Vermögens das gemeinsame Heimatrecht im Zeitpunkt der Eheschließung und falls ein solches nicht vorhanden ist, das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts zur Zeit der Eheschließung und falls auch ein solches fehlt, türkisches Recht angewandt.

(2) Auf die Auseinandersetzung des Vermögens hinsichtlich unbeweglicher Sachen wird das Recht des Landes, in dem sie belegen sind, angewandt.

(3) Ehegatten, die nach der Eheschließung eine neue gemeinsame Staatsangehörigkeit erwerben, können sich unter der Voraussetzung, dass die Rechte Dritter unberührt bleiben, diesem neuen Recht unterstellen.“

**16** Die Verweisung in Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB erfasst Art. 15 TIPRG, denn es handelt sich um eine Gesamtverweisung, also eine Verweisung sowohl auf das türkische Sachrecht als auch auf das türkische Internationale Privatrecht (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Das TIPRG ist vorliegend auch in zeitlicher Hinsicht anwendbar. Zwar wurde die Ehe des Erblassers und der Beteiligten bereits am 15.7.2003, und damit vor dem Inkrafttreten des TIPRG, geschlossen. In entsprechender Anwendung von Art. 1 des Einleitungsgesetzes zum türkischen Zivilgesetzbuch (EinIG TZGB) Nr. 4722 ist bei Dauerrechtsverhältnissen für die allgemeinen Wirkungen der Ehe einschließlich der güterrechtlichen Wirkungen jedoch nicht auf das im Zeitpunkt des Zustandekommens der Ehe geltende Recht abzustellen, sondern auf das Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts des für die Beurteilung maßgeblichen Tatbestands gilt. Dies ist hier der Tod des Erblassers, mit dem der Güterstand der Eheleute beendet wurde. Ob die Regelung nur für Vermögen gilt, das nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erworben wurde, kann offen bleiben, denn dies ist hier der Fall.

**17** (2) Trotz der Anwendbarkeit von Art. 15 Abs. 2 TIPRG auf den vorliegenden Fall führt dies nicht zur Anwendbarkeit von § 1371 Abs. 1 BGB, denn die Norm enthält keine Verweisung auf § 1371 Abs. 1 BGB (so im Ergebnis ohne Einholung eines Rechtsgutachtens auch OLG Köln, a. a. O.; a. A., ebenfalls ohne Einholung eines Rechtsgutachtens, für den Fall des Zugewinnausgleichs im Rahmen eines Scheidungsverfahrens

von Eheleuten türkischer Abstammung OLG Bremen, Beschluss vom 7.5.2015, 4 WF 52/15). Art. 15 Abs. 1 TIPRG ist nämlich nicht als kollisionsrechtliche Norm anzusehen.

**18** Bei der Anwendung ausländischen Rechts hat der deutsche Richter dieses so anzuwenden, wie es der Richter des betreffenden Landes auslegt und anwendet, und nicht eine eigene Interpretation vorzunehmen. Maßgeblich ist daher weder das eigene Normverständnis des Senats noch das des Gutachters, der Beteiligten oder der deutschen Rechtslehre, sondern das Normverständnis der türkischen Lehre und Rechtsprechung. Wie sich aus dem vom Senat eingeholten Rechtsgutachten ergibt, war die Vorschrift bisher nicht Gegenstand veröffentlichter türkischer Gerichtsentscheidungen. Die türkische Rechtslehre legt, soweit sie den Regelungsgehalt der Norm überhaupt thematisiert, Art. 15 Abs. 2 TIPRG dahin aus, dass es sich nicht um eine kollisionsrechtliche Norm handelt. Dort herrscht die Ansicht vor, dass die Norm nicht zu einer Güterrechtsspaltung für bewegliches und unbewegliches Vermögen führt, sondern dass das Güterrechtsstatut einheitlich in Art. 15 Abs. 1 TIPRG geregelt ist, ohne dass zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden wird. Demzufolge legt die türkische Rechtslehre Art. 15 Abs. 2 TIPRG einschränkend dahin aus, dass die Norm nicht das für die schuldrechtliche Seite der Auseinandersetzung anwendbare Recht bestimmt, sondern lediglich eine Bestimmung des Rechts trifft, das für die dingliche Seite der Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens bei Beendigung des Güterstands gilt, und damit nur eine Bestätigung des Grundsatzes der *lex rei sitae* darstellt. Die Darstellung im Rechtsgutachten überzeugt, denn sie gibt die einschlägige Literatur und die dort verwendeten Argumente im Einzelnen wieder; darüber hinaus deckt sich die Einschätzung des Rechtsgutachters von dem in der türkischen Rechtslehre herrschenden Normverständnis auch mit der neueren Einschätzung von *Rumpf/Odendahl* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (Länderteil Türkei, Stand: 24.2.2017, S. 23 f.). Darauf, dass die Beteiligte die Norm anders verstanden wissen möchte, kommt es, wie oben dargelegt, nicht an.

**19** 2. Es kann dahinstehen, ob der Antrag der Beteiligten dahin auszulegen ist, dass sie hilfsweise die Erteilung eines Erbscheins nur für den beweglichen Nachlass, für den sich die Rechtsnachfolge nach türkischem Recht richtet, beantragt hat, denn eine solche Erteilung kommt von vornherein nicht in Betracht. Die Möglichkeit der Erteilung eines nicht den gesamten Nachlass erfassenden Erbscheins ist in § 352e Abs. 1 FamFG abschließend geregelt. Danach ist nur eine Beschränkung auf in Deutschland belegenes Vermögen möglich, nicht aber eine Beschränkung auf Teile des Nachlasses, die unterschiedlichem Erbrecht unterliegen.

**20** 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Wertfestsetzung erfolgt gemäß § 34 Abs. 2 und 3 i. V. m. Anl. 2 GNotKG mit dem dort vorgesehenen Mindestgeschäftswert von bis 500 €, weil der Nachlass nach Mitteilung der Beteiligten überschuldet ist (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 24.3.2014, 3 Wx 17/14, zitiert nach juris Rdnr. 9).

## 23. Anwendbarer Rechtsstatus im Insolvenzfall

BGH, Urteil vom 8.2.2018, IX ZR 92/17 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 4.4.2017, 14 U 20/16)

*InsO* §§ 335, 336, 339

*Rom-I-VO* Art. 10 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen bei Verträgen, die ein dingliches Recht an einem unbeweglichen Gegenstand oder ein Recht zur Nutzung eines unbeweglichen Gegenstandes betreffen, ist Gegenstand des allgemeinen Insolvenzstatuts und unterliegt daher der *lex fori concursus*.
2. Das besondere Insolvenzstatut für Verträge über einen unbeweglichen Gegenstand betrifft das Schicksal der weiteren Durchführung des Vertrags aufgrund von insolvenzrechtlichen Bestimmungen und die Frage, ob Lösungsmöglichkeiten aufgrund insolvenzrechtlicher Bestimmungen bestehen.
3. Ob ein Vertrag wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, richtet sich nach dem Recht, das auf den Vertrag anzuwenden wäre, wenn der Vertrag wirksam wäre.
4. Auch in den Fällen, in denen ausländisches Insolvenzanfechtungsrecht anwendbar ist, kommt eine Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nur in Betracht, wenn der beanstandete Vorgang über einen bloßen Anfechtungstatbestand im Sinne der §§ 130 ff. *InsO* hinaus besondere Umstände aufweist, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigen.
5. Ein Rechtsgeschäft, das im kollusiven Zusammenwirken zum Zweck einer sog. Firmenbestattung abgeschlossen wird, verstößt gegen die guten Sitten.

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 24. Sicherungsgrundschuld bei Abtretung – Keine Kondiktion durch Insolvenzverwalter

BGH, Urteil vom 19.4.2018, IX ZR 230/15 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 12.11.2015, I-27 U 52/15)

*InsO* § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1, § 82 Satz 1

*BGB* § 812 Abs. 1 Satz 1, § 873 Abs. 1, §§ 892, 893, 1154, 1192

#### LEITSÄTZE:

1. Tritt ein Sicherungsnehmer eine zur Sicherung bestellte Grundschuld im Rahmen einer Umschuldung an einen neuen Sicherungsnehmer ab, kann der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Sicherungsgebers die Grundschuld auch dann nicht gegenüber dem neuen Sicherungsnehmer kondizieren, wenn der Schuldner sich mit der Abtretung einverstanden erklärt hat.
2. Der Schuldner kann sich im Eröffnungsverfahren auch nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes im Wege eines Sicherungsvertrages wirksam verpflichten, eine Grundschuld zur Absicherung eines Darlehensrückzahlungsanspruches zu stellen.
3. Verliert der Schuldner durch die Auszahlung eines Darlehens die Einrede der fehlenden Valutierung einer Grundschuld, liegt darin keine Verfügung des Schuldners, sondern nur ein sonstiger Rechtserwerb des Gläubigers.
4. Erweitert der Schuldner nach Eintritt der Verfügungsbeschränkungen den bisherigen Haftungsumfang einer Grundschuld durch eine neue oder geänderte Sicherungsvereinbarung und ermöglicht so eine Neuvalutierung oder eine weitergehende Valutierung der Grundschuld, die nicht durch die frühere Sicherungsvereinbarung gedeckt war, liegt eine unwirksame Verfügung über einen Gegenstand der Insolvenzmasse vor.
5. Sind der Abschluss oder die Änderung eines Sicherungsvertrags als Verfügung des Schuldners unwirksam, kann sich der Gläubiger eines Grundpfandrechts nicht auf einen gutgläubigen Erwerb berufen.

### 25. Kein hinreichender Nachweis der Identität des Vollstreckungsgläubigers

BGH, Beschluss vom 17.5.2017, VII ZB 64/16 (Vorinstanz: LG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 1.9.2016, 19 T 99/16)

*ZPO* § 750 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSATZ:

Will eine mit dem im Vollstreckungstitel bezeichneten Gläubiger hinsichtlich der Rechtsform nicht namensgleiche offene Handelsgesellschaft die Zwangsvollstreckung aus dem Titel betreiben und macht sie geltend, es liege eine Änderung der Rechtsform und eine Änderung der Firma vor, hat sie die Personenidentität dem zuständigen Vollstreckungsorgan durch entsprechende Urkunden zweifelsfrei nachzuweisen.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 26. Verletzung von Prüfungs- und Belehrungspflichten eines Notars bei unzureichender Tatsachenermittlung

BGH, Beschluss vom 24.7.2017, NotSt (Brfg) 2/16 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 22.8.2016, Not 3/16)

*BNotO* §§ 95, 95a Abs. 1 Satz 1 und 2

*BeurkG* § 17 Abs. 1 Satz 1

*BGB* § 2059 Abs. 1

*BDG* § 4

#### LEITSÄTZE:

1. Der Notar muss jedenfalls den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufklären.
2. In dem in einer disziplinarrechtlichen Einleitungsverfügung enthaltenen Vorwurf, die Interessen der Urkundsbeteiligten nicht hinreichend ermittelt zu haben, ist der Vorwurf der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung enthalten.
3. Eine disziplinarische Maßnahme kann im Einzelfall unvereinbar mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden, wenn das Disziplinarverfahren unverhältnismäßig lange dauert. Zur hinreichenden Begründung der Unverhältnismäßigkeit bedarf es einer sich aus den Umständen ergebenden Evidenz.
4. Eine hinreichende Sachverhaltsaufklärung ist notwendige Voraussetzung für eine zutreffende Belehrung der Beteiligten. Eine Nachprüfung der tatsächlichen Angaben der Beteiligten ist regelmäßig nicht veranlasst. Allerdings muss der Notar bedenken, dass Beteiligte entscheidende Umstände, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, möglicherweise nicht erkennen. (Leitsatz der Schriftleitung)

5. Die Pflichten aus § 17 Abs. 1 BeurkG dienen dazu, wichtige Rechtsgeschäfte vorab einer qualifizierten rechtlichen Überprüfung zu unterziehen und dabei auch eine Benachteiligung rechtlich ungewandter Beteiligter zu vermeiden. Die vorsorgende Rechtspflege wird durch unzureichende Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten in Frage gestellt. (Leitsatz der Schriftleitung)

## KOSTENRECHT

### 27. Wertbestimmung für die Vereinbarung eines bedingten Unterhaltsanspruchs

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.2.2017, 20 W 251/15

GNotKG § 52 Abs. 3, 4 und 6

#### LEITSÄTZE:

1. Nach § 52 Abs. 6 Satz 2 GNotKG ist ein niedrigerer Wert dann anzunehmen, wenn der nach den vorstehenden Absätzen des § 52 GNotKG bestimmte Wert nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unbillig ist, weil im Zeitpunkt des Geschäfts der Beginn des Geschäfts noch nicht feststeht oder das Recht in anderer Weise bedingt ist. Das Ausmaß des Abschlags steht dabei im Ermessen des jeweiligen Notars. Die Ermessensausübung des Notars kann das Gericht nur eingeschränkt darauf überprüfen, ob der Notar von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, alle wesentlichen Umstände beachtet und die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens eingehalten hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei der Wertbestimmung einer Unterhaltsverpflichtung, deren Eintritt durch die derzeit nicht beabsichtigte Scheidung der Ehe bedingt ist, kann von dem gem. § 52 Abs. 1 bis 5 GNotKG bestimmten Wert nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG ermessensfehlerfrei ein Abschlag i. H. v. 50 % vorgenommen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 Die Antragsgegnerin beurkundete am 12.9.2014 einen Ehevertrag zwischen der Antragstellerin und deren Ehemann, in welchem Güterstand, Unterhaltsverzicht und Versorgungsausgleich geregelt wurden. (...) Die Antragsgegnerin erstellte hierfür die Kostenberechnung (...). Ausgehend von einem Gesamtgeschäftswert von 332.870 € berechnete sie eine 2,0-Beurkundungsgebühr nach KV-Nr. 21110 GNotKG i. H. v. 1.370 €, einschließlich der Nebenkosten und Umsatzsteuer insgesamt 1.661,24 €.

2 Die Antragstellerin hat am 2./7.1.2015 beim LG Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Sie hat sich mit ihrem Antrag gegen die Höhe des von der Antragsgegnerin für die Kosten des Unterhaltsverzichts zugrunde gelegten (Teil-)Geschäftswerts gewendet, den diese mit 192.870 € errechnet hatte. Zugrunde gelegt hatte die Antragsgegnerin die Differenz des Nettomonatseinkommens der Eheleute von 5.000 €, multipliziert mit 3/7 als fiktivem monatlichem Unterhaltsanspruch des Ehemannes, multipliziert mit 12 als Jahresunterhalt,

wiedermultipliziert mit dem Faktor 15 entsprechend dem Alter gemäß § 52 Abs. 4 GNotKG und wiederum verringert um 50 % gemäß § 52 Abs. 6 GNotKG wegen des unbestimmten Eintritts des Unterhaltsanspruchs. Die Antragstellerin hat hierzu die Auffassung vertreten, statt des Faktors 15 gemäß § 52 Abs. 4 GNotKG sei gemäß § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG nur der 10-fache Jahreswert anzunehmen. Auch die Reduzierung auf 50 % hat sie unter Bezugnahme auf einen von ihr zitierten Beschluss des OLG Hamm vom 15.4.2010 für unzureichend gehalten; angemessen sei vielmehr eine Reduzierung auf 30 %. Sie hat weiter gemeint, ein Unterhaltsanspruch in der von der Antragsgegnerin angenommenen Höhe könne im Scheidungsfall auch wegen des Wechsels von Steuerklasse und Kinderfreibetrag nicht entstehen. Letztendlich hat die Antragstellerin die Auffassung vertreten, weil ein Unterhaltsanspruch in einer bestimmten Höhe nicht angenommen werden könne, sei in Anlehnung an § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG von einem Geschäftswert von lediglich 5.000 € auszugehen. (...)

4 Das LG hat die vorgesetzte Dienstbehörde mit dem aus der Stellungnahme vom 16.6.2015 ersichtlichen Ergebnis angehört. Sodann hat es durch den angefochtenen (...) die Kostenberechnung der Antragsgegnerin auf 1.185,24 € herabgesetzt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass § 36 Abs. 3 GNotKG keine Anwendung finde, weil der Geschäftswert des Unterhaltsverzichts gemäß § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen bestimmt werden könne. Ermessensfehlerfrei habe die Antragsgegnerin bei der Ermittlung des Geschäftswerts des Unterhaltsverzichts als Basis die Differenz der gegenwärtigen Nettoeinkommen der Ehegatten zugrunde gelegt. Entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin sei allerdings lediglich der 10-fache Jahreswert gemäß § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG zugrunde zu legen. Hieraus errechne sich ein Betrag von 257.160 €. Da es sich um einen Unterhaltsverzicht innerhalb eines vorsorgenden Ehevertrages handele, sei der Geschäftswert zusätzlich nach § 52 Abs. 6 Satz 3, 36 Abs. 1 GNotKG niedriger anzusetzen. Die Herabsetzung auf 50 % erscheine insoweit nicht ausreichend, weil die Antragsgegnerin lediglich berücksichtigt habe, dass eine Scheidung nicht geplant sei, hingegen bei der Wertfestsetzung die Rückausnahme für den Fall übersehen habe, dass einer der Ehegatten ein gemeinsames Kind betreue. Ausgehend von einem Geschäftswert für den Unterhaltsverzicht von 77.148 € hat das LG sodann die Kostenberechnung auf einen Betrag von 1.185,24 € herabgesetzt.

5 Gegen diesen der Antragsgegnerin lediglich formlos übersandten Beschluss hat die Antragsgegnerin (...) Beschwerde eingelegt. (...) Sie meint, die Annahme des LG, dass es sich beim Unterhaltsverzicht des Ehemanns um ein Recht von unbestimmter Dauer handele, sei falsch. Da das Recht auf die Lebenszeit des Ehepartners beschränkt sein sollte, sei vorliegend § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG anzuwenden; allerdings greife § 52 Abs. 4 GNotKG ein mit der Folge, dass in diesem vorliegenden Fall der 15-fache Jahreswert anzusetzen sei. Im Übrigen sei der Unterhaltsverzicht der Ehefrau nicht bewertet worden. Die weitere Herabsetzung des Wertes nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG wegen der Ausnahme des Unterhaltsverzichts für die Betreuung eines gemeinsamen Kindes sei nicht rechtmäßig. Zum einen habe das LG jegliche Begründung für die angebliche Unbilligkeit des vorliegenden Falles vermissen lassen. Zum anderen entspreche die Rückausnahme den Gegebenheiten der Gesetze und der Rechtsprechung und stelle keine besondere Ausnahme dar, besonders aufgrund der Tatsache, dass das Ehepaar bereits zwei Kinder im Alter damals von sieben und neun Jahren gehabt habe und das Eintreten dieser Bedingung relativ unwahrscheinlich sei. Die Rückausnahme diene lediglich der Verhinderung einer vollständigen Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung und sei keine unbillige Ausnahme. (...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**8** Die Beschwerde hat auch in der Sache teilweise Erfolg. Entgegen der Rechtsauffassung des LG ist die Kostenberechnung aus einem Geschäftswert von 268.580 € neu aufzustellen, sodass die angefochtene Kostenberechnung lediglich auf die aus dem Tenor ersichtliche Höhe herabzusetzen ist.

(...)

**10** Nicht zu beanstanden ist der rechtliche Ansatz des LG, der demjenigen der Antragsgegnerin folgt, dass für die Wertberechnung vorliegend § 52 GNotKG einschlägig ist. Dieser bezieht sich ausweislich seines Abs. 2 auch auf Rechte oder Ansprüche auf wiederkehrende oder dauernde Nutzungen oder Leistungen. Dazu gehören auch Rechte bzw. Ansprüche aus Unterhaltsvereinbarungen – auch für die Zeit nach Beendigung der Ehe – und damit auch gegenseitige Verzichte auf nahehelichen Unterhalt (vgl. etwa Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar/*Zapf*, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 21; Korintenberg/*Schwarz*, GNotKG, 19. Aufl., § 52 Rdnr. 33; Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl., Rdnr. 483; Ländernotarkasse, NotBZ 2016, 379; dies., Leipziger Kostenspiegel – Das neue Notar-Kostenrecht, Teil 20 Rdnr. 24).

**11** Nicht als zu niedrig angegriffen wird von der Beschwerde die Berechnung des zugrunde zu legenden Jahreswerts des Unterhalts i. H. v. 25.716 €, der auch dem Ansatz der Antragsgegnerin in ihrer angefochtenen Notarkostenberechnung entspricht. Zutreffend hat die Antragsgegnerin nur den Wert der Leistung des einen Teils in Ansatz gebracht, nämlich denjenigen der Antragstellerin als den höheren Wert (vgl. dazu Notarkasse, a. a. O., Rdnr. 484). (...)

Weiter zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass hier von der 10-fache Jahreswert gemäß § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG in Ansatz zu bringen ist. Vorliegend handelt es sich um ein Recht von unbestimmter Dauer nach dieser Vorschrift (vgl. hierzu auch Notarkasse, a. a. O., Rdnr. 483; Ländernotarkasse, NotBZ 2016, 379; dies., Leipziger Kostenspiegel – Das neue Notar-Kostenrecht, Teil 20 Rdnr. 24). Auch dies stellt die Beschwerde ausweislich Seite 2 der Beschwerdeschrift, 2. Absatz, offensichtlich nicht in Abrede (anders wohl noch auf Seite 1).

**12** Nicht gefolgt werden kann allerdings der daran anknüpfenden Rechtsauffassung der Beschwerde, dass vorliegend dennoch der höhere Jahreswert des § 52 Abs. 4 GNotKG einschlägig sei. Sofern nämlich das Recht von unbestimmter Dauer zugleich auch auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, findet ein Vergleich zwischen dem Wert nach Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 statt. Der geringere Wert ist maßgeblich (vgl. Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar/*Zapf*, § 52 Rdnr. 63; Korintenberg/*Schwarz*, GNotKG, § 52 Rdnr. 65; Bormann/*Diehn/Sommerfeldt/Diehn*, GNotKG, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 23; Notarkasse, a. a. O., Rdnr. 483; Ländernotarkasse, NotBZ 2016, 379; dies., Leipziger Kostenspiegel – Das neue Notar-Kostenrecht, Teil 20 Rdnr. 24; vgl. auch die Gesetzesbegründung in BR-Drucks. 517/12, S. 247 und BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 171; a. A.NK-Gesamtes Kostenrecht/*Leiß*, § 52 GNotKG Rdnr. 52). Nach dem obigen

Ansatz zum zugrunde liegenden Jahreswert kann hier nun nicht der Unterhaltsverzicht der Ehefrau (zusätzlich) Berücksichtigung finden, wie die Beschwerde eventuell meint. Der Senat folgt dem LG allerdings nicht, soweit es für den vorliegenden Einzelfall den von der Antragsgegnerin vorgenommenen Abschlag nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG in Höhe von 50 % als zu gering bemessen angesehen und insoweit eine weitere Herabsetzung des Geschäftswerts und damit der angefochtenen Kostenberechnung vorgenommen hat.

**13** Nach der genannten Gesetzesvorschrift ist ein niedrigerer Wert dann anzunehmen, wenn der nach den vorstehenden Absätzen des § 52 GNotKG bestimmte Wert nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unbillig ist, weil im Zeitpunkt des Geschäfts der Beginn des Geschäfts noch nicht feststeht oder das Recht in anderer Weise bedingt ist. Dabei ist aber zunächst festzuhalten, dass das Ausmaß des Abschlags im Ermessen des jeweiligen Notars liegt, da die Anpassung an die Umstände des Einzelfalls gesetzgeberisch nicht geregelt werden kann (vgl. dazu Korintenberg/*Schwarz*, GNotKG, § 52 Rdnr. 88; Bormann/*Diehn/Sommerfeldt/Diehn*, a. a. O., § 52 Rdnr. 29). In diesem Zusammenhang kann das Gericht dann die Ermessensausübung des Notars nur eingeschränkt überprüfen, nämlich darauf, ob der Notar von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, alle wesentlichen Umstände beachtet und die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens eingehalten hat (vgl. dazu die Nachweise in Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar/*Wudy*, § 128 Rdnr. 93; BGH, Beschluss vom 23.10.2013, V ZB 190/12; Senat, NZG 2013, 823, je zu § 30 KostO und zitiert nach juris). Derartige Ermessensfehler sind der Antragsgegnerin hier bei der Anwendung der genannten Billigkeitsvorschrift nicht unterlaufen. Zu Recht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass in der kostenrechtlichen Literatur weitgehend vertreten wird, dass dann, wenn – wovon hier ausgegangen werden kann – keine Scheidung beabsichtigt ist, Abschläge bis zu 50 % vorgenommen werden können (vgl. Notarkasse, a. a. O., Rdnr. 483; Korintenberg/*Schwarz*, GNotKG, § 52 Rdnr. 83). Diesen Rahmen hat die Antragsgegnerin hier voll zugunsten der Antragstellerin ausgeschöpft. Ein Ermessensfehler liegt nicht in dem vom LG angenommenen Umstand, dass die Antragsgegnerin bei der Billigkeitsüberprüfung die „Rückausnahme“ des Unterhaltsverzichts (bzw. den Eintritt einer auflösenden Bedingung) für den Fall nicht weitergehend berücksichtigt hat, dass einer der Ehegatten ein gemeinsames Kind betreut. Die Antragsgegnerin durfte dabei ermessensfehlerfrei darauf abstellen, dass der Eintritt dieser „Rückausnahme“ relativ unwahrscheinlich war, zumal das Ehepaar bereits Kinder im Alter von damals sieben und neun Jahren hatte. Der Umfang der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts ist ein im Rahmen des § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG zu berücksichtigendes Kriterium (vgl. NK-Gesamtes Kostenrecht/*Leiß*, § 52 GNotKG Rdnr. 84); für die vom LG in diesem Zusammenhang hier angenommene „Rückausnahme“ kann nichts anderes gelten. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin im Einzelnen und nachvollziehbar dargelegt, dass sie diese Vertragsklausel nur deshalb aufgenommen habe, um die vollständige Unwirksamkeit der Bestimmung im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH abzuwenden. Ausgehend davon erscheint es jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft, diesen Um-

stand nicht weiter wertmindernd zu berücksichtigen, da er nach dem Willen der Beteiligten auch dazu diene, den mit dem Unterhaltsverzicht verfolgten Zweck überhaupt zu ermöglichen. Dass das OLG Hamm in der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung vom 15.4.2010 (vgl. FGPrax 2010, 260) für einen vergleichbaren Sachverhalt einen Abschlag von 70 % für nicht ermessensfehlerhaft erachtet hatte, ändert daran nichts. Zum einen erging diese Entscheidung noch unter Geltung des § 24 Abs. 5 Satz 3 KostO/§ 24 Abs. 6 Satz 3 KostO, der sich in seinen Voraussetzungen vom nunmehr anwendbaren § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG maßgeblich unterscheidet (vgl. dazu NK-Gesamtes Kostenrecht/Leiß, § 52 GNotKG Rdnr. 79; Korintenberg/Schwarz, GNotKG, § 52 Rdnr. 88). Zum anderen ist die seinerzeitige gerichtliche Wertung im Rahmen der hier wie dort lediglich eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung der dortigen Ermessensausübung nicht ohne Weiteres auf andere Fälle übertragbar, zumal jeweils auf alle Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muss. Ob die Antragsgegnerin also auch einen Abschlag von 70 % ermessensfehlerfrei hätte vornehmen können, hat der Senat hier nicht zu überprüfen.

(...)

**15** Im Ergebnis ist damit für den Unterhaltsverzicht ein Geschäftswert von 257.160 € x 50 % - 128.580 € anzusetzen. Der Geschäftswert des Ehevertrages insgesamt berechnet sich damit auf (60.000 € + 600 € + 128.580 € + 20.000 € =) 268.580 €.

Hieraus ergibt sich folgende Neuberechnung der Kostenberechnung:

- 2,0-Gebühr KV-Nr. 21100 GNotKG (Beurkundungsgebühr Ehevertrag) 1.170 €
- KV-Nr. 32001 GNotKG Dokumentenpauschale 4,50 €
- KV-Nr. 32002 GNotKG Dokumentenpauschale (Datei) 1,50 €
- KV-Nr. 32005 GNotKG Post- und Telekommunikationspauschale 20 €
- KV-Nr. 32014 GNotKG 19 % Umsatzsteuer 227,24 €.

Daraus errechnet sich ein Gesamtbetrag von 1.423,24 €.

(...)

**18** Gründe dafür, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 129 Abs. 2, § 30 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 FamFG, hat der Senat nicht gesehen, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. (...)

#### ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Der Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 7.2.2017 bestätigt die von der Notarkasse vertretene Auffassung, wonach bei der Wertbestimmung einer Unterhaltsverpflichtung von dem nach § 52 GNotKG kapitalisierten Wert der betroffenen Unterhaltsleistungen nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG ein angemessener Abschlag vorzunehmen ist, wenn die

wiederkehrende Leistung noch an weitere Bedingungen geknüpft ist<sup>1</sup>. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Zeitpunkt, zu dem die Zahlungen aus dem Unterhaltsanspruch beginnen, noch nicht feststeht, weil dieser an die Ehescheidung gekoppelt und diese von den Beteiligten im Beurkundungszeitpunkt überhaupt nicht beabsichtigt ist. Die Vornahme eines Abschlags in Höhe von 50 % ist danach für den Regelfall sachgerecht, wenn keine Anhaltspunkte für eine besonders hohe oder geringe Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts vorliegen.

<sup>1</sup> Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 641.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 28. Versagung der Genehmigung wegen einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden

BGH, Beschluss vom 27.4.2018, BLW 3/17 (Vorinstanz: OLG Jena, Beschluss vom 7.8.2017, Lw W 415/16)

GrdstVG § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 5  
AEUV Art. 107 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Das in einem offenen, transparenten und bedingungs-freien Ausschreibungsverfahren abgegebene Höchstgebot wird in der Regel dann nicht den Marktwert des Grundstücks im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG widerspiegeln, sondern als spekulativ überhöht anzusehen sein, wenn die Gegenleistung den Marktwert des Grundstücks um mehr als die Hälfte überschreitet und annähernd gleich hohe Gebote nicht abgegeben worden sind; ob der Erwerber tatsächlich in Spekulationsabsicht gehandelt hat, ist grundsätzlich unerheblich (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 29.4.2016, BLW 2/12, BGHZ 210, 134 Rdnr. 27 ff.)
2. Die Versagung der Genehmigung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG setzt neben einem groben Missverhältnis zwischen dem Gegenwert und dem Wert des Grundstücks voraus, dass im Zeitpunkt der (letzten) Entscheidung in der Tatsacheninstanz ein Landwirt bereit ist, das Grundstück zu einem Preis zu erwerben, der in etwa dem Marktwert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht; ob der Landwirt das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebs dringend benötigt, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

## STEUERRECHT

### 29. Zuordnung des verrechenbaren Verlustes i. S. d. § 15a EStG bei unentgeltlicher Übertragung eines Teils eines Kommanditanteils

BFH, Urteil vom 1.3.2018, IV R 16/15 (Vorinstanz:  
FG Düsseldorf, Urteil vom 22.1.2015, 16 K 3127/12 F)

*EStG § 15a Abs. 2 Satz 1*

*HGB § 167 Abs. 3, § 169 Abs. 1 Satz 2*

#### LEITSATZ:

**Überträgt ein Kommanditist unentgeltlich einen Teil seiner Beteiligung an der KG, geht der verrechenbare Verlust anteilig auf den Übernehmer über, wenn diesem auch das durch die Beteiligung vermittelte Gewinnbezugsrecht übertragen wird.**

#### SACHVERHALT:

1 A. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) sowie ihr Ehemann, der Beigeladene zu 1, sind Kommanditisten der ebenfalls beigeladenen A-GmbH & Co. KG (KG). Vor dem Streitzeitraum (2007 bis 2010) waren sie mit Einlagen i. H. v. 38.346,89 € (Klägerin) und 58.231,85 € (Beigeladener zu 1) an der KG beteiligt.

2 § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung sah vor, dass die KG für jeden Gesellschafter neben dem festen Kapitalkonto ein sog. Privatkonto führt. Über dieses Konto sollte der Verrechnungsverkehr zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern stattfinden. Gewinn und Verlust sollten anhand der festen Kapitalkonten verteilt und sodann den Privatkonten gutgebracht oder belastet werden. Einlagen zum Ausgleich negativer Beträge auf den Privatkonten waren jederzeit zulässig. Entnahmen von Guthaben auf dem Privatkonto eines Kommanditisten waren untersagt, wenn dadurch ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht. Im Übrigen durften Entnahmen aufgrund eines mit einfacher Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschlusses vorgenommen werden (§ 11 Abs. 3 und § 12 des Gesellschaftsvertrags).

3 In den Bilanzen der KG war das Eigenkapital aufgeschlüsselt in Kommanditkapital, variables Kapital, Entnahmen, Einlagen und Gewinn/Verlust. Die Kapitalkontenentwicklung unterschied zwischen dem Festkapital/Kapitalkonto I einerseits und den variablen Kapitalkonten/Kapitalkonto II andererseits. Das Kapitalkonto II errechnete sich aus den Positionen Verlustausgleichskonto, Privatkonto und Gewinn bzw. Verlust; das Privatkonto umfasste die Einlagen und Entnahmen.

4 Mit „Schenkungsvertrag“ vom 15.12.2006 übertrug der Beigeladene zu 1 einen Teilkommanditanteil i. H. v. 52.437,13 € auf die Klägerin. Die Übertragung erfolgte zum 1.1.2007. Fortan verfügten der Beigeladene zu 1 und die Klägerin – nach einer geringfügigen Kapitalerhöhung – über Beteiligungen i. H. v. 5.800 € und 90.800 €. Der Vertrag enthielt unter anderem die folgenden Bestimmungen:

#### 5 „§ 2 Schenkung

(1) (...) Alle Ansprüche aus dem für den Schenker geführten Privatkonto bleiben unberührt. Insbesondere das gemäß § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages (...) für den Schenker geführte Privatkonto verbleibt dem Schenker und wird von diesem/für diesen unverändert fortgeführt.

(2) In Vollzug der vorstehenden Schenkungsabrede tritt der Schenker hiermit die Kommanditeinlage in Höhe von Euro 52.437,13 sowie [den Anteil] an den sonstigen für ihn geführ-

ten Konten mit Ausnahme des Privatkontos (§ 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages) an die dies annehmende Beschenkte ab.“

6 Vor diesem Hintergrund vollzog die KG die Teilanteilsübertragung in den Jahresabschlüssen ab 2007 auf den festen Kapitalkonten der Gesellschafter nach, während die Verteilung des Kapitals im Übrigen unverändert blieb.

7 Zum 31.12.2006 betrug der verrechenbare Verlust des Beigeladenen zu 1: 178.004,39 €.

8 Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) ordnete diesen Verlust im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung des verrechenbaren Verlustes nach § 15a Abs. 4 EStG auf den 31.12.2007 bis 31.12.2010 jeweils vollständig dem Beigeladenen zu 1 zu.

9 Dagegen wandte sich die KG mit Einsprüchen und machte geltend, dass der für den Beigeladenen zu 1 festgestellte verrechenbare Verlust mit der Teilanteilsübertragung anteilig auf die Klägerin übergegangen sei.

10 Die Einsprüche hatten insoweit keinen Erfolg. Das FA vertrat die Auffassung, ein anteiliger Übergang des verrechenbaren Verlustes habe nicht stattgefunden, da die Ursache für den verrechenbaren Verlust in Gestalt des negativen Kapitalkontos nicht mitübertragen worden sei. Aufgrund seiner zivilrechtlichen Ausgestaltung stelle das zurückbehaltene Kapitalkonto II ein Eigenkapitalkonto i. S. d. § 15a EStG dar. Es liege daher keine vollständige Übertragung des anteiligen Kommanditkapitals vor. Ein Übergang des verrechenbaren Verlustes liefe zudem dem Leistungsfähigkeitsprinzip zuwider.

11 Das FG gab der Klage statt. Der für den Beigeladenen zu 1 festgestellte verrechenbare Verlust sei anteilig, d. h. i. H. v. 160.290,97 €, auf die Klägerin übergegangen.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

17 B. Die Revision des FA ist unbegründet und daher nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass der für den Beigeladenen zu 1 festgestellte verrechenbare Verlust im Zuge der Teilanteilsübertragung anteilig, d. h. i. H. v. 160.290,97 €, auf die Klägerin übergegangen ist.

18 I. Soweit ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht, darf ein Kommanditist den ihm zuzurechnenden Anteil am Verlust der KG einkommensteuerlich erst gewinnmindernd geltend machen, wenn er wirtschaftlich durch den Verlust aus seiner Beteiligung belastet ist (I. 1.). Dies rechtfertigt es bei einer unentgeltlichen Anteilsübertragung, dass ein verrechenbarer Verlust i. S. d. § 15a EStG auf den Übernehmer der Beteiligung an einer KG übergeht, der durch diesen Verlust künftig wirtschaftlich belastet wird (I. 2.). Eine solche wirtschaftliche Belastung ist bei einem Übernehmer zu bejahen, dem das durch die Kommanditbeteiligung vermittelte Gewinnbezugsrecht übertragen worden ist (I. 3.).

19 1. Die Regelung des § 15a Abs. 2 EStG in der im Streitjahr 2007 gültigen Fassung (EStG a. F.) bzw. § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG in der in den Streitjahren 2008 bis 2010 gültigen Fassung (EStG n. F.) knüpft an die nach Maßgabe des Handelsrechts ausgelöste wirtschaftliche Belastung durch die Beteiligung am Verlust einer KG an.

20 a) Gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG darf der einem Kommanditisten zuzurechnende Anteil am Verlust der KG weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden, soweit ein negatives Kapitalkonto des Kommanditisten entsteht oder sich erhöht; er darf insoweit auch nicht nach § 10d EStG

abgezogen werden. Der nicht ausgleichs- oder abzugsfähige Verlust, vermindert um die nach § 15a Abs. 2 EStG abzuziehenden und vermehrt um die nach § 15a Abs. 3 EStG hinzuzurechnenden Beträge (verrechenbarer Verlust), ist jährlich gesondert festzustellen (§ 15a Abs. 4 Satz 1 EStG). Er mindert nach § 15a Abs. 2 EStG a. F. bzw. § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG n. F. die Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der KG zuzurechnen sind.

**21 b)** Sinn und Zweck des § 15a EStG ist es, dem Kommanditisten einen steuerlichen Verlustausgleich und -abzug nur insoweit zu gewähren, als er wirtschaftlich durch den Verlust belastet wird (zum Beispiel Beschluss des BFH vom 6.3.2007, IV B 147/05, BFH/NV 2007, 1130; BFH, Urteil vom 20.11.2014, IV R 47/11, BFHE 248, 144 = BStBl. II 2015, S. 532 Rdnr. 33).

**22 aa)** Nach § 167 Abs. 3 HGB nimmt der Kommanditist am Verlust nur bis zum Betrag seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil. Verluste, die ihm nach Aufzehrung seines Kapitalanteils zugewiesen werden, mithin ein negatives Kapitalkonto entstehen oder anwachsen lassen, belasten ihn im Veranlagungszeitraum der Verlustentstehung wirtschaftlich nicht. Die Verlustzurechnung bringt lediglich zum Ausdruck, dass er die Auszahlung künftiger Gewinnanteile – wie von § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB vorgesehen – nicht fordern kann, solange sein Kapitalanteil unter die bedungene Einlage gemindert ist. Er muss die Gewinne zur Deckung des negativen Kapitalkontos verwenden (sog. „Verlusthaftung mit künftigen Gewinnanteilen“, Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.11.1980, GrS 1/79, BFHE 132, 244 = BStBl. II 1981, S. 164 unter C. I. 2. b); BFH, Urteil vom 26.1.1995, IV R 32/93, BFH/NV 1995, 872 unter 1.). Von Verlusten, die zu einem negativen Kapitalkonto führen, ist ein Kommanditist demnach erst dann wirtschaftlich betroffen, wenn dem Konto künftige Gewinnanteile gutgeschrieben werden (BFH, Urteil vom 9.5.1996, IV R 75/93, BFHE 180, 387 = BStBl. II 1996, S. 474 unter 2.; vgl. auch die amtliche Begründung zu § 15a EStG, BT-Drucks. 8/3648, S. 16).

**23 bb)** § 15a EStG folgt diesen handelsrechtlichen Vorgaben. Die Bestimmung erkennt zwar das negative Kapitalkonto des Kommanditisten an, verleiht ihm aber lediglich die Wirkung eines Verlustvortrags (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 132, 244 = BStBl. II 1981, S. 164 unter C. I. 7.; BFH, Beschluss vom 19.5.1987, VIII B 104/85, BFHE 150, 514 = BStBl. II 1988, S. 5 unter 4. b); BFH, Urteil vom 3.9.2009, IV R 17/07, BFHE 227, 293 = BStBl. II 2010, S. 631 unter B. II. 2. b) aa)). Verlustanteile, die zur Entstehung eines negativen Kapitalkontos führen oder ein solches erhöhen, werden nicht zum sofortigen Ausgleich mit positiven anderen Einkünften des Kommanditisten oder zum Abzug nach § 10d EStG, sondern nur zur Verrechnung mit künftigen Gewinnen aus dessen Beteiligung zugelassen. Insoweit knüpft die Regelung des § 15a Abs. 2 (Satz 1) EStG an die nach Maßgabe des Handelsrechts ausgelöste wirtschaftliche Belastung durch die Beteiligung am Verlust einer KG an.

**24 2.** Bei einer unentgeltlichen Anteilsübertragung geht ein verrechenbarer Verlust i. S. d. § 15a EStG auf den Übernehmer der Beteiligung an einer KG über, wenn jener durch diesen Verlust künftig wirtschaftlich belastet wird.

**25 a)** Eine unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils liegt vor, wenn der Übernehmer keine Gegenleistung erbringt und zwischen ihm und dem Übertragenden Einigkeit besteht, dass der Anteil schenkweise i. S. d. § 516 Abs. 1 BGB übergehen soll (vgl. u. a. BFH-Urteile vom 21.4.1994, IV R 70/92, BFHE 174, 413 = BStBl. II 1994, S. 745 unter 2., und vom 10.3.1998, VIII R 76/96, BFHE 186, 50 = BStBl. II 1999, S. 269 unter II. 2. c) cc)). Dafür spricht bei Vermögensübertragungen zwischen Angehörigen eine widerlegbare Vermutung (st. Rspr., zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 186, 50 = BStBl. II 1999, S. 269 unter II. 2. c) cc) m. w. N.).

**26** Die Übernahme eines negativen Kapitalkontos steht der Annahme der Unentgeltlichkeit nicht entgegen (st. Rspr., zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 186, 50 = BStBl. II 1999, S. 269 unter II. 2. c) bb) m. w. N.). An einem Entgelt des Übernehmers fehlt es jedenfalls dann, wenn die anteiligen stillen Reserven einschließlich eines Geschäftswerts das übernommene negative Kapitalkonto übersteigen (so auch Schmidt/Wacker, EStG, 37. Aufl., § 15a Rdnr. 230, 234, § 16 Rdnr. 69, 434; Blümich/Heuermann, EStG, KStG, GewStG, § 15a EStG Rdnr. 115; Herrmann/Heuer/Raupach/Lüdemann, EStG, KStG, § 15a EStG Rdnr. 143).

**27 b)** Nach dem Wortlaut des § 15a Abs. 2 EStG a. F. bzw. des § 15a Abs. 2 Satz 1 EStG n. F. mindert der verrechenbare Verlust die Gewinne, die dem Kommanditisten in späteren Wirtschaftsjahren aus seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft zuzurechnen sind. Dies bedeutet, dass die Verlustverrechnung allein mit Gewinnen aus der nämlichen Beteiligung gestattet ist, bei der auch die Verluste angefallen sind; Gewinne und Verluste müssen aus derselben Einkunftsquelle stammen (BFH-Urteil in BFHE 248, 144 = BStBl. II 2015, S. 532 Rdnr. 34; vgl. auch BFH, Urteil vom 14.10.2003, VIII R 38/02, BFHE 203, 477 = BStBl. II 2004, S. 115 unter II. 3. c) aa) und II. 3. c) bb)). Anders als etwa der Verlustabzug nach § 10d EStG (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 17.12.2007, GrS 2/04, BFHE 220, 129 = BStBl. II 2008, S. 608 unter D. III.) folgt die Regelung des § 15a Abs. 2 (Satz 1) EStG damit einer streng beteiligungsbezogenen Betrachtungsweise.

**28 c)** Wenn der verrechenbare Verlust nach dem Wortlaut des § 15a Abs. 2 (Satz 1) EStG nur beteiligungsbezogen abgezogen werden darf, muss ein nach einer unentgeltlichen Übertragung verbleibender verrechenbarer Verlust demjenigen zugeordnet werden, der später aus der nämlichen Beteiligung Gewinne erzielt. Dementsprechend ist schon die bisherige Rechtsprechung des BFH davon ausgegangen, dass mit dem unentgeltlich übertragenen Mitunternehmeranteil auch der verrechenbare Verlust auf den Übernehmer übergeht, der später als Mitunternehmer aus dem Betrieb Gewinne erzielen kann (BFH, Urteil vom 11.5.1995, IV R 44/93, BFHE 177, 466 unter I. 5.; bestätigt durch BFH-Urteile in BFHE 186, 50 = BStBl. II 1999, S. 269 unter II. 3. b) und in BFHE 203, 477 = BStBl. II 2004, S. 115 unter II. 2.; BFH, Beschluss vom 18.1.2007, IV B 133/06, BFH/NV 2007, 888 unter II. 1.; ebenso die ganz herrschende Meinung in der Literatur: zum Beispiel Dötsch, HFR 2008, 437; Schmidt/Wacker, EStG, § 15a Rdnr. 234; Blümich/Heuermann, EStG, KStG, GewStG, § 15a EStG Rdnr. 114; Herrmann/Heuer/Raupach/Lüdemann, EStG, KStG, § 15a EStG Rdnr. 143; Kirchhof/Söhn/Melling-

hoff/v. Beckerath, EStG, § 15a Rdnr. B 354; Littmann/Bitz/Pust/Bitz, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 15a Rdnr. 51a).

**29** Bei der entgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteils kann der Veräußerer hingegen „seinen“ verrechenbaren Verlust mit dem Gewinn aus der Veräußerung seiner Beteiligung verrechnen, der unter anderem daraus entsteht, dass die Belastung des Kommanditisten, das Kapitalkonto mit zukünftigen Gewinnen auszugleichen, mit der Veräußerung entfällt und auf den Anteilserwerber übergeht (vgl. BFH-Urteil in BFHE 227, 293 = BStBl. II 2010, S. 631 unter B. II. 2. b) cc)). Damit wird der festgestellte verrechenbare Verlust regelmäßig verbraucht. Der entgeltliche Erwerber bedarf eines verrechenbaren Verlustes des Veräußerers i. S. d. § 15a EStG auch einkommensteuerlich nicht. Soweit ein neuer Kommanditist unter Übernahme des negativen Kapitalkontos des ausscheidenden Gesellschafters in eine KG eintritt, hat er in Zukunft auf ihn entfallende Gewinnanteile handelsrechtlich zum Ausgleich des negativen Kapitalkontos zu verwenden (vgl. § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB). Kommt es zu solchen Gewinnen, dürfen diese beim Erwerber nicht versteuert werden, weil sie bereits der Veräußerer in seinem Veräußerungsgewinn versteuert hat (BFH, Urteil vom 19.2.1998, IV R 59/96, BFHE 185, 402 = BStBl. II 1999, S. 266 unter II. 3.). Um dies zu erreichen, wird in einer (positiven) Ergänzungsbilanz des Erwerbers ein aktiver Ausgleichsposten geführt, der erfolgswirksam aufzulösen ist, soweit die KG Gewinne erzielt, die auf den Erwerber entfallen und zum Ausgleich des negativen Kapitalkontos zu verwenden sind (vgl. BFH-Urteil in BFHE 185, 402 = BStBl. II 1999, S. 266 unter II. 3.; vgl. dazu auch *Bolk*, Bilanzierung und Besteuerung der Personengesellschaft und ihrer Gesellschafter, 2. Aufl., Rdnr. 17.121 ff.).

**30 d)** Das Ergebnis der Wortlautauslegung steht im Einklang mit dem genannten Zweck des § 15a EStG, die Verlustverrechnung erst dann zu gewähren, wenn der Kommanditist einen Verlust aus seiner Beteiligung wirtschaftlich trägt. Wird ein Kommanditanteil übertragen und hat der Erwerber einen Anspruch auf künftige anteilige Beteiligung am Gewinn, geht die Verpflichtung, in Zukunft auf die betreffende Beteiligung entfallende Gewinnanteile zum Ausgleich des negativen Kapitalkontos zu verwenden, als Eigenschaft der Beteiligung auf den Übernehmer über (BFH-Urteile in BFHE 174, 413 = BStBl. II 1994, S. 745 unter 5. a); in BFH/NV 1995, 872 unter 1.; in BFHE 227, 293 = BStBl. II 2010, S. 631 unter B. II. 2. b) cc), und vom 9.7.2015, IV R 19/12, BFHE 249, 555 = BStBl. II 2015, S. 954 Rdnr. 24). Denn die handelsrechtliche Entnahmebeschränkung trifft stets denjenigen, der Anspruch auf Zuteilung des Gewinns hat; sie ist mit dem Recht auf Teilhabe am Gewinn untrennbar verbunden. Die „Verlusthaftung mit künftigen Gewinnanteilen“ kann daher nicht beim Übertragenden verbleiben, während das Gewinnbezugsrecht auf den Übernehmer übergeht (vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, 7. Aufl., § 717 Rdnr. 30). Folglich ist es der Übernehmer, der den Verlust zu tragen hat, wenn jener mit seinen künftigen Gewinnanteilen verrechnet wird.

**31 e)** Die Zuordnung des verrechenbaren Verlustes zum (unentgeltlichen) Übernehmer bedeutet nicht, dass „echte“ negative Einkünfte einer Person auf eine andere verlagert werden.

Die das Einkommensteuerrecht beherrschenden Grundsätze der Individualbesteuerung und der Besteuerung nach der persönlichen Leistungsfähigkeit werden nicht durchbrochen.

**32** Der zur Entstehung oder Erhöhung eines negativen Kapitalkontos führende Verlust eines Kommanditisten hat dessen finanzielle Leistungsfähigkeit bislang nicht gemindert. Die Minderung tritt erst beim Übernehmer ein, wenn diesem Gewinne zugerechnet werden. Nur der Übernehmer erleidet dann eine Vermögenseinbuße; erst bei ihm wandeln sich die bis dahin lediglich verrechenbaren Verluste in „echte“, abzugsfähige negative Einkünfte (*Dötsch*, HFR 2008, 437). Die Möglichkeit der Verlustverrechnung ist demnach zwar unlösbar mit dem Kommanditanteil, nicht aber mit der Person des Kommanditisten verbunden.

**33 3.** Die Zuordnung des verrechenbaren Verlustes i. S. d. § 15a EStG beim Übernehmer des Kommanditanteils hängt allein davon ab, ob das (zukünftige) Gewinnbezugsrecht (Anspruch auf künftige anteilige Zuteilung des Gewinns) auf ihn übergegangen ist.

**34 a)** Zwar ist der Kommanditanteil die Zusammenfassung aller mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten des Kommanditisten (zum Beispiel Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Haas, HGB, 4. Aufl., § 120 Rdnr. 13). Während jedoch mitgliedschaftliche Vermögensrechte, die dem Abspaltungsverbot nach den § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB und § 717 Satz 1 BGB unterliegen, nicht von der Mitgliedschaft gelöst und damit selbstständig übertragen werden können, sind nach § 717 Satz 2 BGB sämtliche Vermögensrechte, wozu auch der Anspruch auf einen Anteil am Gewinn der KG zählt, selbstständig übertragbar (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 31.10.2012, 14 U 19/12; *Oetker/Lieder*, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., § 109 Rdnr. 20). Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob (auch) das Gewinnbezugsrecht auf den Übernehmer übergegangen ist.

**35 b)** Ob der Übernehmer das Gewinnbezugsrecht erhalten hat, bestimmt sich grundsätzlich nach seinem Kapitalanteil. Dieser ist nach dem Regelstatut des HGB für die Rechte des Gesellschafters, insbesondere für die Verteilung des Jahresgewinns, maßgebend. Die entsprechenden handelsrechtlichen Vorschriften sind jedoch weitestgehend abdingbar (vgl. §§ 109, 161 Abs. 2 HGB). Im Allgemeinen sehen die Regelungen im Gesellschaftsvertrag vor, dass sich die entscheidenden Gesellschaftsrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht, nicht nach dem gesamten Kapitalanteil des einzelnen Gesellschafters, sondern (nur) nach dem sog. festen Kapitalanteil richten, der regelmäßig der sog. bedungenen Einlage entspricht. Dieser feste Kapitalanteil ist üblicherweise auf dem sog. Kapitalkonto I (oder „festes Kapitalkonto“) auszuweisen. Demgegenüber bilden andere Kapitalunterkonten (sog. variables Kapitalkonto, Kapitalkonto II oder Privatkonto) in der Regel keine Mitgliedschaftsrechte ab (vgl. BFH-Urteile vom 29.7.2015, IV R 15/14, BFHE 251, 422 = BStBl. II 2016, S. 593 Rdnr. 23 ff., und vom 4.2.2016, IV R 46/12, BFHE 253, 95 = BStBl. II 2016, S. 607 Rdnr. 24 ff.).

**36 c)** Der Kapitalanteil als solcher stellt lediglich eine Rechnungsgröße in der Bilanz und – im Gegensatz zur Mitgliedschaft – kein selbstständig übertragbares, subjektives Recht

dar (ganz h. M., zum Beispiel Urteil des BGH vom 3.5.1999, II ZR 32/98; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, S. 215, 230; MünchKomm-HGB/*Priester*, 4. Aufl., § 120 Rdnr. 87; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Ehricke*, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., § 120 Rdnr. 58 f.; Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, 38. Aufl., § 120 Rdnr. 13, jeweils m. w. N.). Haben der übertragende Kommanditist und der Übernehmer des Anteils den Rückbehalt eines Kapitalunterkontos vereinbart, ist daher durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln, welche konkreten Rechte und Pflichten nach dem Willen der Vertragsparteien nicht auf den Übernehmer übergehen sollen.

**37** 4. Die dargestellten Grundsätze gelten unabhängig davon, ob ein Kommanditanteil im Ganzen oder nur teilweise übertragen wird. Wendet der Kommanditist dem Übernehmer lediglich einen Teil seiner Beteiligung zu, geht der verrechenbare Verlust nach den vorgenannten Maßstäben anteilig auf den Übernehmer über (so im Ergebnis auch Schmidt/*Wacker*, EStG, § 15a Rdnr. 106; Hermann/Heuer/Raupach/*Lüdemann*, § 15a EStG Rdnr. 143). Denn insoweit trägt der Übernehmer künftig (anteilmäßig) eine wirtschaftliche Belastung, wenn das entsprechende Gewinnbezugsrecht auf ihn übergegangen ist.

**38** II. Nach diesen Maßstäben ist die Würdigung des FG, der verrechenbare Verlust des Beigeladenen zu 1 sei ungeachtet der Vereinbarung über den Rückbehalt des „Privatkontos“ anteilig auf die Klägerin übergegangen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

**39** 1. Mangels entgegenstehender Feststellungen kann davon ausgegangen werden, dass die Übertragung eines Teilkommanditanteils vom Beigeladenen zu 1 auf die Klägerin unentgeltlich erfolgt ist.

**40** a) Das FG hat angenommen, dass der Beigeladene zu 1 unzulässige, d. h. nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Entnahmen getätigt habe, zu deren Rückzahlung an die KG der Beigeladene zu 1 zivilrechtlich verpflichtet gewesen sei. Diese Würdigung ist aufgrund der Tatsachenfeststellungen des FG möglich und zivilrechtlich vertretbar (vgl. *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, S. 253; siehe auch BFH, Urteil vom 16.10.2008, IV R 98/06, BFHE 223, 149 = BStBl. II 2009, S. 272 unter II. 2. b) und II. 2. d) aa) m. w. N.). Hätte die Klägerin diese Verbindlichkeit übernommen, müsste die Anteilsübertragung ggf. als (teil-)entgeltlich beurteilt werden. Das FG hat eine Übernahme von Verbindlichkeiten jedoch verneint. Es hat die Vereinbarung über den Rückbehalt des „Privatkontos“ in § 2 Abs. 1 des „Schenkungsvertrags“ dahin ausgelegt, dass jedenfalls die Verpflichtung des Beigeladenen zu 1, unzulässige Entnahmen zurückzahlen, bei diesem habe verbleiben sollen. Auch diese Würdigung ist naheliegend und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

**41** b) Gleiches gilt für die Feststellung des FG, die anteiligen stillen Reserven und der Geschäftswert seien höher als das negative Kapitalkonto zu bewerten gewesen. Das FA ist dem mit seiner Revision nicht entgegengetreten. Diese Tatsachewürdigung des FG ist deshalb für den Senat nach § 118 Abs. 2 FGO bindend.

**42** 2. Die Würdigung des FG ist nach den oben ausgeführten Maßstäben auch im Übrigen nicht zu beanstanden.

**43** Die festgestellten Umstände des Streitfalls lassen den Schluss zu, dass das Gewinnbezugsrecht anteilig auf die Klägerin übergegangen ist. Denn nach dem – laut den Feststellungen des FG „vollzogenen“ – „Schenkungsvertrag“ sollte jedenfalls der (nur) durch das feste Kapitalkonto repräsentierte Gewinnanteil fortan der Klägerin zustehen. Stand der Anspruch auf anteilige Zuteilung künftiger Gewinne der Klägerin zu, so kommt es für die Frage des Übergangs eines verrechenbaren Verlustes i. S. d. § 15a EStG auf die Klägerin auf die buchmäßige Behandlung der streitbefangenen Vorgänge im Einzelnen nicht an. Deshalb durfte das FG offenlassen, welche Bedeutung der Vereinbarung über den Rückbehalt des „Privatkontos“ im Einzelnen zukommt, d. h. welche weitergehenden Rechte und Pflichten von der Übertragung des Anteils ausgenommen werden sollten.

**44** War im Zuge der unentgeltlichen Anteilsübertragung das Gewinnbezugsrecht anteilig auf die Klägerin übergegangen, so traf die Klägerin insoweit die Verpflichtung, künftige Gewinne zum Auffüllen des negativen Kapitalkontos zu verwenden (vgl. § 167 Abs. 3, § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB). Dies rechtfertigt es nach den vorgenannten Grundsätzen, der Klägerin den für den Beigeladenen zu 1 gemäß § 15a Abs. 4 Satz 1 EStG festgestellten verrechenbaren Verlust anteilig zuzuordnen.

(...)

## 30. Gewerblicher Grundstückshandel im Zusammenhang mit geschenkten Objekten

BFH, Urteil vom 23.8.2017, X R 7/15 (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Urteil vom 11.12.2014, 16 K 3501/12 E)

EStG § 15 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Veräußerung ererbter oder geschenkter Grundstücke ist dann als Zählobjekt der sog. Drei-Objekt-Grenze zu berücksichtigen, wenn der Steuerpflichtige erhebliche Aktivitäten zur Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten entfaltet hat (Bestätigung des BFH-Urteils vom 20.4.2006, III R 1/05, BFHE 214, 31 = BStBl. II 2007, S. 375).**
- 2. Hinsichtlich der Frage des Überschreitens der sog. Drei-Objekt-Grenze kommt die Einbeziehung einer dem Ehegatten geschenkten Eigentumswohnung dann in Betracht, wenn der übertragende Steuerpflichtige – bevor er den Schenkungsentschluss fasst – die (zumindest bedingte) Absicht hatte, auch dieses Objekt am Markt zu verwerten (Bestätigung des Senatsurteils vom 18.9.2002, X R 183/96, BFHE 200, 293 = BStBl. II 2003, S. 238).**

**SACHVERHALT:**

**1** A. Der 1940 geborene Kläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagte (Kläger) und die 1966 geborene Klägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) sind seit 2001 verheiratet. Sie haben Gütertrennung vereinbart. In den Streitjahren 2004 und 2005 wurden sie zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

**2** Der Kläger hatte 1992 den hälftigen Miteigentumsanteil an dem mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstück S-Straße in F (Grundstück) von seiner Tante zum Kaufpreis von 225.000 DM erworben. Im Jahr 2000 erhielt er von seiner Mutter den anderen Miteigentumsanteil unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Der Kläger begann im Jahr 2001 mit einer Generalsanierung des Gebäudes, die im Wesentlichen Anfang 2004 abgeschlossen war. Im Jahr 2003 hatte der Kläger das Gebäude in fünf Eigentumswohnungen aufgeteilt.

**3** Zunächst bemühte sich eine von ihm beauftragte Immobilienfirma um die Vermietung der Wohnungen. Nachdem ihre Bemühungen erfolglos blieben, schrieb sie dem Kläger im Juli 2004, sie könne Verständnis dafür aufbringen, dass der Kläger die Wohnungen aufgrund der getätigten Investitionen nicht zu den momentan erzielbaren Mieten abgeben wolle. Sie führte dann wörtlich aus:

„Bitte lassen Sie uns deswegen nochmals ausführen – auch wenn dies gegen Ihr Gefühl um Ihr Elternhaus geht, das wir nicht verletzen wollen – dass wir Ihnen vorschlagen, zumindest die unteren 4 Wohnungen zu verkaufen.“

Daraufhin erteilte der Kläger den Auftrag zum Nachweis bzw. zur Vermittlung von Interessenten „zum Verkauf des nachfolgenden Objekts S-Straße in F“. Im Internet bot die Immobilienfirma in der Folgezeit vier hochwertig sanierte Wohnungen in der S-Straße in F an.

**4** Der Kläger veräußerte in dem Zeitraum von August 2004 bis November 2004 drei Eigentumswohnungen und schenkte der Klägerin im Januar 2005 die nicht veräußerte vierte Eigentumswohnung im Erdgeschoss. Die fünfte Eigentumswohnung im Dachgeschoss wurde und wird teilweise vom Kläger selbst genutzt. Seit 2005 hat er einen anderen Teil der Wohnung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung an die P-GmbH vermietet.

**5** Die Klägerin beauftragte einen Makler Anfang 2005 zunächst mit der Suche nach einem Mieter und ab April 2005 nach einem Käufer für die ihr geschenkte Eigentumswohnung. Im August 2005 veräußerte sie diese für 370.000 €.

**6** Im Rahmen einer Betriebsprüfung vertrat die Prüferin unter Bezugnahme auf Rdnr. 9 des Schreibens des BMF vom 26.3.2004, IV A 6-S 2240-46/04 (BStBl. I 2004, S. 434) die Auffassung, die von der Klägerin veräußerte Eigentumswohnung sei als Zählobjekt in den gewerblichen Grundstückshandel des Klägers einzubeziehen, da der Kläger bereits mit Erteilung des Verkaufsauftrags die unteren vier Eigentumswohnungen zum Verkauf angeboten habe. Dementsprechend änderte der Beklagte, Revisionsbeklagte und Revisionskläger (das FA) die Einkommensteuerbescheide 2004 und 2005 und legte für 2004 Einkünfte des Klägers aus Gewerbebetrieb i. H. v. 448.843 € sowie für 2005 Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb i. H. v. 135.245 € der Besteuerung zugrunde.

**7** Im Einspruchsverfahren machten die Kläger im Wesentlichen geltend, die Veräußerung der drei Wohnungen durch den Kläger und der einen Wohnung durch die Klägerin habe angesichts der vom BFH entwickelten sog. Drei-Objekt-Grenze weder zu einem gewerblichen Grundstückshandel des Klägers noch zu einem gewerblichen Grundstückshandel der Klägerin geführt. Wegen der zwischen den Beteiligten unstrittigen höheren Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung wies das FA gemäß § 367 Abs. 2 AO auf eine mögliche Verböserung hin und vertrat im Hinblick auf den gewerblichen Grundstückshandel die Ansicht, in die Prüfung der sog. Drei-Objekt-Grenze seien auch Grundstücke einzubeziehen, die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Schenkung übertragen und vom Rechtsnachfolger in einem zeitlichen Zusammenhang veräußert würden. Es wies die Einsprüche der Kläger als unbegründet zurück und erhöhte die Einkommensteuer für 2004 auf 196.842 € und für 2005 auf 65.861 €.

**8** Die Kläger trugen zur Begründung ihrer Klage vor, es könne weder von einem ehedattenübergreifenden gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden noch liege ein Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten vor. Zudem sei der Veräußerungsgewinn als überhöht anzusehen, da ein zu geringer Grundstücks- und Gebäudewert der Immobilie angesetzt worden sei, wie unter anderem das im Klageverfahren vorgelegte Verkehrswertgutachten aus dem Jahr 1999 zeige.

**9** Das FG hat den Klägern mit dem in DStRE 2016, 1481 veröffentlichten Urteil teilweise Recht gegeben. Es war zwar der Auffassung, in Bezug auf die vier veräußerten Eigentumswohnungen habe ein die private Vermögensverwaltung überschreitender gewerblicher Grundstückshandel vorgelegen, sodass für beide Streitjahre Einkünfte aus Gewerbebetrieb anzusetzen seien. Soweit das FA allerdings unter Hinweis auf Rdnr. 9 Satz 3 des BMF-Schreibens in BStBl. I 2004, S. 434 die Ansicht vertreten habe, die Klägerin sei durch die Veräußerung der Eigentumswohnung im Streitjahr 2005 gewerbliche Grundstückshändlerin geworden, sei dem mangels einer Rechtsgrundlage für eine solche Zurechnung nicht zu folgen. Es sei vielmehr von einem „Vier-Objekt-Handel“ des Klägers auszugehen. In Bezug auf das vierte Objekt lägen bei ihm gewerbliche Einkünfte zum einen vor, weil sich seine bedingte Veräußerungsabsicht nach Maßgabe der Verkaufsanzeige auf die vier veräußerten Eigentumswohnungen bezogen habe. Damit habe auch die von der Klägerin veräußerte Eigentumswohnung zu seinem Betriebsvermögen gehört und sei im Streitjahr 2005 vom Kläger aufgrund der Schenkung entnommen worden. Zum anderen stelle sich der tatsächliche Geschehensablauf in Bezug auf das vierte Objekt (Schenkungen dieses Objekts sowie zeitnahe Veräußerung durch die Klägerin) letztlich so dar, dass der diesbezügliche Gewinn unter Anwendung des § 42 AO dem Kläger im Streitjahr 2005 zuzurechnen sei. Dennoch sei die Klage in Bezug auf beide Streitjahre teilweise begründet, weil die angesetzten Einkünfte aus Gewerbebetrieb – wörtlich die Beteiligten im Klageverfahren letztlich Einvernehmen erzielt hätten – überhöht gewesen seien.

**10** Die Kläger begründen ihre Revision mit der Verletzung materiellen Rechts. Das FG habe die Voraussetzungen eines gewerblichen Grundstückshandels zu Unrecht bejaht. Zwar habe es zutreffend erkannt, dass bei der Klägerin ein gewerblicher Grundstückshandel nicht angenommen werden könne. Es verbiete sich aber die Annahme eines „Vier-Objekt-Handels“ bei dem Kläger durch Einbeziehung der an die Klägerin verschenkten Eigentumswohnung.

**11** Beim Kläger sei im Hinblick auf die verschenkte Eigentumswohnung nicht von einer bedingten Veräußerungsabsicht auszugehen. Ähnlich wie in dem Sachverhalt, der dem Urteil des BFH vom 6.8.1998, III R 227/94 (BFH/NV 1999, 302) zugrunde gelegen habe, sei auch in diesem Verfahren der Schluss von etwaigen Verkaufsanzeigen bzw. Makleraufträgen auf eine bedingte Veräußerungsabsicht nicht möglich. Der streitgegenständliche Sachverhalt zeichne sich dadurch aus, dass es sich bei der Schenkung des Klägers an die Klägerin um eine ehedingte Zuwendung zur langfristigen Absicherung der Ehefrau gehandelt habe. Über die Art und Weise der späteren Verwendung der geschenkten Eigentumswohnung habe einzig die Klägerin entschieden. Der Kläger habe damit bereits denklogisch keine Veräußerungsabsicht hinsichtlich dieser Eigentumswohnung haben können. Auch vor seinem Entschluss, die Eigentumswohnung der Klägerin zu schenken, habe sich sein Veräußerungsentschluss nur auf drei der fünf ihm gehörenden Eigentumswohnungen erstreckt. Nichts anderes folge aus dem Schreiben des von ihm beauftragten Maklerbüros aus dem Juli 2004. Zwar enthalte dieses den Vorschlag, „zumindest die unteren vier Wohnungen zu verkaufen“. Dieser Vorschlag sei indes lediglich dem Umstand geschuldet gewesen, dass der Kläger das Maklerbüro ursprünglich mit der Vermietung sämtlicher Eigentumswohnungen betraut habe. Erst nachdem die Vermietungsmaßnahmen fehlgeschlagen seien, habe sich der Kläger zur Veräußerung von drei Eigentumswohnungen entschlossen. Eine der Eigentumswohnungen habe in seinem Eigentum verbleiben sollen; außerdem habe er beabsichtigt, eine der Wohnungen zwecks langfristiger Absicherung seiner Ehefrau zuzuwenden. Die Entscheidung, welche drei der insgesamt fünf Eigentumswohnungen veräußert würden, habe „der Markt“ treffen sollen.

**12** Das Vorliegen einer bedingten Veräußerungsabsicht sei auch – entgegen der Auffassung des FA – revisionsrechtlich überprüfbar. Allein die Tatsachen, welche Grundlage für die rechtlichen Schlussfolgerungen seien, stünden für sich im Lichte des § 118 Abs. 2 FGO fest. Etwas anderes gelte jedoch für die an diese Tatsachen geknüpfte rechtliche Schlussfolgerung – Bejahung einer zumindest bedingten Veräußerungsabsicht –, die der Kontrolle des Revisionsgerichts unterliege.

**13** In Bezug auf den im Urteil ebenfalls bejahten Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten tragen die Kläger vor, das FG habe zu Unrecht angenommen, dass außer der Steuervermeidung keine anderen hinreichenden Gründe zu erkennen seien, welche die unentgeltliche Übertragung der Eigentumswohnung auf die Klägerin vor einem Weiterverkauf als sinnvoll erscheinen ließen. Es habe verkannt, dass die schenkweise Übertragung der Eigentumswohnung zuvorderst der langfristigen Absicherung der Klägerin und deren Vermögensaufbau gedient habe, da ihr bei Beendigung des Güterstandes kein Zugewinnausgleich zustehen würde. Dabei sei insbesondere der erhebliche Altersunterschied zwischen den Klägern zu berücksichtigen.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**19 B.** Die Revision der Kläger wird als unbegründet zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 FGO, unter I.) und die Revision des FA als unzulässig verworfen (§ 126 Abs. 1 FGO, unter II. – hier nicht abgedruckt).

**20 I.** Das FG hat mit einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Begründung einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers bejaht. Es hat zutreffend entschieden, dass die an die Klägerin verschenkte Eigentumswohnung in die Beurteilung des gewerblichen Grundstückshandels des Klägers einzubeziehen ist, weil er – bevor er sich dazu entschlossen hatte, dieses Objekt unentgeltlich auf die Klägerin zu übertragen – die (zumindest bedingte) Absicht hatte, auch dieses Objekt am Markt zu verwerten (unter 1.). Das FG hat zudem zu Recht die Auffassung des FA abgelehnt, die Klägerin sei ihrerseits im Streitjahr 2005 gewerbliche Grundstückshändlerin gewesen (unter 2.).

**21 1.** Gewerbebetrieb i. S. d. § 15 Abs. 2 EStG ist eine selbstständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn sie weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbstständige Arbeit anzusehen ist. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung das negative Erfordernis aufgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln darf.

**22 a)** Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn (bei Vorliegen der in § 15 Abs. 2 EStG genannten Voraussetzungen) nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantzieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (zum Beispiel durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 25.6.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405 = BStBl. II 1984, S. 751; vom 3.7.1995, GrS 1/93, BFHE 178,

86 = BStBl. II 1995, S. 617; vom 10.12.2001, GrS 1/98, BFHE 197, 240 = BStBl. II 2002, S. 291).

**23** Zur Konkretisierung dieser Unterscheidung hat der BFH die sog. Drei-Objekt-Grenze eingeführt. Sie besagt, dass grundsätzlich kein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, sofern weniger als vier Objekte veräußert werden. Je geringer der Umfang von Anschaffungen und Veräußerungen ist, desto weniger ist anzunehmen, dass der Zweck der Vermögensmehrung durch Umschichtung (Ausnutzung substantzieller Vermögenswerte) im Vordergrund steht. Eine zahlenmäßige Begrenzung auf drei Wohneinheiten trägt der gebotenen Vereinfachung Rechnung. Werden hingegen innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – in der Regel fünf Jahre – zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verkauf mindestens vier Objekte veräußert, kann von einem gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden, weil die äußeren Umstände den Schluss zulassen, dass es dem Steuerpflichtigen auf die Ausnutzung substantzieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 13.8.2002, VIII R 14/99, BFHE 199, 551 = BStBl. II 2002, S. 811, unter 1. b) aa) m. w. N.).

**24** Ob eine private Vermögensverwaltung oder ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, ist vom FG aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. zum Beispiel Urteil vom 14.1.2004, IX R 88/00, BFH/NV 2004, 1089 unter II. 2. m. w. N.).

**25 b)** Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das FG einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers bejaht hat, obwohl er den hälftigen Grundstücksanteil von seiner Mutter unentgeltlich erworben, seinerseits nur drei Objekte veräußert und ein viertes Objekt verschenkt hat.

**26 aa)** Im Hinblick auf den Erwerb des hälftigen Grundstücksanteils von der Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge kann es der erkennende Senat im Streitfall dahingestellt sein lassen, ob die Veräußerung eines Objekts, das unentgeltlich erworben wurde, grundsätzlich als Zählobjekt angesehen werden kann (bejahend BMF-Schreiben in BStBl. I 2004, S. 434 Rdnr. 9) oder grundsätzlich – vorbehaltlich des § 42 AO – unberücksichtigt zu bleiben hat (so BFH, Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BFHE 214, 31 = BStBl. II 2007, S. 375 unter II. 2. d); siehe auch zum Beispiel Schmidt/Wacker, EStG, 36. Aufl., § 15 Rdnr. 57; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Desens/Blischke, EStG, § 15 Rdnr. B 63; Kirchhof/Reiß, EStG, 16. Aufl., § 15 Rdnr. 123; Blümich/Bode, EStG, KStG, GewStG, § 15 EStG Rdnr. 176; Söffing, DStR 2004, 793; Steiner, Der Erbschaft-Steuer-Berater 2006, 84; Vogelgesang, Die Steuerberatung 2005, 116).

**27** Die Veräußerung ererbter oder geschenkter Grundstücke ist nämlich zumindest dann als gewerblich anzusehen und damit als Zählobjekt zu beachten, wenn erhebliche weitere Aktivitäten zur Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten entfaltet wurden (so auch BFH-Urteil in BFHE 214, 31 = BStBl. II 2007, S. 375 unter II. 2. d)). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Der Kläger hat das Gebäude, das er zur Hälfte im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erlangt

hat, von 2001 bis Anfang 2004 umfangreich saniert und insofern erst die Voraussetzung für den Verkauf geschaffen.

**28** Für die Beurteilung des erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs ist bei einer solchen Konstellation nicht auf den Zeitraum zwischen Eigentumserwerb und Veräußerung abzustellen; vielmehr kommt es für die Berechnung der Drei-Objekt-Grenze dann darauf an, dass – wie im Streitfall gegeben – weniger als fünf Jahre zwischen der wertsteigernden Maßnahme (Abschluss der Sanierung Anfang 2004) und der Verwertung (2004 und 2005) liegen (siehe auch BFH, Urteil vom 5.12.2002, IV R 57/01, BFHE 201, 169 = BStBl. II 2003, S. 291 unter II. 2. b)).

**29** bb) Das FG hat im Streitfall ebenfalls zu Recht die Schenkung des vierten Grundstücks an die Klägerin ausnahmsweise als Zählobjekt bei dem gewerblichen Grundstückshandel des Klägers behandelt.

**30** (1) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sind zwar vom Steuerpflichtigen verschenkte Objekte bzw. solche, mit deren Weitergabe kein Gewinn erzielt werden soll, in die Betrachtung, ob die Drei-Objekt-Grenze überschritten ist, grundsätzlich nicht mit einzubeziehen (BFH-Entscheidungen vom 14.3.1989, VIII R 373/83, BFHE 158, 214 = BStBl. II 1990, S. 1053, unter 3.; vom 7.3.1996, IV R 2/92, BFHE 180, 121 = BStBl. II 1996, S. 369 unter I. 3. c); vom 9.5.1996, IV R 74/95, BFHE 181, 19 = BStBl. II 1996, S. 599 unter II.; in BFH/NV 1999, 302 unter 1.; in BFHE 199, 551 = BStBl. II 2002, S. 811 unter 1. b) bb); vom 17.10.2002, X B 13/02, BFH/NV 2003, 162 unter 2.; vom 18.9.2002, X R 183/96, BFHE 200, 293 = BStBl. II 2003, S. 238 unter II. 3. b) dd); in BFHE 209, 320 = BStBl. II 2005, S. 817 unter B. II. 2. a)).

**31** Von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung allerdings Ausnahmen gemacht. So kann in der Einschaltung naher Angehöriger in „eigene“ Grundstücksgeschäfte des Steuerpflichtigen ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts liegen (siehe zum Beispiel BFH-Urteile in BFH/NV 1999, 302 unter 2.; in BFHE 209, 320 = BStBl. II 2005, S. 817 unter B. II. 2. b)). Ebenso kann die Weiterveräußerung geschenkter Objekte dem Schenker zugeordnet werden, wenn dieser nach dem Gesamtbild der Verhältnisse das „Geschehen beherrscht hat“ und ihm selbst der Erlös aus den Weiterveräußerungen zugeflossen ist (siehe zum Beispiel Senatsentscheidungen in BFH/NV 2003, 162 unter 2., und in BFHE 209, 320 = BStBl. II 2005, S. 817 unter B. II. 2. c) und d)). Auch können die unentgeltlichen Übertragungen nach den Grundsätzen über die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen als unbeachtlich zu qualifizieren sein oder nicht anerkannt werden, wenn sie auf sog. Strohmänn-Geschäften bzw. Scheingeschäften i. S. v. § 41 Abs. 2 AO beruhen (vgl. Senatsurteil in BFHE 200, 293 = BStBl. II 2003, S. 238 unter II. 3. c) m. w. N.).

**32** Hiervon unabhängig kommt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats eine Einbeziehung der an Angehörige schenkweise übertragenen Objekte hinsichtlich der Frage des Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze zudem dann in Betracht, wenn der übertragende Steuerpflichtige – bevor er sich dazu entschließt, das Objekt unentgeltlich zu übertragen – die (zumindest bedingte) Absicht besessen hat, auch diese Ob-

jekte am Markt zu verwerten (Urteil in BFHE 200, 293 = BStBl. II 2003, S. 238 unter II. 3. b) dd); ebenso BMF-Schreiben in BStBl. I 2004, S. 434 Rdnr. 11).

**33** (2) Das FG hat diese höchstrichterliche Rechtsprechung zutreffend seinem Urteil zugrunde gelegt und für den Streitfall festgestellt, dass die Voraussetzungen der letztgenannten Ausnahme erfüllt sind. Die Sachverhaltswürdigung, der Kläger habe eine (zumindest bedingte) Veräußerungsabsicht auch in Bezug auf das vierte Objekt bereits vor seinem Entschluss besessen, dieses der Klägerin zu schenken, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

**34** (a) Ob Tatsachen gegeben sind, die für eine bedingte Veräußerungsabsicht sprechen, hat das FG jeweils im Einzelfall zu prüfen. Welche Tatsachen für eine Widerlegung geeignet sind und welches Gewicht ihnen für die Entscheidung des Streitfalls beizumessen ist, ist Gegenstand der Tatsachen- und Beweiswürdigung des FG. Erscheint das vom FG aufgrund der festgestellten – und nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffenen – Tatsachen gewonnene Ergebnis zumindest als möglich, genügt dies, um einer revisionsgerichtlichen Prüfung standzuhalten (Senatsbeschluss vom 12.9.2007, X B 192/06, BFH/NV 2008, 68 unter 2. m. w. N.). Denn die Tatsachen- und Beweiswürdigung des FG bindet nach § 118 Abs. 2 FGO den BFH, auch wenn sie nicht zwingend, sondern nur möglich ist. Das gilt nur dann nicht, wenn sie in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesichertes Erfahrungswissen verstößt oder ihr zu hohe oder zu geringe Anforderungen an die Überzeugungsbildung zu Grunde liegen (BFH, Urteil vom 30.9.2010, IV R 44/08, BFHE 233, 28 = BStBl. II 2011, S. 645 Rdnr. 34 m. w. N.).

**35** (b) Das FG hat seine Würdigung, der Kläger habe auch im Hinblick auf die vierte Eigentumswohnung eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht gehabt, aus der im Internet veröffentlichten Verkaufsanzeige in Bezug auf vier Wohnungen sowie aus dem Gegenschluss zur Aussage des Klägers in der mündlichen Verhandlung abgeleitet, er habe (nur) in Bezug auf die Dachgeschosswohnung die unbedingte Absicht gehabt, diese zu behalten. Dem Vorbringen der Kläger, der Kläger habe nur drei der vier Wohnungen verkaufen wollen, ist es mit der Begründung nicht gefolgt, diese Einschränkung des Maklervertrages sei der Aktenlage nicht zu entnehmen. Diese Gesamtwürdigung, die auf die nach außen gerichteten Verkaufsaktivitäten und nicht auf den behaupteten, für Dritte nicht erkennbaren inneren Vorbehalt des Klägers abstellt, ist möglich und nachvollziehbar, sodass im Einzelfall eine bedingte Veräußerungsabsicht des Klägers angenommen werden kann.

**36** (c) Dass die bedingte Veräußerungsabsicht des Klägers in Bezug auf die vierte Eigentumswohnung bereits zu einem Zeitpunkt gegeben war, bevor er sich entschieden hat, die vierte Eigentumswohnung zu verschenken, begründet das FG – ebenfalls gut nachvollziehbar – mit den Aussagen der Kläger in der mündlichen Verhandlung, die es zutreffend würdigt. Dort haben nämlich sowohl der Kläger als auch die Klägerin bekundet, sie könnten nicht genau zeitlich benennen, ab wann in Bezug auf die Eigentumswohnung im Erdgeschoss die Absicht bestanden habe, diese der Klägerin zu schenken. Dazu haben sie wörtlich ausgesagt:

„Es dürfte aber im Zusammenhang mit der Durchführung dieser Schenkung gewesen sein, also nicht sehr viele Monate oder Jahre vorher.“

**37** Hierin liegt im Übrigen auch der entscheidende Unterschied zu dem von den Klägern angeführten BFH-Urteil in BFH/NV 1999, 302. In dem dortigen Rechtsstreit hatte das FG festgestellt, es seien keine ausreichenden Indizien gegeben, die die Behauptung des Klägers widerlegen könnten, dieser habe die Wohnung von vornherein unentgeltlich auf seine Ehefrau übertragen wollen.

**38** c) Demzufolge stellt die unentgeltliche Übertragung der vierten Eigentumswohnung auf die Klägerin im Streitjahr 2005 bei dem Kläger eine mit dem Teilwert zu erfassende gewinnrealisierende Entnahme dar (§ 4 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG).

**39** Es bestehen keine Bedenken gegen die vom FG ermittelte – und zwischen den Beteiligten unstrittig – Höhe sowohl der gewerblichen Einkünfte des Jahres 2004 als auch des Entnahmegewinns 2005.

**40** 2. Das FG hat zu Recht einen gewerblichen Grundstückshandel der Klägerin verneint.

**41** a) Die Veräußerung lediglich eines Objekts kann nur dann zu einem gewerblichen Grundstückshandel führen, wenn auch ein nachhaltiges Handeln des Veräußerers gegeben ist. Zwar kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise Nachhaltigkeit selbst dann zu bejahen sein, wenn der Steuerpflichtige nur ein einziges Geschäft oder einen einzigen Vertrag abschließt und sich keine Wiederholungsabsicht feststellen lässt. Dies ist aber lediglich dann der Fall, wenn die Erfüllung dieses Geschäfts oder Vertrags eine Vielzahl von unterschiedlichen Einzeltätigkeiten erfordert, die in ihrer Gesamtheit die Würdigung rechtfertigen, der Steuerpflichtige sei nachhaltig tätig geworden (st. BFH-Rspr., siehe zum Beispiel Senatsurteil vom 19.10.2010, X R 41/08, BFH/NV 2011, 245 Rdnr. 27 m. w. N.).

**42** Nach dem vom FG festgestellten Sachverhalt hat die Klägerin über ihre Verkaufsbemühungen im ersten Halbjahr 2005 hinaus keine weiteren Einzeltätigkeiten im Hinblick auf ihre Eigentumswohnung ausgeübt, sodass insoweit ein gewerblicher Grundstückshandel der Klägerin im Streitjahr 2005 scheidet.

**43** b) Eine Hinzurechnung der Grundstücksaktivitäten des Klägers bei der Klägerin scheidet ebenfalls aus. Eine Zusammenfassung der Grundstücksaktivitäten von Ehegatten allein aufgrund der Vermutung gleichgerichteter Interessen wegen der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft ist nach der Entscheidung des BVerfG vom 12.3.1985, 1 BvR 571/81, 1 BvR 494/82, 1 BvR 47/83 (BVerfGE 69, 188 = BStBl. II 1985, S. 475) nicht zulässig. Dies wird auch von der Finanzverwaltung anerkannt (siehe zum Beispiel BMF-Schreiben in BStBl. I 2004, S. 434 Rdnr. 12). Anhaltspunkte, die Kläger könnten eine über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende, zusätzliche enge Wirtschaftsgemeinschaft eingegangen sein, sind dem streitgegenständlichen Sachverhalt nicht zu entnehmen.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Sebastian Spiegelberger**,  
Rosenheim

Für Mandanten mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist der Absturz in den gewerblichen Grundstückshandel wie ein Blitz aus heiterem Himmel. Unbewusst und ungewollt ist aus dem Grundbesitz des Steuerpflichtigen ein Gewerbebetrieb mit fatalen Steuerfolgen entstanden.

Nach dem für die Urteilsfindung relevanten Sachverhalt hatte der Kläger 1992 den hälftigen Miteigentumsanteil an einem aus fünf Wohnungen bestehenden Mehrfamilienhaus von seiner Tante zum Kaufpreis von 225.000 DM erworben und den anderen Hälftemiteigentumsanteil im Jahr 2000 von seiner Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalten. Im Jahr 2001 begann der Kläger mit einer Generalsanierung des Gebäudes, die 2004 abgeschlossen war. Im Jahr 2003 hatte der Kläger das Gebäude in fünf Eigentumswohnungen aufgeteilt.

Die ursprünglich geplante Vermietung der Wohnungen blieb erfolglos, offensichtlich wegen der vorgesehenen Mietpreise. Die mit der Vermietung beauftragte Immobilienfirma empfahl dem Kläger daraufhin, „zumindest die unteren vier Wohnungen zu verkaufen“. Drei dieser Eigentumswohnungen veräußerte der Kläger im Zeitraum von August 2004 bis November 2004. Die nicht veräußerte Eigentumswohnung schenkte der Kläger seiner Ehefrau im Januar 2005, die diese Eigentumswohnung bereits im August 2005 für 370.000 € veräußerte. Die fünfte Eigentumswohnung im Dachgeschoss nutzte der Kläger teilweise selbst; ein anderer Teil der Wohnung wurde im Rahmen einer Betriebsaufspaltung an die P-GmbH vermietet. Im Rahmen einer Betriebsprüfung erfasste das FA die vom Kläger veräußerten Eigentumswohnungen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. H. v. 448.843 € und die von der Ehefrau veräußerte Wohnung ebenfalls als Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. H. v. 135.245 €.

Das FG unterstellte einen „Vier-Objekt-Handel“ und erfasste auch die von der Ehefrau veräußerte Wohnung unter Anwendung des § 42 AO als Betriebsvermögen des Klägers. Die Klage war teilweise erfolgreich, weil die Einkünfte aus Gewerbebetrieb überhöht angesetzt worden waren. Hinsichtlich der verschenkten Eigentumswohnung wendete der Kläger in der Revisionschrift ein, dass die unentgeltliche Übertragung der Eigentumswohnung auf die Ehefrau vor einem Weiterverkauf sinnvoll erschienen sei. Die schenkweise Übertragung habe der langfristigen Absicherung der Ehefrau und deren Vermögensaufbau gedient, da dieser bei der Beendigung des Güterstandes kein Zugewinnausgleich zustehen würde. Auch der erhebliche Altersunterschied zwischen den Ehegatten sei zu berücksichtigen.

Der für die vorweggenommene Erbfolge zuständige X. Senat bestätigte das Urteil des FG Düsseldorf. Aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles habe das FG einen gewerblichen Grundstückshandel bejaht, der revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sei, obwohl der Kläger den hälftigen Grundstücksanteil von seiner Mutter unent-

geltlich erworben und seinerseits nur drei Objekte veräußert und ein viertes Objekt verschenkt habe.<sup>1</sup>

## 1. Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb

Der gewerbliche Grundstückshandel ist gesetzlich nicht geregelt und daher reines Richterrecht. Maßgebend ist das Gesamtbild. Eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles ist entscheidend. Ursprünglich vertrat bereits das RG den allgemeinen Grundsatz, dass jedes Geschäft, das unter Ausnützung der besonderen Branchenkenntnisse und Erfahrungen von einem Kaufmann abgeschlossen werde, zum Gewerbebetrieb gehöre.<sup>2</sup> Der BFH<sup>3</sup> verließ diese für die Steuerpflichtigen ungünstige Auffassung. In der Folgezeit hat der BFH zahlreiche Indizien und Beweisanzeichen für einen gewerblichen Grundstückshandel entwickelt, die zu einem Gesamtbild, besser einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles führen,<sup>4</sup> sodass wegen des Fehlens gesetzlicher Tatbestandsmerkmale Grenzgestaltungen, wie das Besprechungsurteil zeigt, vermieden werden sollten.

Die Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung von einem gewerblichen Grundstückshandel entnimmt der BFH dem § 15 Abs. 2 EStG. Danach ist ein Gewerbebetrieb eine selbstständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Da bei Immobiliengeschäften eine gesetzliche Regelung für diese Grenzziehung nicht ersichtlich ist, hat der BFH zur Konkretisierung die sog. Drei-Objekt-Grenze entwickelt. Grundsätzlich liegt kein gewerblicher Grundstückshandel bei einer Veräußerung von weniger als vier Objekten vor. Werden hingegen innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – in der Regel fünf Jahre – zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verkauf mindestens vier Objekte veräußert, kann von einem gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden. Aus der Häufung von Veräußerungsvorgängen kann als *Indiz* auf eine *bedingte Veräußerungsabsicht* bereits bei dem Erwerb der Objekte geschlossen werden. Wenn der Steuerpflichtige erst nach zehnjähriger privater Vermögensverwaltung Immobilien im großen Umfang veräußert, sei dies regelmäßig eine steuerfreie Umschichtung.<sup>5</sup> Auch bei dem Erwerb durch *Erbfolge* und bei

dem *unentgeltlichen Erwerb*<sup>6</sup> scheiden diese Immobilien grundsätzlich – vorbehaltlich des § 42 AO – als Zählobjekt<sup>7</sup> aus.

## 2. Entgeltlich erworbener Hälfteanteil

Nach den Feststellungen des FG Düsseldorf hat der Kläger einen Hälfteanteilsanteil an dem streitgegenständlichen Mehrfamilienhaus bereits 1992 von seiner Tante zum Kaufpreis von 225.000 DM erworben. Drei der vier streitgegenständlichen Eigentumswohnungen wurden zwischen August und November 2004 veräußert, die vierte Wohnung im Januar 2005 an die Ehefrau verschenkt. Hinsichtlich des von der Tante erworbenen Hälfteanteils hat der Kläger ca. elf Jahre eine private Vermögensverwaltung durchgeführt. Der Beginn der Generalsanierung im Jahr 2001 ergibt kein Indiz für eine im Jahr 1992 vorhandene bedingte Veräußerungsabsicht. Wenn der Grundstückseigentümer neun Jahre nach dem Erwerb einer Immobilie mit einer Generalsanierung beginnt, ist dies keine erhebliche Aktivität zur Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten. Nach der Rechtsprechung des BFH<sup>8</sup> kommt ein gewerblicher Grundstückshandel unter anderem durch händlertypisches Verhalten zu Stande. Dazu zählen isoliert gesehen Renovierungsmaßnahmen nicht. Auch und gerade bei der langfristigen Vermietung sind Reparaturen und Sanierungen erforderlich. Da die Aufteilung in fünf Eigentumswohnungen erst im Jahr 2003 erfolgte, also nach Ablauf von ca. elf Jahren, ist der Hälfteanteilsanteil, den der Kläger von seiner Tante erworben hatte, nicht Gegenstand eines gewerblichen Grundstückshandels. Dies gilt umso mehr, als der Kläger sich ursprünglich um die Vermietung der Wohnungen bemühte und erst 2004, als die Vermietung gescheitert war, auf Anraten des Maklerbüros mit Verkaufsaktivitäten begann.

Einkommensteuerlich stellt ein Miteigentumsanteil immer einen gesonderten Vermögensgegenstand dar.<sup>9</sup>

Auch zivilrechtlich, insbesondere in der grundbuchrechtlichen Behandlung, werden – anders als bei Personengesellschaften mit Gesamthandsvermögen – die Beteiligungsquoten bei den einzelnen Miteigentumsanteilen im Grundbuch eingetragen.<sup>10</sup>

1 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

2 *Littmann*, Einkommensteuerrecht, 11. Aufl. 1974, § 15 Rdnr. 36.

3 Urteil vom 12.3.1964, IV 136/61 S, BStBl. III 1964, S. 364.

4 BFH, Urteil vom 10.12.2001, GrS 1/98, BStBl. II 2002, S. 291; BFH, Beschluss vom 21.5.2007, XI B 164/06, BFH/NV 2007, 1657.

5 BFH, Beschluss vom 5.5.2011, X B 149/10, BFH/NV 2011, 1348; auch nach einer Nutzung von neun Jahren durch Vermietung oder für eigene Wohnzwecke ist dies unabhängig von der Zahl der veräußerten Objekte – wie bei der bloßen Parzellierung unbebauter Grundstücke – noch Vermögensverwaltung; BFH, Urteil vom 11.12.1996, X R 241/93, BFH/NV 1997, 396; BMF, BStBl. I 2004, S. 434 Rdnr. 10.

6 BFH, Urteil vom 18.8.2009, X R 47/06, BFH/NV 2010, 400 Rdnr. 57, 77; anders bei zusätzlichen Aktivitäten, BFH, Urteil vom 15.3.2000, X R 130/97, BStBl. II 2001, S. 530; BFH, Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl. II 2007, S. 375.

7 BFH, Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl. II 2007, S. 375; *Söffing*, DStR 2004, 793; hingegen beurteilt die Finanzverwaltung im BMF-Schreiben, BStBl. I 2004, S. 434 Rdnr. 9 auch eine unentgeltlich erworbene Immobilie als Zählobjekt.

8 Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl. II 2007, S. 375, 376.

9 Bei dem Erwerb mehrerer Miteigentumsanteile im zeitlichen Abstand oder von verschiedenen Verkäufern läuft für jeden Miteigentumsanteil eine eigene AfA-Reihe.

10 Auch der Verkauf von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück an verschiedene Erwerber ist nachhaltig i. S. d. gewerblichen Grundstückshandels, vgl. BFH, Beschluss vom 13.11.2006, IV B 47/06, BFH/NV 2007, 234; Schmidt/Wacker, EStG, 37. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 18.

Der weitere Miteigentumshälfteanteil, den der Kläger von der Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge im Jahr 2000 erwarb, konnte den 1992 erworbenen Miteigentumsanteil nicht gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich infizieren, da eine gewerbliche Infektion nur bei Personengesellschaften stattfindet.<sup>11</sup> Im Endergebnis hat somit das FG Düsseldorf rechtsirrig den im Jahr 1992 erworbenen Miteigentumsanteil in einen gewerblichen Grundstückshandel einbezogen. Selbst wenn man wegen der im Jahr 2003 erfolgten Aufteilung in Wohnungseigentum auch hinsichtlich des 1992 erworbenen Hälfteanteils den Beginn eines gewerblichen Grundstückshandels annimmt, verbleibt der im Jahr 1992 erworbene und vermietete Hälfteanteil bis zur Aufteilung in Wohnungseigentum im steuerlichen Privatvermögen, sodass allenfalls der Wertzuwachs zwischen 2003 und der Veräußerung in 2004 im gewerblichen Grundstückshandel erfasst werden könnte.

Ein Rechtsirrtum ist auch im Revisionsverfahren zu berücksichtigen, sodass die Feststellung des BFH in Rdnr. 20, das FG habe mit einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Begründung einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers – für beide Miteigentumsanteile – bejaht, hinsichtlich des 1992 erworbenen Miteigentumsanteils rechtsirrig ist.

### 3. Im Jahr 2000 unentgeltlich erworbener Miteigentumshälfteanteil

Nach der Rechtsprechung des III. BFH-Senats<sup>12</sup> ist eine ererbte oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich übertragene Immobilie kein Zählobjekt. Das für die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels entscheidende Indiz, nämlich der bedingte Veräußerungsvorsatz bereits bei Erwerb der später veräußerten Immobilie fehlt bei dem Erwerb durch Erbrecht oder Schenkung. Auch ein sonstiges Indiz für einen beabsichtigten, gewerblichen Grundstückshandel fehlte zum Erwerbszeitpunkt, zumal der Kläger im Jahr 2000 unbestreitbar nur private Vermögensverwaltung betrieb. Erst im Jahr 2001 begann der Kläger mit einer Generalsanierung des Gebäudes, die im Übrigen isoliert gesehen kein Indiz für einen gewerblichen Grundstückshandel darstellt.<sup>13</sup> Erst die im Jahr 2003 erfolgte Aufteilung in Wohnungseigentum ist als Indiz für den Beginn eines gewerblichen Grundstückshandels zu bewerten, da die Aufteilung in Wohnungseigentum nicht als Förderung der Vermietungstätigkeit angesehen werden kann.

### 4. „Vier-Objekt-Handel“

Auch die vierte Wohnung, die der Kläger im Januar 2015 seiner Ehefrau geschenkt hatte, wurde vom BFH als Zählobjekt betrachtet, sodass insgesamt ein „Vier-Objekt-Handel“ angenommen wurde. „Gewerblicher Grundstückshandel“ ist die schlagwortartige Sammelbezeichnung für Betätigungen im Grundstücksbereich, welche die positiv normierten Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen und nicht der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen sind.<sup>14</sup> Werden vor Ablauf eines Zeitraums von fünf Jahren seit Anschaffung bzw. Errichtung mindestens vier Objekte veräußert und liegen zwischen den einzelnen Verwertungsmaßnahmen nicht mehr als fünf Jahre, so ist regelmäßig von einem gewerblichen Grundstückshandel auszugehen, weil die äußeren Umstände den Schluss zulassen, dass es dem Steuerpflichtigen zu Beginn seiner Tätigkeit weniger auf die Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten als auf die Ausnützung substanzialer Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt.<sup>15</sup>

Unentgeltlich erworbene Grundstücke bleiben grundsätzlich als Zählobjekt unberücksichtigt, es sei denn, dass besondere Aktivitäten zur Veräußerbarkeit entfaltet werden oder ein Missbrauchsfall gemäß § 42 AO gegeben ist. Der BFH<sup>16</sup> hat für die missbräuchliche Einschlebung von nahen Angehörigen in eigene Grundstücksgeschäfte des Steuerpflichtigen gemäß § 42 AO folgende Konstellationen im Auge:

- vom Steuerpflichtigen beherrschte Zwischengesellschaften;
- Gesellschafter einer Grundstücksgesellschaft verkaufen ihre Anteile zu unüblichen Bedingungen an ihre Ehegatten;
- der Steuerpflichtige selbst beherrscht das Anschaffungs- und Veräußerungsgeschehen.<sup>17</sup>

Im Falle einer Verlagerung der Verkaufstätigkeit auf eine funktionslos zwischengeschaltete Person kann der Tatbestand des § 15 EStG zumindest teilweise „aufgrund mittelbarer Tatherrschaft“ des Grundstücksveräußerers verwirklicht werden, wenn der Grundstücksveräußerer den einkommensteuerbaren Handlungstatbestand arbeitsteilig organisiert und sich selbst den wirtschaftlichen Erfolg der Transaktion sichert.<sup>18</sup>

Bei der Einschaltung von Kindern hat der BFH eine Steuerbarkeit in Person des Steuerpflichtigen unter der Voraussetzung bejaht, dass der Steuerpflichtige „das Geschehen beherrsche“, indem er die Errichtung und Verwertung der den

11 Die Infektionswirkung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG setzt tatbestandlich eine Personengesellschaft voraus, vgl. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 186.

12 Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl. II 2007, S. 375; ebenso die h. M. in der Literatur, z. B. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 57; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Desens/Blischke, EStG, Stand: September 2018, § 15 Rdnr. B 63; Kirchhof/Reiß, EStG, 16. Aufl. 2017, § 15 Rdnr. 123; Blümich/Bode, EStG, KStG, GewStG, 142. Aufl. 2018, § 15 EStG Rdnr. 176.

13 Sanierungsmaßnahmen vor einem Verkaufsentschluss sind nicht für einen gewerblichen Grundstückshandel ausreichend, vgl. BFH, Urteil vom 15.4.2004, IV R 54/02, BStBl. II 2004, S. 868.

14 BFH, Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl. II 2007, S. 375, 376.

15 BFH, Urteil vom 10.12.2001, GrS 1/98, BStBl. II 2002, S. 291 unter C. III.

16 BFH, Urteil vom 15.3.2005, X R 39/03, BStBl. II 2005, S. 817, 821 unter B. II. 2. b).

17 Auch wenn sich der Verkäufer zunächst um Einzelverkäufe bemüht, die Grundstücke dann aber in einem einzigen Veräußerungsgeschäft an nur einen Käufer verkauft, liegt ein gewerblicher Grundstückshandel vor, vgl. BFH, Urteil vom 12.7.1991, III R 47/88, BStBl. II 1992, S. 143.

18 BFH, Urteil vom 17.6.1998, X R 68/95, BStBl. II 1998, S. 667 unter II. 3. 5.

Kindern übertragenen Objekte „steuerte“ und ihm selbst die Erlöse aus den Veräußerungen der Objekte durch die Kinder zuzurechnen waren. Lässt der Steuerpflichtige andere Personen an dem Erlös teilhaben, trifft er über diese eine Verfügung im Sinne des § 12 EStG.<sup>19</sup> Der Kläger hat aufgrund seiner eigenen Argumentation, die schenkweise Übertragung habe der langfristigen Absicherung der jüngeren Ehefrau und deren Vermögensaufbau gedient, zumal der erhebliche Altersunterschied zwischen den Ehegatten zu berücksichtigen sei, die Zurechnung des Veräußerungserlöses in seiner eigenen Person begründet.

Auch der zeitliche Faktor, nämlich die Schenkung im Januar 2005 und die Weiterveräußerung durch die Ehefrau im August 2005 mit einem Erlös von 370.000 € spricht für eine Zwischenschaltung einer nahestehenden Person im Eigeninteresse. Immerhin ist – ähnlich wie bei Kettenschenkungen<sup>20</sup> – der Erwerb und die Veräußerung einer Immobilie innerhalb eines Jahres für einen findigen Betriebsprüfer ein Argument für die Zwischenschaltung einer nahestehenden Person im Eigeninteresse. Nach der Rechtsprechung des X. BFH-Senats ist die Schenkung an die Ehefrau und die Weiterveräußerung innerhalb von sieben Monaten durch die Ehefrau als ein Kriterium für einen gewerblichen Grundstückshandel – die Entscheidung ist somit eine neue Eskalation zum gewerblichen Grundstückshandel.

## 5. Rechtsfolgen des gewerblichen Grundstückshandels

Mit dem Verlassen der privaten Vermögensverwaltung ist nicht nur eine fundamentale Einschränkung des § 23 EStG verbunden – nämlich statt der Steuerfreiheit die Steuerbarkeit von Grundstücksveräußerungen –, sondern auch die *Umwidmung* des Grundbesitzes in *Umlaufvermögen*, sodass auch das Recht zur Abschreibung gemäß § 7 EStG verloren geht.

Auch die Veräußerung des gesamten Grundbesitzes an einen oder mehrere Erwerber zur Beendigung des gewerblichen Grundstückshandels ist nicht nach §§ 16, 34 EStG begünstigt und unterliegt zusätzlich der Gewerbesteuer. Ebenso ist eine Betriebsaufgabe nicht begünstigt.<sup>21</sup>

## 6. Notarielle Praxis

Die Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel orientiert sich nicht nur an Verkäufen und Verkaufsaussagen, sondern berücksichtigt auch folgende Faktoren:

- Beruf des Verkäufers (Branchennähe),<sup>22</sup>
- Parzellierung oder Aufteilung nach WEG,<sup>23</sup>
- Baureifmachung, Erschließung, Erstellung von Bebauungsplänen,
- Bautätigkeiten durch Herstellung oder Renovierung,
- teilentgeltliche Übertragungen bei der vorweggenommenen Erbfolge,
- Beteiligungen an Immobilien-Kapital- und Personengesellschaften,<sup>24</sup>
- Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten,<sup>25</sup>
- rückabgewickelte Kaufverträge,<sup>26</sup>

sodass die Beratung zur Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels zu den schwierigsten Beratungsaufgaben insgesamt zählt.

Eine Belehrungspflicht des Notars zur Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels ergibt sich nicht aus § 17 BeurkG. Die Entscheidung des BGH<sup>27</sup> zur Vermeidung der Besteuerung gemäß § 23 EStG (zur damaligen zweijährigen Behaltefrist) ist isoliert geblieben und kann keinesfalls auf den gegenwärtig von § 23 EStG vorgesehenen Zehn-Jahres-Zeitraum erstreckt werden. Dennoch gehört der Hinweis auf einen drohenden gewerblichen Grundstückshandel nach Beurkundung mehrerer Immobilienkaufverträge durch denselben Verkäufer innerhalb eines Zeitraums von ca. fünf Jahren zum *nobile officium* des Notars.

## 7. Abwehrberatung<sup>28</sup>

Soll ein in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteiltes Gebäude insgesamt veräußert werden, ist die rechtzeitige Aufhebung von Sondereigentum und die Rückführung zu einer einheitlichen Immobilie im Alleineigentum des Verkäufers erwägenswert. Verstreicht zwischen der Aufhebung des Wohnungs- und Teileigentums bis zur Veräußerung der gesamten Immobilie ein ausreichender Zeitraum, ist von der Rechtsprechung anerkannt, dass das Mehrfamilienhaus nur ein Objekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze darstellt.<sup>29</sup>

22 BFH, Urteil vom 27.11.2002, X R 53/01, BFH/NV 2003, 1291; BFH, Urteil vom 7.5.2008, X R 49/04, BStBl. II 2008, S. 711; BFH, Urteil vom 28.1.2009, X R 35/07, BFH/NV 2009, 1249 Rdnr. 125.

23 BFH, Urteil vom 15.3.2005, X R 39/03, BStBl. II 2005, S. 817; BFH, Urteil vom 8.9.2004, XI R 47/03, XI R 48/03, BStBl. II 2005, S. 41.

24 BFH, Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl. II 2007, S. 375; ob nur Beteiligungen von wenigstens zu 10 % (so BMF, BStBl. I 2004, S. 434 Rdnr. 14, 17, 18) erfasst werden, ist vom BFH bisher nicht entschieden, vgl. Schmidt/Wacker, EStG, § 15 Rdnr. 74.

25 BFH, Urteil vom 24.6.2009, X R 36/06, BStBl. II 2010, S. 171.

26 Spiegelberger/Spindler/Wälzholz, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 1. Aufl. 2008, Kap. 2 Rdnr. 128.

27 BGH, Urteil vom 10.11.1988, IX ZR 31/88, DNotZ 1989, 452.

28 Lediglich bei erwarteten Verlusten aus Immobiliengeschäften kann die Begründung eines gewerblichen Grundstückshandels vorteilhaft sein.

29 BFH, Urteil vom 15.3.2000, X R 130/97, BFH/NV 2000, 1032; BFH, Urteil vom 18.5.1999, I R 118/97, BFH/NV 1999, 1553; BMF, BStBl. I 2001, S. 512; vgl. dazu auch Tiedke/Wälzholz, ZEV 2000, 428.

19 BFH, Beschluss vom 17.10.2002, X B 13/02, BFH/NV 2003, 162.

20 Beck'sches Notarhandbuch/Spiegelberger, 7. Aufl. 2018, E. Rdnr. 328.

21 BFH, Urteil vom 23.1.2003, IV R 75/00, BStBl. II 2003, S. 467.

## SONSTIGES

### TAGUNGSBERICHT

#### Aktuelle Probleme und Reformperspektiven im Vertragsrecht – Kaufrecht und Bauvertragsrecht

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 4.6.2018

Von Ass. jur. **Thomas Winkelmann**, München<sup>1</sup>

Am 4.6.2018 fand die Tagung des Sommersemesters 2018 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Aktuelle Probleme und Reformperspektiven im Vertragsrecht – Kaufrecht und Bauvertragsrecht“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Professor Dr. *Stephan Lorenz*, Ludwig-Maximilians-Universität München, und Notar Dr. *Gregor Basty*, München, vor und übergab das Wort an *Lorenz*.

Zu Beginn seines Referats zum Thema „Update Kaufrecht – Neues vom Reformgesetzgeber und aus der aktuellen Rechtsprechung“ präsentierte *Lorenz* einen Überblick über die durch Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017 (BGBl. I, S. 969) zum 1.1.2018 bewirkten Änderungen im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht. *Lorenz* legte im Folgenden den Schwerpunkt seines Vortrags auf die Neuerungen im Bereich der Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1, § 439 BGB) und des Verkäuferregresses (§§ 445a, 445b BGB n. F.).

Anlass der Änderungen im Gewährleistungsrecht sei die lange überfällige Umsetzung von Vorgaben des BGH aus der „Weber/Putz“-Entscheidung des EuGH<sup>2</sup> gewesen. Das „Omnibusgesetz“ vom 28.4.2017 habe die vom BGH bislang im Wege richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung umgesetzte verschuldensunabhängige Aus- und Wiedereinbauverpflichtung des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 3 BGB n. F.) ebenso kodifiziert wie weitere Elemente der Rechtsprechung des BGH zum Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs, z. B. das fehlende „Totalverweigerungsrecht“ im Verhältnis „B2C“ (vgl. § 475 Abs. 4 S. 1 in Ausnahme zu § 439 Abs. 4 BGB n. F.) oder den Vorschussanspruch des Verbrauchers für Aufwendungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung

entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind (vgl. § 475 Abs. 6 BGB n. F.). Die gesetzliche Neuregelung gehe aber zugleich deutlich über die Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinaus, weil sie die auf den Verbrauchsgüterkauf begrenzte Rechtsprechung des EuGH zu großen Teilen nicht im Verbrauchsgüterkaufrecht (§§ 474 ff. BGB n. F.), sondern im allgemeinen Kaufrecht kodifiziert habe (z. B. die Aus- und Wiedereinbauverpflichtung im Rahmen der Nacherfüllung in § 439 Abs. 3 BGB n. F.). Der verschuldensunabhängig geschuldete Kostenersatz für Ein- und Ausbaukosten auch im Verhältnis „B2B“ und „C2C“ sei der praktisch bedeutsame „Clou“ der Reform. Denn künftig habe etwa auch ein Werkunternehmer die Möglichkeit, erfolgreich Ersatzansprüche gegen seinen Materiallieferanten geltend zu machen. Diese „Überumsetzung“ habe weitere Änderungen nach sich gezogen. Insbesondere seien – konsequenterweise – die Regressregelungen der §§ 478, 479 BGB a. F. ebenfalls in den allgemeinen Teil des Kaufrechts übertragen worden (vgl. §§ 445a, 445b BGB n. F.). Dies habe im Ergebnis zu einer etwas unübersichtlichen Regelung und zu einer geänderten Paragrafennummerierung ab § 475 BGB geführt.

Ein besonderes Augenmerk legte *Lorenz* im Folgenden auf die Neuregelung des Verkäuferregresses in den §§ 445a, 445b BGB n. F. Dem bisher „toten Recht“ zum Rückgriff (§§ 478, 479 BGB a. F.) prognostizierte er eine Renaissance, weil der Regress – aufgrund seiner soeben angesprochenen Verallgemeinerung – künftig auch möglich sei, wenn am Ende der Lieferkette kein Verbrauchsgüterkauf steht. Der Referent zeigte Funktionsweise und *ratio legis* der §§ 445a, 445b BGB n. F. anhand verschiedener Beispiele (Grundkonstellation mit Regresskette, Regresskette mit einem am Ende stehenden Verbrauchsgüterkauf und Regress des Werkunternehmers gegenüber seinem Materialverkäufer nach § 439 Abs. 3, § 445a Abs. 1 BGB n. F.) auf und wies das Auditorium auf manches (auch) in der Praxis relevante Detail der reformierten Regelung hin. Äußerst kritisch zeigte sich *Lorenz* gegenüber der Bestimmung des § 478 Abs. 2 BGB n. F. („Ursünde“): Der wirtschaftlich zwingende Charakter des selbstständigen Regresses in den Fällen des § 478 BGB n. F., d. h., wenn der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB n. F.) ist, beruhe auf der hinsichtlich der heutigen Marktbedingungen geradezu grotesk anmutenden Annahme des Gesetzge-

<sup>1</sup> Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht, München.

<sup>2</sup> Urteil vom 16.6.2011, verbundene Rs. C-65/09 und C-87/09, Slg. I 2011, 5295.

bers, der Unternehmer, also der Vertragspartner des Verbrauchers, sei regelmäßig wirtschaftlich schwächer als sein Lieferant.

Abschließend wies *Lorenz* auf das Urteil des EuGH in der Sache „Ferenschild“<sup>3</sup> hin, das gewichtige Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung des § 476 Abs. 2 BGB n. F. (früher § 475 Abs. 2 BGB a. F.) mit der RL 1999/44/EG („Verbrauchsgüterkauf-RL“) begründe. Der EuGH unterscheide zwischen Haftungsfristen und Verjährungsfristen. Den Vorgaben der Richtlinie genüge nur eine nationale Regelung, die zwischen Haftungsdauer und Verjährungsfrist differenziert. Haftungsfristen im Sinne von Ausschlussfristen gebe es im nationalen deutschen Recht aber nicht. Dem Referenten scheint sich deshalb eine „Revolution“ beim Kauf gebrauchter Sachen von enormer praktischer Relevanz anzubahnen („Panik“ im Gebrauchtwagenhandel etc.). In der Beratungspraxis stelle sich die Frage, ob vor dem Hintergrund der vom EuGH verbindlich vorgegebenen Auslegung der Richtlinie künftig von der Verwendung von Klauseln zur Verkürzung der zweijährigen Verjährung bei gebrauchten Sachen generell abzuraten sei.

Der anschließende Vortrag von *Basty* richtete den Blick auf die „Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die notarielle Praxis“. In den Mittelpunkt stellte *Basty* eine Auswahl aktueller Probleme insbesondere aus dem Bereich des nunmehr kodifizierten Bauträgervertragsrechts. Zunächst wandte er sich der Bedeutung vorvertraglicher Beschaffenheitsangaben beim Bauträgervertrag, die in der notariellen Urkunde keinen unmittelbaren Niederschlag finden, zu. Für das Bauträgervertragsrecht habe der VII. Zivilsenat des BGH entschieden, dass die Erklärungen eines vom Bauträger eingeschalteten Untermaklers für die Bestimmung der Wohnfläche maßgeblich seien,<sup>4</sup> und in einem anderen Fall, dass bei der Vertragsauslegung die Darstellung in einem Verkaufsprospekt mit Doppelbett und weiterem Mobiliar auch dann zugrunde zu legen sei, wenn die beurkundeten Unterlagen den betreffenden Raum abweichend als „Abstellraum“ bezeichneten.<sup>5</sup> Dem entspreche die Rechtsprechung etwa des OLG Frankfurt a. M., wonach die Darstellungen in einem Modell der Wohnanlage die geschuldete Leistung maßgeblich bestimmen.<sup>6</sup> Auf den ersten Blick stünden diese Judikate in Widerspruch zur Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH zum Parallelproblem im Kaufrecht: Bei beurkundungsbedürftigen Kaufverträgen würden sehr hohe Anforderungen an Beschaffenheitsvereinbarungen (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) außerhalb des notariellen Vertrags gestellt. Die Beurkundung führe zu einer „Zäsur“; die vorvertraglichen Informationen würden grundsätzlich nicht Vertragsinhalt, auch weil andernfalls die Nichtigkeit des gesamten Vertrags nach § 125 Satz 1, § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB drohe.<sup>7</sup> Mit der Regelung des für ab dem 1.1.2018 geschlossene Verbraucherverträge geltenden § 650k Abs. 2 BGB n. F., der

auch auf Bauträgerverträge anzuwenden ist (§ 650u Abs. 1 BGB n. F.), habe der Gesetzgeber die skizzierte Rechtsprechung zum Bauträgervertragsrecht aufgegriffen. Danach ist im Falle einer unvollständigen oder unklaren Baubeschreibung (§ 650j BGB n. F.) der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Versuche man den in der Literatur diskutierten (vermeintlichen) Widerspruch zwischen Kauf- und Werkrecht aufzulösen, gelte es wohl, so *Basty*, die Unterschiede beider Vertragstypen angemessen zu berücksichtigen: Beim Kaufvertrag sei der Kaufgegenstand regelmäßig im Wesentlichen durch den Zustand des Kaufgegenstands definiert und für weitergehende Zusagen des Verkäufers deshalb konsequenterweise eine unmittelbare Aussage im beurkundeten Vertrag zu verlangen. Beim Bau- und Bauträgervertrag sei die vom Unternehmer geschuldete Leistung dagegen häufig durch die Baubeschreibung, Pläne usw. nur recht grob beschrieben und die Entscheidung des Bestellers zum Vertragsschluss daher maßgeblich durch Umstände beeinflusst, die sich nicht unmittelbar aus der Vertragsurkunde ergeben. Weil der Unternehmer dies wisse und wolle, müsse er sich grundsätzlich an vorvertraglichen Angaben festhalten lassen. Deshalb könnten zur Konkretisierung der zu erbringenden Leistungen im Wege der Auslegung grundsätzlich auch vorvertragliche Informationen herangezogen werden, die nicht unmittelbar Vertragsbestandteil geworden sind. Es genüge, wenn sie im beurkundeten Vertrag einen gewissen Anhalt finden, wobei die Auslegungsbedürftigkeit des Vertrags als Anhaltspunkt ausreichen könne.

Sodann wies *Basty* darauf hin, dass § 650u Abs. 2 BGB n. F. die Vorschriften der §§ 648, 648a BGB n. F. für auf Bauträgerverträge nicht anwendbar erklärt. Der Besteller habe deshalb kein Kündigungsrecht. Für das freie Kündigungsrecht nach § 648 BGB n. F. (früher § 649 BGB a. F.) entspreche dies der bisherigen Rechtslage: Die Natur des Bauträgervertrags als einheitlicher Vertrag schließe ein isoliert die Errichtung des Baus betreffendes freies Kündigungsrecht aus. Dagegen war aufgrund der bis zum 31.12.2017 geltenden Rechtslage die Möglichkeit einer isolierten Kündigung des die Bauerrichtung betreffenden Vertragsteils aus wichtigem Grund anerkannt, z. B. in Fällen des sog. „Steckenbleibens“ des Baus. In der Begründung des Entwurfs des Reformgesetzes heiße es aber: „Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrages und die Ausübung der Rechte daraus soll künftig nicht mehr möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Vielmehr soll nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages im Rahmen eines Rücktritts möglich sein.“<sup>8</sup> Ein Rücktritt bedeute freilich für den Besteller ein hohes Risiko, insbesondere weil er im Rücktrittsfall einen etwaigen Vormerkungsschutz verliere und Rückzahlungsansprüche grundsätzlich ungesichert seien. Jedenfalls für Fälle des Steckenbleibens des Baus entspreche die geltende Rechtslage auch nicht der Konzeption der Makler- und Bauträgerverordnung (vgl. § 3 Abs. 1 MaBV). Die gesetzgeberische Entscheidung sehe sich deshalb deutlicher Kritik in der Literatur ausgesetzt.<sup>9</sup> Den Notar treffe die Pflicht,

3 Urteil vom 13.7.2017, Rs. C-133/16, JZ 2018, 298.

4 Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, MittBayNot 2004, 353.

5 Urteil vom 25.10.2007, VII ZR 205/06, MittBayNot 2008, 289.

6 Urteil vom 30.11.2011, 12 U 136/10, IBR 2012, 150.

7 Vgl. Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349; Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, DNotZ 2016, 921; auf dieser Linie jüngst Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16, NJW-RR 2018, 752; Urteil vom 9.2.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954.

8 BT-Drucks. 18/8486, S. 72.

9 Vgl. etwa *Vogel*, BauR 2018, 717: „Der ungewollte Tod“.

die Parteien über das fehlende Kündigungsrecht zu belehren. Erwogen werden könne, dem Besteller ein vertragliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für nicht erbrachte Bauleistungen einzuräumen. Angesichts der hinter der Bestimmung des § 650u Abs. 2 BGB n. F. stehenden gesetzgeberischen Wertung spreche allerdings manches für den Verzicht auf Kündigungsklauseln in Bauträgerverträgen. Erledige der Unternehmer die von ihm geschuldeten Arbeiten nicht hinreichend zügig oder stelle er sie gar ein,<sup>10</sup> habe der Besteller, der sich deshalb nicht vom gesamten Vertrag lösen wolle, einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung am Vertragsobjekt Zug um Zug gegen Bezahlung der bisher erbrachten Leistungen. Dies folge aus dem bestehenden Vertrag und könne für diese Fälle auch ausdrücklich vereinbart werden.

*Basty* schloss mit einem Hinweis auf das Problem der Abnahme von Gemeinschaftseigentum, das nach wie vor einer gesetzgeberischen Lösung harre. Der Reformgesetzgeber habe sich einer solchen enthalten. Weil ein beachtliches praktisches Interesse an einer einheitlichen Abnahme geltend gemacht werde, würden vertragliche Regelungen mit dem Ziel

---

<sup>10</sup> Dazu vor dem Hintergrund des früheren Rechts OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.10.2016, 19 U 108/14, juris.

einer einheitlichen Abnahme etwa durch die Gemeinschaft oder durch Bevollmächtigte diskutiert. Allerdings sähen sich alle diesbezüglichen Klauseln erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt. Von ihnen sei daher *de lege lata* abzuraten. Für die nach wie vor auf der Agenda des Gesetzgebers stehende Problemlösung *de lege ferenda* würden unterschiedliche Vorschläge erörtert, wie etwa eine Befugnis der Eigentümergemeinschaft, die Abnahme an sich zu ziehen<sup>11</sup> oder ein Anspruch des Bauträgers gegen die Gemeinschaft auf eine Entscheidung über die Abnahme.<sup>12</sup> Auf eine praxistaugliche Lösung bleibe, so *Basty*, weiterhin zu hoffen.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

---

<sup>11</sup> So der Bericht des Arbeitskreises V – Bauträgerrecht beim 5. Deutschen Baugerichtstag am 23./24.5.2014 in Hamm/Westfalen, abgedruckt in *BauR* 2014, 1617.

<sup>12</sup> Vgl. dazu Die Bundesnotarkammer im Jahre 2015, *DNotZ* 2016, 561, 566.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Vortrag des Rheinischen Instituts für Notarrecht an der Universität Bonn

#### Notare in der NS-„Volksgemeinschaft“

Donnerstag, 15. November 2018, 19 Uhr c. t.  
Hörsaal G., Juridicum der Universität Bonn,  
Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

#### Aus dem Programm:

Vorstellung des Buches zum Thema Notare in der NS-„Volksgemeinschaft“, Das westfälische Anwaltsnotariat 1933-1945 (Prof. Dr. *Andreas Roth*, Mainz)

#### Tagungsbeitrag: kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

an das Rheinische Institut für Notarrecht,  
Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, notarrecht@uni-bonn.de.

### Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck

#### Die Europäischen Güterrechtsverordnungen

Freitag, 16. November 2018, 12:30 Uhr, bis Samstag, 17. November 2018  
Aula im Hauptgebäude der Universität Innsbruck,  
Innrain 52, 6020 Innsbruck

#### Aus dem Programm:

Entstehung und Anwendungsbereich  
(Assoz. Prof. Dr. *Gregor Christandl*, LL.M. (Yale), Innsbruck)

Internationales Zivilverfahrensrecht (Univ.-Prof. Dr. *Peter G. Mayer*, Innsbruck)

Internationales Privatrecht (Ass.-Prof. Dr. *Kristin Nemeth*, LL.M. (EHI), Innsbruck)

Güterrecht eingetragener Partner und Fragen des Allgemeinen Teils (Univ.-Ass. Dr. *Caroline Voithofer*, Innsbruck)

#### Tagungsbeitrag: kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

bis zum 5. November 2018 an das Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck, Frau Helene Haas,  
Innrain 52, 6020 Innsbruck, helene.haas@uibk.ac.at,  
Tel. +43 512/507-81231, Fax +43 512/507-81287.

## Veranstaltungen des DAI

1. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**  
(Keim/Müller-Engels/Reetz)  
2.11.2018 in Heusenstamm  
30.11.2018 in Bochum
2. **Intensivkurs Erbrecht**  
(Frenz)  
5.-6.11.2018 in Berlin
3. **Jahreskurs für Quer- und Wiedereinsteiger in das Notariat**  
Einführungslehrgang „Notariat von A bis Z“  
(Neie/Tiedtke)  
8.-10.11.2018 in Heusenstamm
4. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(Sikora)  
9.11.2018 in Kiel
5. **Aktuelle Probleme aus dem internationalen Erb- und Familienrecht und Einführung in die Europäischen Güterrechtsverordnungen**  
(Süß/Weber)  
10.11.2018 in München  
24.11.2018 in Heusenstamm
6. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat:**  
Modul 5 – Registeranmeldungen einschl. GNotKG  
(Tondorf)  
12.-13.11.2018 in Stuttgart
7. **GmbH-Recht für Mitarbeiter im Notariat**  
(Bach)  
14.11.2018 in Bochum
8. **Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte**  
(Renner/Wetterling)  
16.11.2018 in Kiel
9. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**  
(Berkefeld)  
16.11.2018 in Papenburg
10. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**  
(Heckschen/Heidinger/Kirschstein)  
16.-17.11.2018 in Heusenstamm
11. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**  
(Tondorf)  
16.11.2018 in Kassel
12. **Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörden**  
(Blaeschke)  
17.11.2018 in Duisburg
13. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**  
(Tondorf)  
14.11.2018 in Stuttgart
14. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**  
(Krauß)  
24.11.2018 in Bochum
15. **Die Gestaltung des Unternehmertestaments**  
(Spiegelberger)  
26.11.2018 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler: Die Patientenverfügung. 2. Aufl., Giesecking, 2018. 274 S., 49 €
2. Beck: Die Familienstiftung. Kovac, 2018. 226 S., 88,90 €
3. Beermann: Bauträgerverträge in England und Deutschland. Kovac, 2018. 310 S., 99,80 €
4. Bochmann: Die Aktualisierung der GmbH-Gesellschafterliste durch Unzuständige. Kovac, 2018. 372 S., 99,80 €
5. Dodegge/Roth: Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht. 5. Aufl., Bundesanzeiger, 2018. 892 S., 64 €
6. Fränznick/Hoffmann/Lang: Besteuerung der Personengesellschaften. 2. Aufl., HDS, 2018. 410 S., 49,90 €
7. Fuhrmann/Wälzholz: Formularbuch Gesellschaftsrecht. 3. Aufl., Schmidt, 2018. 2.858 S., 199 €
8. Gockel: Die notarielle Fachprüfung im Erb- und Übertragungsrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 176 S., 44 €
9. Hausmann: Internationales und Europäisches Familienrecht. 2. Aufl., Beck, 2018. 1.744 S., 299 €
10. Horndasch: Die notarielle Fachprüfung im Familienrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 288 S., 44 €
11. Ingenstau/Hustedt: ErbbauRG. 11. Aufl., Heymanns, 2018. 611 S., 119 €
12. Kniffka: Bauvertragsrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 1.260 S., 169 €
13. Kroiß/Ann/Mayer: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 5: Erbrecht. 5. Aufl., Nomos, 2018. 2.294 S., 198 €
14. Langenbach: Der Versammlungsleiter in der Aktiengesellschaft. Siebeck, 2018. 264 S., 64 €
15. Leinemann/Kues: BGB-Bauvertragsrecht. Beck, 2018. 772 S., 119 €
16. Möller: Sicherung des Nachlasses. Kovac, 2018. 92 S., 64,80 €
17. Schmoeckel: Übertragung von Immobilienrechten im internationalen Vergleich. Nomos, 2018. 287 S., 52 €
18. Schulte: Die notarielle Fachprüfung im Handels- und Gesellschaftsrecht. 6. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 176 S., 44 €
19. Seibt: Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions. 3. Aufl., Beck, 2018. 2.466 S., 189 €
20. Smid: Handbuch Insolvenzrecht. 7. Aufl., De Gruyter, 2018. 921 S., 139,95 €
21. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil. Einleitung zum BGB; §§ 1-14; VerschG. 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 733 S., 259 €
22. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Leasingrecht. 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 228 S., 89,95 €
23. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Sachenrecht. Einleitung zum Sachenrecht §§ 954-882. 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 806 S., 279 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht. §§ 1564-1568; §§ 1568 a+b (Scheidung und Ehe). De Gruyter, 2018. 530 S., 169,95 €
25. Steup: Grundbuchrang und Grundbuchvormerkung. 2. Aufl., Schmidt, 2018. 239 S., 34 €
26. Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli: Stiftungsrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 888 S., 149 €
27. Tegen: Die notarielle Fachprüfung im Immobilienrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 184 S., 44 €
28. Tegen: Die notarielle Fachprüfung im WEG und Erbbaurecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 152 S., 44 €
29. Wachter: AktG. 3. Aufl., RWS, 2018. 1.832 S., 199 €
30. Weise/Forst: Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 990 S., 149 €
31. Wollny/Hallerbach/Dönmez/Liebert/Wepler: Unternehmens- und Praxisübertragungen. 9. Aufl., NVB, 2018. 900 S., 134 €
32. Zabel: Die Publizität der Testamentsvollstreckung in der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge. Kovac, 2018. 410 S., 99,80 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Hans Sprenzinger, Lindenberg,  
verstorben am 9.9.2018

Notar a. D. Manfred Bechberger, Landau,  
verstorben am 6.10.2018

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.11.2018:

Notar Dr. Holger Höhn, Bad Brückenau

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.10.2018:

Roding dem Notarassessor  
Benjamin Weingarten  
(bisher in München,  
Notarstellen Dr. Hepp/Dr. Reul)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2018:

Stefan Ackermann, Hammelburg  
(Notarstelle Dr. Kamp)

Dr. Andreas Bernert, Bayreuth  
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon)

Katharina Schall, Bamberg  
(Notarstelle Dr. Bord)

### 5. Sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Dr. Vera Richter, München,  
wurde mit Wirkung vom 3.7.2018 promoviert

Notar Dr. Hartmut Wicke, München,  
wurde mit Wirkung vom 13.7.2018  
zum Honorarprofessor bestellt

Notarassessorin Veronika Burghardt, München,  
ist auf eigenen Wunsch zum 1.9.2018 ausgeschieden

Notar Dr. Markus Stuppi, Landstuhl,  
wurde mit Wirkung vom 5.9.2018 zum  
Justizrat ernannt

### 6. Neu gewählter Vorstand des Bayerischen Notarvereins e.V.:

Mit Wirkung vom 21.10.2018 setzt sich  
der Vorstand wie folgt zusammen:

Vorsitzende:

Notarin Eva-Maria Brandt, Friedberg

Stellvertretende Vorsitzende:

Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Notar Sebastian Ruhwinkel, München

Referent für Öffentlichkeitsarbeit:

Notar a. D. Dr. Florian Meininghaus

Schatzmeister:

Notar Dr. Norbert Mayer, Regensburg

Schriftführer:

Notar Lorenz Spall, Landau i. d. Pfalz

weitere Vorstandsmitglieder:

Notarin Anja Siegler, Erlangen

Notar Dr. Michael Bernauer, Hof

Notarassessorin Lisa Kestler, Ingolstadt

## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)